XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

HISTÓRIA DO DIREITO

RICARDO MARCELO FONSECA

FERNANDA DE PAULA FERREIRA MOI

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H673
História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Ricardo Marcelo Fonseca
Fernanda de Paula Ferreira Moi – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-817-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

Os trabalhos apresentados nessa obra são fruto das pesquisas realizadas e apresentadas, na forma de artigos científicos, no Grupo de Trabalho de História do Direito do XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Goiânia/GO, entre os dias 19 a 21 de junho de 2019, tendo como tema o CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO.

A importância do presente Grupo de Trabalho reside no fato de que se discutiram, durante as apresentações, a necessidade de se ater ao método e à análise das fontes em pesquisas que se disponham a analisar, da forma adequada, a questão histórica, pois, tanto o objeto quanto o método são temas de extrema importância para tanto.

Interessante observar que, ainda que altamente criticada a postura positivista-legalista, esta ainda é uma opção adotada por alguns pesquisadores, reduzindo, assim, o estudo da Historia do Direito a uma mera sequencia cronológica da promulgação das normas, sem as devidas conexões econômicas e culturais do período analisado.

Esse fato foi objeto das discussões ocorridas durante as apresentações no presente Grupo de Trabalho, uma vez que hoje prevalece, na historiografia, a visão da Historia Social do Direito, buscando explicar o porquê do surgimento de determinada norma e quais as influencias (econômicas, culturais, religiosas) sofridas.

Nesse sentido, este Grupo de Trabalho proporcionou aos participantes uma visão para que as pesquisas observassem, com maior rigor, as questões referentes às fontes e ao método utilizados, pois, como ja dito, são de extrema importância para que o historiador do direito desenvolva, com rigor e cientificidade, suas pesquisas.

Digno de nota a participação ativa de todos os pesquisadores, onde, através do dialogo e das sugestões, novas perspectivas e abordagens foram apresentadas.

As apresentações do presente Grupo de Trabalho foram divididas em dois blocos, sendo que, ao final de cada bloco de apresentação, foram travados os debates entre os participantes.

Deste modo, as apresentações foram assim feitas:

1. A IGREJA CATÓLICA COMO INSTITUIÇÃO ATIVA NA FORMAÇÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA E SUA NORMATIZAÇÃO

Leticia Maria de Oliveira Borges , Camila Rabelo de Matos Silva Arruda

O presente artigo teve como objetivo analisar a influência da Igreja Católica Apostólica Romana na formação do Estado brasileiro, visando demonstrar como esse complexo relacionamento se iniciou ainda no período colonial.

Discutiu-se a laicidade do Estado e a liberdade religiosa enquanto reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana.

2. EDUCAÇÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE: HISTÓRIA E DEMOCRACIA

Giovanna Back , Alexander Rodrigues de Castro

A História da Educação demonstra que esta sofreu diversas mudanças com as ideias que encabeçaram diferentes momentos históricos e relações de poder. Não só a concepção de educação sofreu muitas modificações, como também a legislação que a acompanhou. O presente artigo busca-se investigar, por meio do método hipotético-dedutivo, certos aspectos históricos da educação e a fim de entender os contornos atuais do direito à educação como direito da personalidade. Sua concepção teórica dominante é de um movimento em direção à formação do ser humano enquanto cidadão, isto é, um pilar da democracia, quando crítica e libertadora.

3. ASPECTOS HISTÓRICOS DA LIBERDADE INTERRELACIONAL NO DIREITO DE FAMÍLIA: DOS ELEMENTOS METAJURÍDICOS AO DIVÓRCIO NO BRASIL

Bruna Agostinho Barbosa Altoé , José Sebastião de Oliveira

O presente artigo discute a noção de que o ser humano é livre representa o centro da sua própria dignidade. Todavia, essa liberdade não foi plenamente considerada ao longo da História. Este artigo, sob tal ótica, analisa brevemente a liberdade relacional e afetiva na ideia de família em certos períodos históricos, percorrendo noções da Roma Antiga e, sobretudo, como o cristianismo e os ideais liberais que inspiraram o Código Civil Napoleônico

influenciaram o cenário jurídico brasileiro. Se promove, finalmente, um estudo crítico da cronologia do direito positivo a respeito do divórcio, cotejando-o com os graus de liberdade e de paternalismo jurídico de cada momento.

4. A AFFECTIO SOCIETATIS NO DIREITO ROMANO CLÁSSICO

Gabriel José Bernardi Costa , Alessandro Hirata

Discute-se, aqui, o termo affectio societatis que teve sua origem no direito romano, no qual os juristas romanos se viram frente à necessidade de traçarem um elemento particular ao contrato de sociedade, dando-lhe linhas claras e apartando-o de figuras assemelhadas. Neste trabalho, procurou-se inferir dos textos romanos o sentido clássico da ideia de affectio societatis. O tema das interpolações foi enfrentado ao se explorar a bibliografia sobre a matéria. Ao fim, notou-se que a affectio societatis era um elemento usado na caracterização e na diferenciação do contrato romano, atuando como um adendo ao consenso, como uma intenção dirigida a constituir uma sociedade.

5. A MULHER NASCE LIVRE E TEM OS MESMOS DIREITOS DO HOMEM

Leonora Roizen Albek Oliven

O trabalho traça um percurso histórico-jurídico e social sobre as relações civis e de trabalho das mulheres durante os séculos XX e XXI a partir dos papeis desempenhados no ambiente familiar e das perspectivas intra e extradomiciliar. As reconfigurações familiares impactam no movimento e na luta pela igualdade em direitos, que acelera a partir do último quadrante do século XX. A pesquisa é bibliográfica e descritiva, amparada em dados estatísticos e fontes documentais e normativas. A análise propõe continuidade na pesquisa, verificando a interação dos processos históricos com a normativa e as demandas sociais.

6. JUSTIÇA E DIREITO: UMA VISÃO HISTÓRICA

Jose Roberto Bonome , Kerllen Rosa da Cunha Bonome

A justiça tem sido tema discutido pela filosofia do direito, um conceito carregado de interpretações históricas, filosóficas e jurídicas, entre outras. Neste texto, é trabalhado o conceito de justiça a partir da cultura dos povos antigos, iniciando pelo Egito e Mesopotâmia,

passando por China e Índia, também por Grécia e Roma, com o intuito de refletir sobre o pensamento do que seja justiça para o Supremo Tribunal Federal brasileiro a partir de algumas de suas decisões.

7. TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA DESSACRALIZAÇÃO À CONTRATUALIZAÇÃO DO CASAMENTO

Felipe Quintella Machado de Carvalho , Tereza Cristina Monteiro Mafra

A década de 2010 assistiu ao reconhecimento, pelo STF, da constitucionalidade das uniões homoafetivas (2011) e da multiparentalidade (2016), mas também à proibição, pelo CNJ, da lavratura de escrituras públicas de união estável poliafetiva (2018). Em momento de grande tensão entre maior autonomia privada, de um lado, e maior regulação estatal, de outro, esta pesquisa apresenta uma síntese da trajetória histórica da transição da visão sacralizada do casamento para a visão contratual. O percurso começa na França, após a Reforma; o estudo se estende até o Brasil atual, com a discussão sobre a natureza jurídica do casamento: instituição ou contrato? Nesse sentido, os autores, com base na dessacralização do casamento, discutem sua natureza jurídica.

8. A AQUISIÇÃO DE TERRAS POR ESTRANGEIROS COMO UM FATOR DE INSEGURANÇA JURÍDICA E CONFLITOS AGRÁRIOS NO BRASIL

Jéssica Silva Monteiro , Cláudio Lopes Maia

O artigo propõe identificar as inseguranças da aquisição de terras por estrangeiros no Brasil apuradas na CPI de 1967 para indicar sua superação ou permanência após a vigência do regime jurídico voltado à matéria. O trabalho se desenvolve por meio da técnica de análise documental de dados secundários. Primeiramente, detalhou-se a contenda legislativa sobre a questão no Brasil. Em seguida, demonstrou-se o contexto do debate acerca da aquisição de terras por estrangeiros. Por último, descreveu-se a CPI e os fundamentos jurídicos à restrição à venda de terras brasileiras a estrangeiros, a qual deve ser observada ainda nos dias de hoje.

9. DESENVOLVIMENTO, POLÍTICAS AGRÍCOLAS E EXPROPRIAÇÃO DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS: A RETOMADA DOS DIREITOS DA COMUNIDADE KAINGANG DA TERRA INDÍGENA VENTARRA FRENTE AO PARADIGMA ASSIMILACIONISTA

Leonilson Rocha dos Santos , Vilma de Fátima Machado

Discute-se o processo judicial em torno da TI Ventarra. Conforme se constatou nos autos da ACO 469 no STF, a comunidade Kaingang ocupava a área desde 1900, contudo, durante a década de 1960 a comunidade foi paulatinamente expropriada. Em 1990 pautou-se um processo de retomada da TI Ventarra, ocupado por agricultores que receberam as áreas do Estado do RS. A discussão desenvolvimentista e assimilacionista se colocam como principais argumentos para desconstruir os direitos indígenas. Buscamos entender esses conceitos empreendidos para expropriar os direitos indígenas. Utilizamos a ACO 469 para pesquisa e outras fontes bibliográficas, necessárias à compreensão das discussões elencadas. A grande problematização que envolve o presente artigo é a de que quem é o indígena para o Poder Judiciário e como se dá a construção desse sujeito. São levantadas questões historiográficas e analisada, como fonte histórica, ação judicial que ainda aguarda julgamento.

10. TOMÁS ANTÔNIO GONZAGA (1744-1810): PERFIL DO JURISTA DE MARÍLIA DE DIRCEU A PARTIR DE ALGUMAS NOTAS SOBRE O TRATADO DE DIREITO NATURAL E A CARTA SOBRE A USURA

Sofia Alves Valle Ornelas

O artigo se dedica a apresentar, brevemente, o jurista Tomás Antônio Gonzaga (1744-1810) e seus dois textos jurídicos: o Tratado de Direito Natural e a Carta sobre a Usura, com o objetivo principal de compreender seus conteúdos e possíveis matrizes intelectuais. A temática comum aos escritos é o jusnaturalismo, o que nos permite buscar uma possível relação entre as ideias jurídicas deste intelectual luso-brasileiro e a doutrina de direito natural desenvolvida em sua época, de maneira a esclarecer seu posicionamento frente a toda uma teoria jurídica que se sustentava sob o paradigma do direito natural.

11. A REVOLUÇÃO FRANCESA DE 1789 E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO MARCO PARA O INICIO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO FRANCES INSTRUMENTALIZADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1791.

Pedro Augusto Gomes Santiago Reis , Thiago Penido Martins

A revolução francesa é um marco histórico de alta relevância na evolução do direito constitucional no mundo. O constitucionalismo ganha entorno a partir do momento em que grupos sociais passam a contar com mecanismos de limitação do exercício do poder político e, este ocorrido revolucionário, foi crucial para a queda da monarquia absolutista, dando

inicio a um novo Estado, moldado pela declaração dos direitos do homem e do cidadão, que rompe por completo o antigo regime, dando ensejo a uma nova era democrática mediante a promulgação da constituição de 1791

12. PODER MODERADOR: A TROCA DE IDEIAS E AS IDEIAS TROCADAS NA ÚNICA MONARQUIA DA AMÉRICA DO SUL

Diogo Guagliardo Neves , Pilar Bacellar Palhano Neves

Pensa-se o Poder Moderador como contributo para a relativa estabilização da Monarquia no Brasil, herdeira da administração portuguesa anterior. No entanto, assumindo forma própria, diferindo da teoria original, a comunicação entre agentes intelectuais e as necessidades do arranjo político podem responder a essa circunstância. Apesar de ter sido abordado ao longo do tempo pelo o direito e a pela história, as contribuições das ciências sociais auxiliarão sobremaneira o entendimento acerca de suas adaptações, usos e transformações. Sem se levar em conta quem são os portadores do discurso, bem como o ambiente sócio-político onde se engajam, decerto haverá desvios interpretativos graves.

13 - A CONSTITUIÇÃO DE ALEGRETE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA SOCIOLOGIA DAS CONSTITUIÇÕES

Bernardo Leandro Carvalho Costa

O presente trabalho tem como objetivos contextualizar e analisar, no âmbito da Teoria Constitucional e da Sociologia das Constituições, o surgimento da Constituição Brasileira de 1824 e do projeto de institucionalização da Revolução Farroupilha, a Constituição de Alegrete. Nessa proposta, por meio da metodologia sistêmica e da técnica de pesquisa de documentação indireta, com revisão de bibliografia nacional e estrangeira, busca-se verificar se o projeto apresentado à assembleia constituinte da República Rio-Grandense representava, em matéria constitucional, os ideais que fundamentaram a eclosão do ato revolucionário em 1835, apresentando uma oposição consistente em relação à estrutura presente na primeira Constituição Brasileira.

Diante deste breve panorama, verifica-se que os artigos abordaram as mais diversas temáticas, permitindo, assim, que, a partir da perspectiva da História do Direito, se reunam as ferramentas necessárias para uma melhor compreensão e utilização das normas jurídicas. Esperamos, assim, que os artigos aqui apresentados reforcem e estimulem as pesquisas na área de Historia do Direito.

Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca - Universidade Federal do Paraná

Profa. Dra. Fernanda de Paula Ferreira Moi - Universidade Federal de Goiás

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A AFFECTIO SOCIETATIS NO DIREITO ROMANO CLÁSSICO

THE AFFECTIO SOCIETATIS IN CLASSICAL ROMAN LAW

Gabriel José Bernardi Costa
Alessandro Hirata

Resumo

O termo affectio societatis teve sua origem no direito romano, no qual os juristas romanos se viram frente à necessidade de traçarem um elemento particular ao contrato de sociedade, dando-lhe linhas claras e apartando-o de figuras assemelhadas. Neste trabalho, procurou-se inferir dos textos romanos o sentido clássico da ideia de affectio societatis. O tema das interpolações foi enfrentado ao se explorar a bibliografia sobre a matéria. Ao fim, notou-se que a affectio societatis era um elemento usado na caracterização e na diferenciação do contrato romano, atuando como um adendo ao consenso, como uma intenção dirigida a constituir uma sociedade.

Palavras-chave: Affectio societatis, Animus, Sociedade, Contrato, Communio

Abstract/Resumen/Résumé

The term “affectio societatis” had its origins in Roman Law, where the roman jurists faced the need to outline a particular element for the partnership contract, elucidating and distinguishing it from similar figures. Here, the affectio is analysed as it was comprehended by the romans. The roman legal texts were submitted to an analysis, and the classical meaning of affectio societatis was clarified. When exploring the biliography, the interpolations were faced. It was noted that the affectio societatis was an element used to characterize and to differentiate the roman partnership contract, as an addendum to the consensus.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Affectio societatis, Animus, Partnership, Contract, Communio

1. Introdução

A *affectio societatis* é figura recorrente na doutrina e jurisprudência brasileira em matéria societária. Não é raro encontrá-la mencionada pelos manuais introdutórios e obras doutrinárias como um particular elemento para a existência do contrato de sociedade (VERÇOSA, 2006, p. 39), sendo, porém, mais comum encontrá-la referida nos casos sobre dissolução total ou parcial do vínculo obrigatório das sociedades de pessoas.

E, ainda assim, seu emprego como elemento caracterizador do contrato de sociedade está longe de ser unânime (FRANÇA; ADAMEK, 2009, p. 28-29), sobretudo porque, da forma como a jurisprudência a emprega, ela não exerce nenhum papel senão aquele de servir de argumento para o término do vínculo societário. E apenas das sociedades de pessoas, não sendo aplicado às sociedades de capitais, o que já indica a sua insuficiência como um elemento caracterizador do contrato sociedade moderna como um todo.

Malgrado essa figura tenha sua origem no direito romano, as fontes clássicas – sobretudo aquelas do Digesto, no título D. 17, 2 (*pro socio*) – indicam um uso conceitual e substancialmente diferente daquele reproduzido pelos juristas brasileiros da atualidade. A adoção moderna da figura latina decorreria, como dizem França e Adamek (2009, p. 29), de um "certo imobilismo intelectual, que presta referência a conceito de origem romana" sem qualquer ponderação sobre o real sentido que essa expressão teria sido usada pelo direito romano.

E, de fato, o uso atual do conceito não tem paralelo na jurisprudência romana clássica. Daí a justificativa para este trabalho, cujo o objetivo é apresentar o verdadeiro significado da expressão *affectio societatis*, tal como era empregada pela jurisprudência romana.

Para isso, o desenvolvimento desta pesquisa perpassará a apresentação do contrato de sociedade romano (*societas*) a partir do prisma de sua consensualidade, que o colocava lado a lado a outros contratos como a compra e venda, locação e mandato, apartando-o das figuras dos contratos reais, compropriedade ou comunhão de bens. O problema da *affectio societatis* insere-se nesse campo do consenso, uma vez que é reiteradamente tratada pelas fontes em situações de constituição do vínculo contratual.

Consequentemente, será abordada a particular maneira pela qual o consenso se manifestava na *societas* romana, uma vez que não se tratava de um consenso instantâneo, mas contínuo e que demandava de outros fatores complementares para ser diferenciado de outras relações associativas parelhas.

A metodologia empregada consistirá na análise de alguns casos presentes nas fontes clássicas do Digesto, principalmente aquele apontado por Ulpiano em D. 17, 2, 31, realizando-se a interpretação da expressão estudada (e de seus termos análogos), mediante o auxílio da bibliografia romanística moderna.

Procurar-se-á demonstrar que essa figura era usada como um elemento caracterizador do contrato consensual de sociedade e operava como um adendo ao simples consenso, de modo a contrapô-la a outras entidades associativas de caráter estático existentes no direito romano. E, com isso, demonstrar que a *affectio societatis*, do modo como é empregada hoje pela jurisprudência não encontra raízes históricas nas fontes romanas.

2. A *societas* como contrato consensual

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

Ele era um contrato *iuris gentium* e não *iuris civilis*, como sugeriram alguns autores[1], ou seja, era aberto a todos os estrangeiros e romanos e destinado a ser um contrato de todos os povos, sobretudo daqueles habitantes da bacia do Mediterrâneo que tivessem relações com Roma (ARNÒ, 1938, p. 2-3).

Gaio é muito claro em posicionar a *societas* junto dos outros contratos consensuais: compra e venda, locação e mandato, compondo os quatro contratos desenvolvidos no *ius gentium* (TALAMANCA, 2012, p. 55).

> Gai. 3, 135[2]: Consensu fiunt obligationes in emptionibus et uenditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.

[1] Bianchini (1967, p. 15-30), por exemplo, sugeriu a existência de um *aliud genus societatis*, de uma outra espécie societária, caracterizada como uma sociedade do *ius civilis* contraposta à sociedade do *ius gentium*. Essa sociedade seria constituída apenas entre os cidadãos romanos, que teriam de utilizar uma *legis actio* para concluírem o acordo e fornecerem efeitos reais ao contrato, a fim de formarem um condomínio de bens entre os sócios. Para a autora, não haveria uma construção jurídica unitária sobre a *societas*, mas diferentes sociedades que se assemelhariam por certas características presentes em todas elas. A tese da autora italiana nunca chegou a receber muita aceitação e, como informa Guarino (1988, p. 47-48), a opinião da doutrina permaneceu praticamente unânime em considerar a existência apenas do contrato *iuris gentium* de sociedade. Contrapontos a cada argumento trazidos pela tese de Bianchini foram traçados por Bona em artigo específico (1967, p. 366-389).

[2] As obrigações por consenso ocorrem nos casos de compra e venda, de locação e condução, de constituição de sociedades e mandatos.

> Gai. 3, 136[3]: *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit.*

A consequência dessa acomodação excluía toda exigência de declarações solenes para sua constituição, fosse pela emissão de determinadas palavras, ou pela utilização de outros instrumentos formais, como também demonstram as Instituições de Justiniano (ARANGIO-RUIZ, 1950, p. 63-64).

> I. 3, 22 pr-1[4]: *Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire*.

Afora reforçar a posição da *societas* dentre os contratos consensuais, o fragmento acima também explica brevemente as consequências da qualidade desses contratos, como aqueles negócios que nascem pelo simples consenso entre as partes, fazendo notar, também, sua oposição aos contratos reais. Diferentemente destes, os consensuais dispensariam a entrega de uma coisa para sua perfeição (ARANGIO-RUIZ, 1950, p. 64).

Menções aos traços consensuais da *societas* encontram-se, igualmente, fora das obras genéricas das Instituições de Gaio e Justiniano. No título 17, 2 (*pro socio*) do Digesto, referente ao contrato de sociedade, pode-se apontar outras alusões à consensualidade.

> Mod. 3 *reg*. D. 17, 2, 4 pr[5]*: Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est.*

[3] Dizemos nestes casos que as obrigações são constituídas porque não é exigida nenhuma especificidade verbal ou escrita, bastando para tal que estejam de acordo os indivíduos que fazem o negócio. Por esta razão, estes negócios podem fazer-se mesmo entre ausentes, recorrendo, por exemplo, à troca de cartas, ou aos serviços de um intermediário. Em outras situações, porém, uma obrigação verbal não pode ser constituída entre ausentes.

[4] As obrigações consensuais contraem-se nas compras e vendas, locações e conduções, sociedades e mandatos. Diz-se que a obrigação dessas espécies se contrai pelo consentimento, por não haver nenhuma necessidade de escritura nem da presença das partes, nem é preciso dar-se nada para a obrigação subsistir; mas basta os contratantes consentirem.

[5] Não há dúvida que se pode constituir uma sociedade com uma coisa, com palavras ou por um mensageiro.

O texto de Modestino serviu de base a algumas proposições, sobretudo no início do século passado, que sustentaram uma sociedade real, isto é, de uma *societas re contracta* oposta à *societas consensu contracta*[6]. Tal conclusão teria sido alcançada em virtude da aproximação da expressão "*re coire societatem*" com a expressão "*re contrahitur obligatio*", encontrada em Gai. 3, 89-90 e relativa aos contratos reais (POGGI, 1930, p. 64)[7].

Ao contrário daquilo que o texto possa sugerir, ele não fundamentaria uma *societas re contracta*[8], mas estaria a indicar as várias maneiras em que o consenso poderia ser atingido na ocasião da conclusão de uma sociedade (ARANGIO-RUIZ, 1950, p. 58).

A questão da *societas re contracta* está superada, sobretudo após o trabalho de Arangio-Ruiz (1936, p. 357-395; 1950, p. 58.), que demonstrou não ter existido tal sociedade, mas ter sido um fenômeno de *communio incidens*. Segundo o autor italiano, não seria aceitável que um contrato fosse classificado indiferentemente em várias categorias, sendo contraído ora "*re*" ora "*consensu*". Ademais, a descoberta dos novos fragmentos de Gaio sobre o *consortium ercto non cito*[9] trouxeram novos argumentos para se rejeitar a *societas re contracta*, haja vista o *aliud genus societatis* a que certos juristas teriam atribuído a característica de uma sociedade real não seria mais que o *consortium ercto non cito* arcaico.

Portanto, a palavra *verbis*, mencionada no fragmento de 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. Já o *nuntius* indicaria o mensageiro, portador de declaração alheia, cuja menção é frequente nos textos acerca dos contratos consensuais[10].

Na mesma ordem de ideias, a palavra *re* não indicaria uma sociedade criada sem uma manifestação puramente consensual, mas aqueles atos chamados de *facta concludentia*, ou seja,

---

[6] Arnò (1938, p. 45), por exemplo, sustentava a existência de um *aliud genus* diferente da *societas* consensual e do *consortium ercto non cito*, que, segundo ele, seria constituído não pelo consenso, mas *re*, com um elemento real em sua constituição. Semelhantemente, Szlechter (1947, p. 260-263) também propôs a existência de uma sociedade de caráter real, na qual a contribuição de bens seria um elemento da própria existência da sociedade.

[7] Veja também sobre essa opinião os trabalhos de Arangio-Ruiz (1936, p. 378; 1950, p. 58).

[8] A análise de Arangio-Ruiz foi, posteriormente, adotada pelo restante da romanística, que, hoje rejeita qualquer existência de uma *societas re contracta*. Essa é o entendimento defendido por Watson (1964, p. 127), Torrent (1964, p. 489), Bona (1973, p. 13-14), Talamanca (1991, p. 820, n. 60 e n. 63) e Fuenteseca (1998, p. 38).

[9] O *consortium ercto non cito* era uma comunidade patrimonial formada entre os filhos sobreviventes e composta pelos bens de seu *paterfamilias* falecido. Ele de 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 Arangio-Ruiz (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.

[10] Gai. 3, 136; Paul. 32 *ad ed.* D. 17, 1, 1, 1; Paul. 33 *ad ed.* D. 18, 1, 1, 2.

uma forma de manifestação tácita de vontade dirigida a criar o consenso. Seria um modo de expressar o consenso, contrapondo-se a *coire verbis* e não à conclusão por consenso propriamente dita. Assim, o breve texto de Modestino apresentaria mais uma confirmação da natureza consensual da *societas*, já indicada por Gaio em suas institutas (ARANGIO-RUIZ, 1950, p. 58 e 64).

3. A manutenção do consenso

Uma vez manifestado pelos contraentes, o consenso na sociedade era diferente se comparado aos outros contratos consensuais. Nela, o acordo não se conformava com o instantâneo encontro de polos, criando obrigações entre si. A *societas* exigia – em razão das reiteradas operações jurídico-econômicas a serem praticadas pelos sócios – a presença de uma vontade comum perene, cuja cessação levaria, inevitavelmente, ao término do contrato (ARANGIO-RUIZ, 1950, p. 64-65).

> Gai. 3, 151[11]: *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseuerant; at cum aliquis renuntiauerit societati, societas soluitur* [...]
>
> Dioc. e Max. C. 4, 37, 5 (de 294 d.C.) [12]: *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.*

Arangio-Ruiz (1950, p. 65-66) nota o erro que se pode cometer ao confundir – ou tomar como antagônicos – o *consensus perseverans*, acima mencionado, e o consenso instantâneo, que se manifesta nos outros contratos consensuais. A continuidade do consenso não rejeitava a existência de um momento único em que as várias declarações de vontade dos sócios encontrar-se-iam para criar a contrato. Como se disse previamente, era precisamente a presença dessa característica que permitia a inclusão da *societas* dentre os contratos consensuais.

Sendo assim, o *consensus* entre as partes não deveria existir somente para a formação do contrato, mas deveria perpetuar-se enquanto se verificassem os efeitos jurídicos

[11] A sociedade mantém-se enquanto se mantiver o acordo entre os sócios. Quando algum deles renunciar à sociedade, a sociedade dissolve-se.
[12] A sociedade dura enquanto persevere 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.

preestabelecidos no acordo (GUARINO, 1988, p. 47). Por isso, talvez, que em matéria de sociedade raramente se usa o verbo *contrahere* para representar a sua formação, mas *coire*[13].

O termo é distinto, pois não expressa o simples acordo, mas procura reproduzir a ideia de uma vontade permanente, resultado de uma atividade de cooperação prolongada no tempo, típica da sociedade (GUARINO, 2001, p. 921, n. 80.1.5).

4. A *affectio societatis* como elemento do contrato de sociedade romano

Em adição a esses elementos, há quem adicione ao *consensus* outro para sublinhar a exigência de uma intenção particular aos sócios contraentes: a *affectio societatis* (ARANGIO-RUIZ, 1950, p. 66; CANCELLI, 1970, p. 500; VOLTERRA, 1988, p. 523). Essa expressão, junto a outras que lhe são equivalentes – como *animus contrahendae societatis*[14], *tractatu habitus*[15] e *animus inierint societatis*[16] – podem ser encontradas nas fontes romanas indicando uma qualidade específica do consenso entre os sócios.

A preocupação romana de bem delinear o contrato de sociedade e separá-lo de outros arquétipos jurídico-associativos aparece, sobretudo, neste requisito – indicado pela expressão *affectio societatis* e similares – destinado a apontar não só a existência da *societas*, como também a apartá-la de outras figuras semelhantes (BIANCHINI, 1967, p. 108).

Todavia, o elemento da *affectio societatis* não é considerado unanimemente genuíno pelos autores. Vários textos mencionam elementos análogos a esse agir específico e intencional destinado a constituir uma sociedade[17] e muitos foram criticados como frutos de interpolações dos compiladores, que teriam inserido nos fragmentos clássicos expressões típicas do espírito justinianeu[18].

A crítica interpolacionista, principalmente da primeira metade do século XX, rejeita a separação do fenômeno volitivo em dois elementos, um referente à expressão (*consensus*) e o outro referente à intenção de constituir o ato (*affectio*). Os clássicos teriam sido capazes de

[13] O termo pode ser encontrado nos seguintes fragmentos: 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.
[14] Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 44.
[15] Ulp. 2 *ad ed*. D. 17, 2, 32.
[16] Pomp. 13 *ad sab.* D. 17, 2, 37.
[17] Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 31; Ulp. 2 *ad ed*. D. 17, 2, 32; Ulp. 31 *ad ed*. D. 17, 2, 33; Gai. *ad. Ed. prov*. D. 10, 3, 2 pr; Ulp. 31 *ad ed*. D. 17, 2, 44; Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 52 pr.; Ulp. 31 *ad ed*. D. 17, 2, 52, 3. Veja-se a obra de Longo (1943, p. 146).
[18] Alguns dos autores que defendem a interpolação da expressão das fontes romanas são: Salvadore (1911, p. 686-687), Poggi (1930, vol. 1, p. 73-84), Pringsheim (1933, p. 379-412), Schulz (1992, p. 549), Guarino (1988, p. 52), Ribeiro (2006, p. 632) e D'Ors (2004, p. 576, n. 3).

conceber, na visão dessa corrente, somente aquele elemento expressamente manifestado pelo indivíduo, sendo-lhes irrelevante a intenção desejada pelo agente (PRINGSHEIM, 1933, p. 46).

Segundo Pringsheim (1933, p. 47-48), que expressamente se declara parte da escola interpolacionista, os justinianeus e os bizantinos teriam sido os primeiros a atribuírem importância à intenção em si mesma. Ele não nega que os clássicos pudessem ter desejado valorizar a intenção, mas conclui terem sido somente os bizantinos e justinianeus a atribuírem ao *animus* consequências jurídicas específicas, elevando-o a um patamar de supremacia, mesmo quando não fosse declarado.

Assim, para o autor, aos justinianeus não bastaria a simples atuação conjunta dos sócios, seria preciso a intervenção de um elemento adicional, o *animus* ou a *affectio societatis*, inexistente no direito clássico (PRINGSHEIM, 1933, p. 383).

Contudo, a noção de *affectio* aparece também em matéria de posse[19] e de casamento[20] com o propósito de demonstrar um elemento intencional duradouro de certa pessoa voltado à manutenção da existência dessas figuras. Com isso em mente, V. ARANGIO-RUIZ (1950, p. 68) acredita ser precipitado afastar a qualidade clássica da *affectio societatis*.

> Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 31[21]: *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri.*

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

Nele, Ulpiano explica que a *actio pro socio* só teria cabimento quando houvesse contrato de sociedade. A simples compropriedade não bastaria para se exigir a ação, seria preciso que o condomínio fosse o resultado de uma *societas*; pois teria sido possível que um

[19] Paul. 54 *ad ed.* D. 41, 2, 1, 3; Paul. 54 *ad ed*. D. 41, 2, 1, 21 e Paul. 54 *ad ed.* D. 41, 2, 3, 3.
[20] Triph. 9 *disp.* D. 23, 2, 67, 1.
[21] Para que haja a ação de sociedade, é preciso que haja sociedade; porque não basta que uma coisa seja comum, se não houver sociedade. Mas alguma coisa pode tornar-se comum também fora de sociedade, como, por exemplo, quando concorremos em comunhão sem *affectio societatis*, como sucede em coisa legada a dois, e também se uma coisa fosse comprada por dois simultaneamente, ou se nos correspondeu em comum uma herança, ou uma doação, ou se de duas pessoas compramos separadamente suas porções, não para sermos sócios.

condomínio fosse formado fora de um contrato de sociedade, quando duas partes incidissem em comunhão sem a *affectio societatis*. Isso aconteceria nas coisas legadas a mais de uma pessoa, nas coisas compradas conjuntamente sem a intenção de ser sócio, nas heranças e doações comuns.

Esse texto já foi objeto da crítica interpolacionista. A defesa da interpolação da *affectio societatis* como elemento intencional dos sócios no fragmento acima não se sustentaria, uma vez que a remoção da expressão "*non affectione societatis*" atribuiria uma ambiguidade a todo o texto. Sem essa expressão, a diferenciação entre o *agere communiter* e a *societas* seria operada somente pelo verbo *incidere*, que, segundo Arangio-Ruiz (1950, p. 68), não conteria energia suficiente para demonstrar o elemento de vontades concordes que qualificava o contrato.

O romanista italiano não logra encontrar outro termo que pudesse ser usado para substituir a *affectio societatis*, pois, conforme elucida, a expressão foi precisamente adotada para identificar o acordo que poderia ser concluído não apenas com palavras ou escritos, mas também pelos "*facta concludentia*" aludidos por Modestino em 3 *reg*. D. 17, 2, 4 pr., além de indicar que esse mesmo acordo deveria ser contínuo e não apenas momentâneo (ARANGIO-RUIZ, 1950, p. 68) [22].

A formação de um condomínio de bens não era um elemento ubíquo ao contrato de *societas*; ela era uma parte importante do regime societário, mas não era essencial à sua existência (CUQ, 1928, p. 497-498)[23].

A demonstrar a desnecessidade do substrato de compropriedade do contrato de *societas* está um fragmento de Paulo.

> Paul. 3 *epit. Alf. dig.* D. 17, 2, 71 pr[24].: *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune*

[22] Apesar das críticas, são vários os autores a reconhecerem a genuinidade da *affectio societatis* como um requisito necessário do contrato romano de *societas*; dentre eles pode-se mencionar: Arias Ramos (1954, p. 666), Voci (1946, p. 207-229), Biondi (1972, p. 508), Longo, 1943, p. 145-147), Arangio-Ruiz (1950, p. 66-70), Volterra (1988, p. 523), Girard (1906, p. 575), Cuq (1928, p. 495), Moreira Alves (2002, p. 173), Cancelli (1970, p. 500-501), Guarneri Citati (1934, p. 176, n. 5), Arnò (1938, pp. 20-32), Daube (1936-1938, p. 395-398), Talamanca (1991, p. 828); Paricio (2002, p. 489) e Szlechter (1947, p. 278).

[23] Em oposição a essa visão, Randazzo (2005, p. 127) insiste que a *societas* romana não era fundada na gerência da atividade pelos sócios, mas nos bens aportados, pois sua natureza só poderia ser compreendida a partir da relação dos sócios com o patrimônio comum. Semelhantemente, para Szlechter (1947, p. 278-281), a criação de uma comunhão de bens pelo aporte teria sido, no período pré-clássico e início do clássico, o elemento determinante do contrato de sociedade. Conforme o autor, apenas após o século II d. C. que a simples comunhão de bens deixaria de ser suficiente para a formação da sociedade, exigindo a intervenção do *animus societatis*.

[24] Dois constituíram sociedade para ensinar gramática e, para que os ganhos obtidos com esse ensino fossem comuns a eles, consignaram no pacto concluído de sociedade o que o quiseram que fosse feito. Depois estipularam entre si nestes termos: "O que acima se escreveu cumpra-se e faça-se desse modo, e não se faça nada contra ele? E se desse modo não se tiver cumprido e feito, pague-se então vinte mil?". Perguntou-se caso se tivesse feito algo

> *eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: "Haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? Si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?" Quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. Respondet, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent, "haec ita dari fieri spondes?", futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. Sed quoniam non ita essent stipulati "ea ita dari fieri spondes?" sed "si ea ita facta non essent, decem dari?" non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.*

O texto menciona o caso de dois professores que constituíram uma sociedade para o ensino de gramática, com o objetivo de que os ganhos recebidos com as aulas dadas fossem repartidos entre eles. O fragmento em si cuida de analisar a aposição de uma cláusula penal ao contrato, por meio de uma *stipulatio*.

A questão que surge é saber qual ação caberia, caso um dos sócios houvesse descumprido com o pacto estipulado. No mais, o fragmento é um bom exemplo de uma sociedade onde não há aporte de bens, nem tampouco formação de um condomínio entre os sócios. A atividade exercida não requeria a contribuição de bens materiais, o que não implica, todavia, que o aporte social deixaria de ser exigido, pois os sócios ainda estavam vinculados a prestar sua *opera* e ensinar seus alunos (DAUBE, 1962, p. 81-116).

Vê-se que a constituição de uma sociedade não importava necessariamente na criação de uma compropriedade entre os sócios, e que a constituição dessa compropriedade tampouco conduziria necessariamente à constituição de uma *societas*. Ambos casos, contudo, assemelhavam-se, de modo que a sociedade deveria ser distinguida das outras convenções e dos outros acordos que, como ela, poderiam dar origem a situações de compropriedade (DEL CHIARO, 1928, p. 149-151).

---

contra, poder-se-ia exercer a ação de sociedade. Respondeu que se verdadeiramente no pacto concluído entre eles a respeito da sociedade tivessem estipulado deste modo: “Prometes que assim cumprirá e fará?”, então sucede que, se tal tivessem feito por causa de novação, não se poderia exercer a ação de sociedade, pois se consideraria transferido à estipulação todo o negócio. Mas como não tivessem estipulado dessa maneira: “Prometes que assim se cumprirá e fará isso?”, mas “se assim não se tivesse feito isso, dê-se dez”, não lhe parecia que na estipulação compreender-se-ia o negócio, mas apenas a pena, pois o promitente de uma coisa não se obriga a cumpri-la e fazê-la e se não a tivesse feito, a sofrer a pena, e por isso pode exercer a ação de sociedade.

O fator diferenciador das figuras poderia ser encontrado, como já acenado, precisamente no elemento intencional da *affectio* ou *animus*. A constituição da sociedade exige a presença, portanto, daquelas corretas e adequadas tratativas que elevem o *consensus* das partes a um plano mais alto, ao plano contratual; ou seja, a sociedade erige-se sobre a base do *consensus affectione societatis* ou *tractatus habito* (ARNÒ, 1938. p. 25-27)[25].

> Ulp. 2 *ad ed*. D. 17, 2, 32[26]: *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[27]: *Ut in conductionibus publicorum, item in emptionibus: nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuntium rem emere in commune, quod a societate longe remotum est. Et ideo societate sine tutoris auctoritate coita pupillus non tenetur, attamen communiter gesto tenetur.*

Ulpiano diz que, caso se tivesse celebrado o contrato de sociedade com *tractatu habito,* caberia a ação de sociedade, senão as partes seriam consideradas como gestoras da mesma coisa ou negócio, como quando comprassem algo conjuntamente por meio de um mensageiro ou quando o pupilo agisse em conjunto a outra pessoa sem a autoridade de seu tutor. Nesses casos, não existiriam obrigações sociais, as partes vincular-se-iam apenas no limite da gestão em comum[28].

Logo, a simples existência de um condomínio não bastava para a formação da sociedade, era preciso algo além. A *societas* seria individualizada pelo consenso qualificado com o elemento apto a representar o característico comportamento e intenção que envolvia os membros de uma sociedade, consequentemente, a compra conjunta de uma coisa resultaria

[25] Teria sido o comportamento dos sócios um dos fatores hábeis a indicar a existência da *affectio societatis*, de modo que o término da cooperação entre os contratantes e do ânimo de manter a sociedade poderia representar a sua extinção (BIANCHINI, 1967, p. 110), como quando cada sócio começasse a tratar de seus próprios negócios separadamente, atuando por si sós (Calist. 1 *quaest*. D. 17, 2, 64).

[26] Porque quando com *tractatu habito* constituiu-se sociedade, tem-se a ação de sociedade, e quando sem *tractatu*, entende-se que em comum foi-se gestor da mesma coisa e do negócio.

[27] Como na condução de coisas públicas e nas compras; porque os que não querem competir entre si costumam comprar em comum por meio de mensageiro, o que difere muito da sociedade. E por isso não se obriga o pupilo que havendo formado uma sociedade sem a autorização do tutor, mas se obriga por aquilo gerido em comum.

[28] Apesar de defender a genuinidade dos fragmentos que mencionam o *animus contrahendae societatis* e a *affectio societatis* e termos análogos, Longo (1943, p. 147) admite, parcialmente, alguma intervenção justinianeia nos textos clássicos, após o fragmento Ulp. 2 *ad ed*. D. 17, 2, 32, a fim de introduzirem a noção de um elemento exterior destinado a demonstrar a existência de uma particular intenção das partes na contratação.

numa sociedade somente se os compradores apresentassem um determinado comportamento que demonstrasse quererem atuar com devida vontade negocial. Isto é, se atuassem *affectione societatis* (BONFANTE, 1912, p. 461; CUQ, 1928, p. 495; BIANCHINI, 1967, p. 109).

> Gai. *ad. Ed. prov*. D. 10, 3, 2 pr[29]: *Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio. Cum societate res communis est veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est.*

Gaio diz que não fazia diferença que a propriedade de uma coisa fosse tida entre várias pessoas com ou sem sociedade, pois nos dois casos caberia uma *actio communi dividundo*. A coisa seria comum com sociedade, por exemplo, quando mais de um sujeito se juntasse para a compra de uma mesma coisa e seria comum sem sociedade, quando algo fosse legado por testamento[30].

---

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

[30] O concurso de ações no direito romano pode ser um tópico confuso, então, para melhor entendê-lo, é preciso ter em mente que o efeito mais importante da *litiscontestatio* era a consumação da ação, que se esgotava sem a possibilidade de repetição; essa regra era chamada de *bis de eadem re ne sit actio*, pela qual uma segunda tentativa de trazer a juízo o mesmo problema autorizaria o pretor a negar essa ação ou a permitir a oposição de uma *exceptio* para paralisar a atuação do autor (D'ORS, 2004, p. 159; THOMAS, 1972, p. 151). Não poderia haver, entre as ações, coincidência de objeto (*eadem res*), de causa (*eadem causa*) e de pessoa (*eadem personae*); como quando, tomando por base os mesmos pressupostos de direito e de fato, o mesmo autor trazia, contra o mesmo réu, a exata fórmula que já fora intentada anteriormente (ARANGIO-RUIZ, 1960, p. 158). A consumação operava especificamente nas ações pessoais de fórmula *in ius concepta* e sempre que se tratasse de um *iudicium legitimum*, ou seja, aquele juízo interposto entre cidadãos romanos, na cidade de Roma e presidido por um *iudex* uno (Gai. 4, 104; Paul. 1 *ad ed.* D. 50, 16, 2 pr.); nos outros tipos de ações, o efeito terminante não operava *ipso iure*, o juiz do caso não poderia negar a ação repetida de plano; a dificuldade era resolvida *ope exceptionis*, ou seja, mediante uma exceção que obrigasse o juiz a verificar se era de fato um novo processo sobre a mesma causa ou não. O efeito consumptivo da *litiscontestatio* pode ser explicado pela quebra da boa-fé que se exigia das partes, quando qualquer uma delas propusesse a mesma ação mais de uma vez (Gai. 18 *ad ed. prov.* D. 50, 17, 56). Apesar de ter havido cumulação entre a *actio pro socio* com *actio furti* e *condictio furtiva*, assim como a *actio ex lege Aquilia*, o concurso de ações toma uma posição mais intrincada quando se tratava da *actio communi dividundo*, pois nesses casos os sócios se aproximavam por meio de uma relação jurídica de caráter dúplice; assim, eles se ligariam por um vínculo obrigacional e por um vínculo de natureza real. Vale lembrar que por mais que a *societas* fosse, provavelmente, o motivo mais comum para a formação de condomínios, ela não era o único. O inverso também era verdade, visto que nem toda sociedade criava compropriedade entre os sócios (Paul. 3 *epit. Alf. dig.* D. 17, 2, 71 pr.), podendo haver contratos que funcionassem apenas no plano obrigacional e condomínios que existissem sem a presença de sociedade (ARANGIO-RUIZ, 1950, p. 197). Nesse sentido, a *actio pro socio* e a *actio communi dividundo* seriam, em essência, mais complementares que concorrentes (Ulp. 28 *ad ed.* D. 17, 2, 43 e Paul. 23 *ad ed.* D. 10, 3, 1). Por exemplo, se uma *actio pro socio* fosse utilizada para dividir o patrimônio comum, ela serviria para a identificação e apreciação das demandas de cada sócio, permitindo que o *iudex* reconhecesse a existência e extensão dos interesses dos sócios sobre as *res communes*. Reconhecida a extensão dos interesses, o *iudex* não poderia distribuir os bens, uma vez que a *actio pro socio* não permitiria a adjudicação das coisas, para isso ele precisaria da *actio communi dividundo* (THOMAS, 1972, p. 158). Teriam existido, por outro lado, situações em que as ações

Diferentemente de Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 31, citado anteriormente, esse fragmento de Gaio apresenta a compra conjunta de um objeto da qual fazem parte mais de uma pessoa em sociedade. A diferença que existe entre os dois casos decorre de que o texto de Ulpiano apresenta uma compra em que faltava às partes a *affectio societatis*, isto é, atuação dinâmica dos indivíduos dirigida a formar uma *societas* (BIANCHINI, 1967, p. 109).

> Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 44[31]: *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.*

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

Ressalvada a menção a esta ação – que é usada na compilação justinianeia na tutela dos contratos inominados – o restante do texto poderia ser considerado genuíno (ARANGIO-RUIZ, 1950. p. 69).

Para Salvadore (1911, p. 685), em opinião posteriormente compartilhada por Guarino (Op. cit., 1988, p. 52), o termo *affectio societatis* e outros semelhantes como "*animus*", "*voluntas*", "*mens*" não teriam um valor específico, mas apenas a função de apontar a existência do negócio. Isto é, não remeteriam a um particular requisito da sociedade, mas somente ao consenso, à declaração de vontade que estaria presente em qualquer negócio.

Contra essa posição, Arangio-Ruiz (Op. cit., 1950, p. 69) nota que a *affectio societatis* não trazia consigo o mesmo conteúdo do simples acordo de declarações que fazia nascer o contrato, pois não seria a *affectio* que o constituiria, pois ela atuaria de modo a qualificar o consenso para torná-lo uma *societas*. Uma opinião semelhante é expressa por Longo (1943. p.

coincidiriam, podendo ser indistintamente utilizadas para resolver o mesmo problema. Se um sócio danificasse a coisa comum da sociedade, ele seria responsável a indenizar seus sócios tanto pela ação de sociedade quanto pela *communi dividundo*. O mesmo decorria de gastos na manutenção da compropriedade, o sócio poderia requerer a indenização por qualquer ação (CANCELLI, 1970, p. 515).

[31] Se eu te tivesse dado pérolas para vender por dez, de modo que as tivesses vendido por dez, entregar-me-ás os dez e, se por mais, ficarias com o excedente, parece-me que se isso tivesse sido feito com ânimo de celebrar sociedade, há a ação de sociedade e se não, uma *actio prescriptis verbis*.

145), segundo quem a expressão, bem como aquelas análogas, não teria um sentido equivalente ao consenso, mas um de conteúdo particular de qualificação desse consenso.

5. Conclusão

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

Consequentemente, a atuação conjunta mediante acordo, porém sem *affectio*, não origina uma sociedade, mas, como disse Ulpiano (31 *ad ed*. D. 17, 2, 33), criava a uma figura que da sociedade *longe remotum est*.

Vê-se que o critério romano é bastante diferente daquele empregado pela jurisprudência moderna. Ele não é usado nas hipóteses de dissolução do vínculo societário, mas para analisar o cabimento ou não da *actio pro socio*, isto é, da ação de sociedade. Havendo *consensus* qualificado pela *affectio*, haveria sociedade e, portanto, o sócio estaria apto a manejar a respectiva ação contra os seus consócios para obter o que lhe fosse de direito.

6. Referências Bibliográficas:

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La società in diritto romano*. Napoli: Jovene, 1950.

_____. Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni. *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, Roma, v. 42, pp. 571-624, 1934.

_____. Societas re contracta e communio incidens. *In*: AAVV. *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*. Palermo: Ultro et Ultra, 1936, p. 357-395. v. 4.

ARIAS RAMOS, José. *Derecho Romano*: Fuentes de las Obligaciones. Familia. Sucesiones. 6. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954.

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

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

BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1972.

BONA, Ferdinando. Società universale e società questuaria generale in diritto romano. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, v. 33, p. 366-389, 1967.

_____. *Studi sulla società consensuale in diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1973.

BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 5. ed. Milano: Vallardi, 1912.

CANCELLI, Filippo. Società (Diritto Romano). *In*: *NOVISSIMO Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1970, pp. 495-516. v. 17.

D'ORS, Álvaro. *Derecho Romano Privado*. 10. ed. Pamplona: EUNSA, 2004.

DAUBE, David. Slightly Different. *IVRA*: Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico. Napoli, v. 12, p. 81-116, 1962.

_____. Societas as consensual contract. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 6, p. 381-403, 1936-1938.

DEL CHIARO, Emile. *Le Contrat de Société en Droit Privé Romain:* sous la République et au temps des jurisconsultes classiques. Paris: Sirey, 1928.

CUQ, Èdouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*. 2. ed. Paris: Plon, 1928.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes e ADAMEK, Marcelo. 'Affectio Societatis': Um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de 'fim social'. *In*: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Org.). *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27-68.

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

GIRARD, Paul-Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. 4. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1906.

GUARINO, Antonio. Societas consensu contracta. In: GUARINO, Antonio. *La società in diritto romano*. Napoli: Jovene. 1988, p. 1-120.

_____. *Diritto privato romano*. 12. ed. Napoli: Jovene, 2001.

GUARNERI CITATI, Andrea. Conferimenti e quote sociali in diritto romano. *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, Roma, v. 42, p. 166-194, 1934.

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

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 2.

PARICIO, Javier. El contrato de sociedad em derecho romano. In: PARICIO, Javier (Org.). *De la Justicia y del Derecho*: Escritos misceláneos romanísticos. Madrid: El Faro, 2002, p. 477-504.

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

PRINGSHEIM, Fritz. Animus in Roman Law. *Law Quarterly Review*, Oxford, v. 49. pp. 43-60 e 379-412, 1933.

RANDAZZO, Salvo. The nature of partnership in roman law. *Australian Journal Legal History*, Sydney, v. 9, p. 119-129, 2005.

RIBEIRO, Renato. Aspectos da 'societas' romana. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v.101, p. 627-649, 2006.

SALVADORE, Francesco Salvatore. Affectio societatis'. *Rivista de Diritto Civile*, Padova, v. 3, p. 681-698, 1911.

SCHULZ, Fritz. *Classical Roman Law*. Aalen: Scientia, 1992.

SZLECHTER, Emile. *Le Contrat de Société em Babylonie, em Gréce et a Rome*: Étude de Droit Comparé de l'Antiquité. Paris: Sirey, 1947.

TALAMANCA, Mario. *La società*: corso di lezioni di diritto romano. Milano: CEDAM, 2012.

_____. Società in generale (diritto romano). *In*: *ENCICLOPEDIA del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 814-860. v. 42.

THOMAS, Joseph. Concurrence of actions with 'actio pro socio'. *The Irish Jurist*, Dublin, v. 7, p. 151-160, 1972.

TORRENT, Armando. 'Consortium ercto non cito'. *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, v. 34, p. 479-502, 1964.
VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. Teoria geral das sociedades. As sociedades em espécie do Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2006. v .2.

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

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

WATSON, Alan. *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*. Oxford: Clarendon, 1964.