

AS RAÍZES DA RESPONSABILIDADE AQUILIANA

R. LIMONGI FRANÇA

Professor Honorário da Universidade de San Marcos, de Lima e Professor na Universidade de São Paulo
Membro Titular da Academia

I. DISPOSIÇÕES PRELIMINARES E COLOCAÇÃO DA MATÉRIA.

1. Primado da culpa. 2. Noção de culpa. 3. Culpa e responsabilidade. 4. Responsabilidade aquiliana. 5. Princípio moderno e colocação da matéria.

II. A RESPONSABILIDADE AQUILIANA ANTES DA *LEX AQUILIA*.

1. Direito arcaico. 2. Direito romano anterior.

III. A *LEX AQUILIA*.

1. Denominação. 2. Data. 3. Natureza. 4. Texto e respectiva divisão. 5. Disposições fundamentais. 6. Disposições explicativas. 7. Observação sobre o efetivo objeto da *Lex Aquilia*. 8. Eficácia imediata e signficado.

IV. A RESPONSABILIDADE AQUILIANA APÓS A *LEX AQUILIA*.

1. Institutas de Justiniano. 2. Código Justinianeus. 3. Digesto.

V. A RESPONSABILIDADE AQUILIANA, NO DIREITO INTERMÉDIO E NOS PRÓDOMOS DO DIREITO MODERNO E CONTEMPORÂNEO.

1. Direito Intermédio. 2. Pródromos do Direito Moderno. 3. Alicerces do Direito Contemporâneo.

I. *DISPOSIÇÕES PRELIMINARES E COLOCAÇÃO DA MATÉRIA.*

1. *Primado da culpa.*

Toda a matéria concernente à doutrina da hoje denominada *responsabilidade civil* se desenvolveu a partir da idéia de culpa, bastante ampla, e consolidada no Direito Romano, Clássico e Justinianeus.

Assim, diz o juriconsulto PAULO, conforme fragmento do *De Verborum Significatione*: "*Magna negligentia culpa est; magna culpa,*

dolus est". (D. 50, 16, 226; cf. 223 *culpa lata*; 17, 23, dolo e culpa nos contratos; 17, 36 imiscuir-se em coisa alheia; 17, 50, ausência de culpa; 17, 203; dano por culpa própria).

Reiterando a idéia acima delineada, fácil é averiguar ao estudioso que não só o esforço moderno e contemporâneo, no sentido de completar e superar a Teoria da Culpa, nunca pôde deixar de ter essa categoria jurídica como base ou, no mínimo, como referencial.

E isso, quer na esfera daquilo que os autores têm chamado de "processos técnicos" de alargamento dessa teoria, (v. WILSON MELLO DA SILVA, "Responsabilidade sem culpa", p. 80 e segs., 2.^a ed., Saraiva, 1974), quer no que tange à própria teoria da inadequadamente denominada *Responsabilidade Objetiva*.

Daf, a partir da *culpa*, a necessidade de distinguir e precisar certas noções como a da própria *culpa*, das relações entre *culpa e responsabilidade*, e o que entendemos por *responsabilidade aquiliana*.

2. Noção de culpa.

Diferentemente do que sucede com muitos institutos jurídicos, a noção vulgar de culpa não se distancia essencialmente da respectiva noção técnica.

O mesmo juriconsulto PAULO já o observara há quase dois milênios: *Latae culpaе finis est, non intelligere id, QUOD OMNES INTELLIGUNT*" (loc. cit., 223).

Por exemplo, o dicionário de AULETE (ed. bras. de 1958, rev. por ANTENOR NASCENTES) a define como "ato ou omissão repreensível ou criminosa", pautando-se pelo mesmo diapasão LAUDELINO FREIRE ("ato repreensível ou criminoso"), o qual refere ainda as espécies de culpa, a saber, *grave, leve e levíssima* ("Grande e Novíssimo Dicionário", 2.^a ed., 1954).

Evidentemente, o conceito jurídico de culpa é mais técnico e preciso.

Desse modo, ensina COELHO DA ROCHA: "Culpa é a omissão indeliberada da diligência devida" (Instituições", § 126, 4.^a ed., Coimbra, 1857), no que difere do dolo, no qual há *ânimo deliberado* (§ 125).

Numa visão panorâmica do assunto, ensina SAVATIER que culpa — "é a violação (intencional ou não) de um dever que o agente

tinha a possibilidade de conhecer e observar” (“Cours”, II, 114, ed. 1949). Como se vê, abrange o dolo e a culpa *stricto sensu*, por isso que a intenção de prejudicar ou violar (*animus nocendi*) é a característica daquele, enquanto a culpa não vai além da *negligência*, *imprudência* ou *imperícia*.

3. *Culpa e responsabilidade.*

Se *culpa* é o ato ou omissão que gera o dano, *responsabilidade* pode ser entendida como a *conseqüência da culpa atinente ao dever do culpado de pagar o prejuízo*.

É necessário sublinhar, porém, que tanto os léxicos assinalam, como os juristas empregam, a palavra *culpa*, na acepção *sinônima* de *responsabilidade*, o que não é de muita precisão técnica, mas se tolera como razoável.

4. *Responsabilidade aquiliana.*

Mais comumente se diz — “*culpa aquiliana*”.

A expressão vem da distinção clássica entre culpa contratual e extracontratual. Culpa aquiliana é esta última.

Mas, na medida em que a tecnologia jurídica substituiu a expressão “Teoria da *Culpa*” (v. CHIRONI, “La Colpa nel Diritto Civile Odierno”, Turim, 1925), por “Teoria da *Responsabilidade Civil*”, por sinal mais precisa e completa, achamos por bem que se deve dizer, ao invés de culpa, *responsabilidade aquiliana*, o que é a mesma coisa, com a vantagem da coerência e uniformidade terminológica.

5. *Princípio moderno e colocação da matéria.*

No Direito Brasileiro, o princípio da responsabilidade aquiliana se encontra vazado no art. 159 do Código Civil, nestes termos: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Conforme o ensinamento de BEVILAQUA, no Direito Anterior, essa norma não se encontra claramente definida em Lei, mas foi construída pela Doutrina, com base em normas positivas (“Cód. Civil Comentado”, I, p. 448, 7.^a ed., 1944).

Da pesquisa que fizemos a respeito, resultou que a fonte histórica mais precisa a inspirar esse preceito foi o art. 645 do Projeto FELÍCIO DOS SANTOS, onde se lê que — “Todo aquele que, voluntária e cientemente, ofende os direitos de outrem, constitui-se na obrigação de indenizar o lesado pelo dano que lhe causar” (Imprensa Oficial, 1981).

Certo é, porém, que, no Sistema do *Civil Law*, a matriz histórica recente de toda essa matéria são os arts. 1.382 e 1.383 do Código Napoleão.

Do ponto de vista deontológico e mesmo ontológico, é fácil ver que essa norma constitui *um corolário imediato* dos elementos primeiros da justiça, conforme as “Regras” de ULPIANO, ou sejam — viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu (D. 1, 1, 10, 1).

Mas do ponto de vista histórico, as suas raízes mais profundas e completas se encontram substancialmente na *Lex Aquilia*, do tempo da República Romana, portanto do Direito Pré-justiniano e mesmo Pré-clássico.

De tal modo, que o tipo de responsabilidade em apreço, a saber, a *extracontratual* tomou o nome técnico àquele diploma, de maneira a denominar-se, em doutrina, *responsabilidade* ou culpa *aquiliانا*.

Escusado, pois, encarecer a importância do tema desta comunicação, pois, para o esclarecimento de muitos aspectos da respectiva problemática contemporânea, inúmeros elementos se podem e devem ir buscar nas normas da lei em foco.

II. A RESPONSABILIDADE AQUILIANA ANTES DA LEI AQUILIA.

1. *Direito arcaico.*

Restringir-nos-emos a algumas indicações referentes ao direito babilônico, ao hindu e ao hebraico.

Quanto ao primeiro, como é sabido, o ordenamento por excelência é o pai de todos os códigos, ou seja, o de Hamurabi (v. PIETRO BONFANTE, “Le Leggi di Hamurabi”, Milão, 1903; E. BOUZON, “O Código de Hammurabi”, 2.^a ed., Vozes (1976), datado de cerca de 2.200 a.C.

A despeito do minucioso desenvolvimento de toda a matéria que regula, no que tange ao assunto de que estamos a cuidar, não há dúvida de que se trata de um documento bárbaro, pois é o grande consagrador da chamada pena de talião.

Com efeito é o que se depara nos §§ 196 e 200: “Se um *awilum* (membros de certa classe social) destruiu o olho de um outro *awilum*: destruirão o seu olho. — Se um *awilum* arrancou um dente de um *awilum* igual a ele: arrancarão o seu dente.”

Por vezes, porém, aqui e acolá reponta algum preceito semelhante aos da responsabilidade civil do Direito Moderno.

Veja-se, p. ex., o § 219: “Se um médico fez uma incisão difícil com uma faca de bronze no escravo de um *muskénum* e causou a sua morte: ele deverá restituir um escravo como o escravo (morto).

No que tange ao direito indiano antigo, o código a que temos mais fácil acesso é o de Manu, cuja compilação, transmitida pelos *Rishis* (antigos sábios) dataria do século XIII a.C., e do qual existe a excelente tradução de *Lo seleur Deslongchamps* (“Lois de Manou”, Paris, s/d.).

As disposições sobre o assunto são esparsas e fragmentárias, como as do L. VIII, 224, sobre a indenização por defeito oculto da noiva, ou a do mesmo livro § 240, sobre a indenização por dano causado por animais.

Por vezes, se usa mesmo a palavra indiana que *DESLONGCHAMPS* traduziu por “*negligence*”, conforme se vê no § 243, sobre a devastação dos campos por animais e no § 232 que assim reza: “Quando um animal vem a perder-se, é morto por répteis, ou por cães, ou cai num precipício, e isto por *negligência* do guardião, este é obrigado a pagar um outro igual.”

Por fim, no direito hebraico, a matéria pode ser encontrada no “Levítico”, um dos livros do Pentateuco.

Aí se consagra literalmente a velha e bárbara pena de talião: “O que ferir qualquer dos seus compatriotas, assim como fez, assim se fará a ele; quebradura por quebradura, olho por olho, dente por dente; qual for o mal que tiver feito, tal será o que há de sofrer” (24, 19-20).

Mas igualmente neste ordenamento reponta a responsabilidade civil dos nossos dias.

Veja-se o v. 18: "O que ferir ou matar um animal restituirá outro em seu lugar; isto é, animal por animal." Ou o v. 21: "O que matar um jumento, restituirá outro" (v. ALOISIUS GRAMMATICA, "Bibliorum Sacrorum Nova Editio", Vaticano, 1946).

2. O Direito Romano anterior.

Conquanto BONFANTE teça encômios à "matura e splendida civiltà" do Código de Hamurabi (op. cit., Prefácio, p. IV) e acrescenta que diante deste ressalta "il tipo *arcaico* delle XII Tavole", o certo que é em matéria de reparação do dano, o primeiro grande código romano parece ter dado um passo à frente.

Com efeito, à face da múltipla bibliografia sobre a reconstituição da Lei das Doze Tábuas, louvando-nos nas eruditas conclusões de SILVIO MEIRA sobre o respectivo texto (v. "A Lei das XII Tábuas", p. 168-176, 2.^a ed., 1961) é possível depararem-se disposições que se diriam terminantes.

Vejam-se estes preceitos da Tábua Sétima (De delictis), baseado na reconstituição de J. GODEFROY:

"1. Se um quadrúpede causar qualquer dano, que o seu proprietário indenize o valor desse dano ou abandone o animal ao prejudicado.

"2. Se alguém causa um dano premeditadamente, que o repare.

"6-8. Aquele que fez pastar o seu rebanho em terreno alheio... seja fustigado com varas e em seguida lançado ao fogo; mas se assim agiu por *imprudência*, que repare o dano...

"9. Aquele que causar *dano leve* indenize 25 asses".

Evidentemente, não refoge o diploma a aspectos bárbaros, como o do lançamento ao fogo, o sacrifício a Ceres (lei n. 4) e a própria pena de talião (lei n. 11) expressamente prevista para quem fere a outrem — *Si membrum rupsti, ni cum eo pa cit, talio est* (cf. P.A. TISSOT, "Les Fragments de la Loi des Douze Tables" in P.A. TISSOT, "Le Trésor de l'Ancienne Jurisprudence Romaine", Metz, 1811; reproduzidos por nós em *fac-simile*, na "Revista de Direito Civil", n. 4, RT, 1978).

No que tange ainda ao Direito Romano anterior, é de se mencionar a existência de outros diplomas, como a *Lex Pesolania*, lembrada por OTHON SIDOU, como "de data incerta, co-formadora dos

princípios da responsabilidade noxal, atribuída ao *paterfamilias* pelos danos causados por pessoas ou coisas submetidas à sua *potestade*” (verbete — “Lex Aquilia” in “Enciclopédia Saraiva do Direito”, coordenação de R. LIMONGI FRANÇA, Saraiva, 1977-1982; v. “Sentenças” de Paulo, L. I, tít. XVII, in fine, in “Le Trésor de l’Ancienne Jurisprudence Romaine”, p. 162, Metz, 1811: — *quod etiam lege Personalia de cane cavetur*).

GUTIÉRREZ-ALVIZ se refere a este diploma como a uma “lei rogada, de data duvidosa, que estendeu a responsabilidade noxal por danos produzidos por cães” (v. “Dicionário de Direito Romano”, Madrid, 1976; conf. Paulo, 1, 15, 1).

ULPIANO, por sua vez (D. 9, 2, pr.), faz referência genérica ao efeito revogador da Lei Aquilia, a qual atingiu não só a Lei das XII Tábuas, como ainda “alguma outra que tenha havido que não é necessário mencionar” — *sive alia qua fuit; quas (leges) nunc referre non est necesse*.

III. A LEX AQUILIA.

1. Denominação.

A Lei Aquilia assim se denomina, em razão da pessoa que teve a iniciativa de suscitá-la, a saber, o Tribuno AQUILIUS — *cum eam Aquilius tribunis plebis a plebe rogaverit* (D. 9, 2, 1, Ulpiano).

Por seu turno, o nome “Aquilius” advem do tronco familiar de onde se originou — a *gens Aquilia*, do patriciado romano, portanto, dos mais antigos tempos da fundação da urbe, embora fizesse parte das assim chamadas *minores gentes*.

WALDEMAR CESAR DA SILVEIRA (“Dicionário de Direito Romano”, I, p. 82, Bushatsky, 1957) o confunde com *Aquilius Gallus*, tribuno do sec. I a.C., sob o consulado de Pompéia, tendo dividido a questura com M.T. CICERO, o que constitui sério anacronismo, posto que a Lex Aquilia dataria dos séculos III ou IV a.C.

Outros Aquilios houve, como *Aquilius Nepos* (MANIUS) cônsul que teve a *Marius* por colega, preso e morto por *Mitridates* na Ásia Menor; e *Aquilius Sabinus*, jurisconsulto do ano III d.C. (v. ADOLF BERGER, “Encyclopedic Dictionary of Roman Law”, Philadelphia, 1953).

Nenhum desses, porém, é o tribuno que rogou a *Lex Aquilia*, sendo que, a respeito, até a esta altura da nossa pesquisa, não encontramos dados mais precisos.

2. *Data.*

ADOLF BERGER (op. cit.) situa a rogação da *Lex Aquilia* na 2.^a metade do século III a.C.

WALDEMAR CESAR DA SILVEIRA (op. cit.) faz uma enorme confusão ao referi-la como “plebiscito efetuado sobre proposta do tribuno Aquilio Galo (sic), colega de CÍCERO, na pretura do ano 468 (sic)”. Não tem nada a ver com Aquilio Galo e muito menos com o século V a.C., mesmo porque o mencionado dignitário, assim como CÍCERO, atuaram no séc. I a.C.

Alguns autores referem a data de 286 a.C., a qual foi posta em dúvida por JORS, devido a uma possível incongruência em relação à data da *Lex Hortensia*, que declarou obrigatório o plebiscito para todo o povo. Ao seu turno, ACCARIAS fixa a promulgação em 346 a.C., portanto, a cerca de oitenta anos após a Lei das XII Tábuas v. OTHON SIDOU, op. cit.; cf. JORS-KUNKEL, “Derecho Privado Romano”, p. 365, Barcelona, 1937; C. ACCARIAS, “Précis de Droit Romain”, 4.^a ed. Paris, 1886).

De quanto consultamos, resultou parecer-nos mais prudente, até que haja estudo mais concludente, situarmos a data da Lei *Aquilia ao longo* do século III a.C.

3. *Natureza.*

As formas de expressões do direito positivo romano estão enumeradas por POMPONIO, conforme o Digesto 1, 7, pr; são elas: as leis, os plebiscitos, os senatusconsultos, os decretos dos príncipes, e a autoridade dos prudentes (cf. Institutas, 1, 23; R. LIMONGI FRANÇA, “Formas e Aplicação do Direito Positivo”, RT, 1969).

A explicação do que seja um plebiscito está em JUSTINIANO, “Institutas”, 1, 2, 4: “. . . o plebiscito é o que a plebe, por proposta de um magistrado plebeu, ou seja, o tribuno, constituía” — *quod plebs plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno, constituiebat*” (cf. CORREIA e SCIASCIA, “Manual de Direito Romano”, I, p. 14,

Saraiva, 1949; GAETANO SCIASCIA, "Instituzioni di Diritto Romano", p. 19, Roma, 3.^a ed., 1969).

GAETANO SCIASCIA (loc. cit.) assinala que o plebiscito, depois da *Lex Hortensia*, 287 a.C., passa a obrigar aos patrícios, equiparando-se à *lex publica*.

Assim, é importante saber que a *Lex Aquilia* foi promulgada sob a forma de *plebiscito*, não obstante a possível coincidência de datas entre este diploma e a *Lex Hortensia* (v. JORS-KUNKEL, op. cit., p. 365, nota 3, Barcelona, reimpressão, 1965; cf. OTHON SIDOU, op. et loc. cit.).

Aliás, o ensinamento de ULPIANO, a respeito, é taxativo — D. 9, 2, 1: ... a lei Aquilia É UM PLEBISCITO, posto que foi rogada à plebe pelo tribuno *Aquilio* — *Quae lex Aquilia plebiscitum est cum eam Aquilius tribunus a plebe rogaverit*.

4. *Texto e respectiva divisão.*

Não chegou até nós o texto autêntico da *Lex Aquilia*, parecendo-nos insuficientes os esforços de BRUNS para reconstituí-la (v. "Fontes Iuris Romani Antiqui", I, 45, 7.^a ed., 1909).

A ela porém se refere um sem números de documentos, conforme se pode ver nas "Institutas" de GAIO, 3, 202 e 210-219; nas "Institutas" de JUSTINIANO, 4, 3; no "Digesto", 9, 2; e no "Código", 3, 35.

Daí se pode concluir com firmeza, dada a uniformidade das informações, que a Lei Aquilia se dividia em três partes, às quais tanto *Gaio* como *Justiniano* denominam expressamente de "capítulos" — *capites*.

Destas, a segunda estava em desuso ao tempo de JUSTINIANO, conforme a própria informação das Institutas, 4, 2, 12 — *Caput secundum legis Aquiliae IN USU NON EST* (cf. TISSOT, "La clef des Lois Romaines", Metz, 1809; Digesto, 9, 2, 27, 4, frag. de ULPIANO — in *desuetudinem abut*).

Nossa pesquisa levou-nos a descobri-la em GAIO, Institutas, 3, 215-216, não sendo, como se verá, despidianda, conforme deixam transparecer muitos autores, como TISSOT (op. cit.) e HEINECCIUS ("Recitationes", Louvain, 1785, Coimbra, 1817).

5. Disposições fundamentais.

Aliás, é o mesmo juriconsulto GAIO quem nos dá as informações mais claras e ordenadas, a respeito da Lei Aquilia, de tal modo que talvez seja possível afirmar que, em suas Institutas, §, 210-219, se encontra o que há de fundamental sobre o respectivo conteúdo.

Desdobrando as suas disposições, e procurando sintetizá-las com as próprias palavras, diferentemente do que se depara na reconstituição de BRUNS, excessivamente sintética e elementar, aí deparamos, como se verá adiante, disposições circunstanciadas, com grande riqueza de conteúdo.

São as seguintes:

CAPÍTULO PRIMEIRO

I. Se alguém matar injustamente um escravo alheio ou um quadrúpede... seja condenado a pagar o maior valor da coisa durante esse ano.

(... si quis hominem alienum alie namve quadrupedem... injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare danetur)

II. Entende-se que matou injustamente aquele que o fez com dolo ou culpa.

(Is injuria autem occidere intelligitur, cuius dolo aut culpa id acciderit...)

III. Pela ação fundada nesta lei, computa-se não somente o preço do corpo, mas ainda, se o dono... sofreu um prejuízo superior... também este prejuízo é computado.

(Nec solum corpus in actione huius legis aestimatur, sed... si plus dominus capiat... id quoque aestimatur).

IV. Deve considerar-se também o prejuízo sofrido pelos sobreviventes, se o morto faz parte de um conjunto.

(Item si... unus occisus fuerit, non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quod ceteri qui supersunt depreciati sunt)

V. Aquele cujo escravo foi morto pode escolher entre tornar o responsável réu de crime capital ou cobrar o dano.

(Cuius autem servus occisus est, is liberum arbitrium habet, vel capitali crimine reum facere eum qui occiderit, vel... damnum persequi)

CAPÍTULO SEGUNDO

VI. O Credor tem ação pelo montante da dívida contra o adstipulante que exonera o devedor em fraude.

(... adversus adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur)

VII. Por esta lei, o responsável que nega o fato deve pagar em dobro.

(... ea lege adversus infitiantem in duplum agit)

CAPÍTULO TERCEIRO

VIII. Deve responder pelo prejuízo quem quer que cause a outrem qualquer outra espécie de dano, devendo ser condenado a pagar não o valor da coisa durante todo o ano anterior ao dano, mas o seu maior valor durante os trinta dias precedentes.

(... de omni damno cavetur. — ... non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit, damnatur is, qui damnum dederit)

IX. Esta ação só cabe quando o dano é causado com o próprio corpo, devendo exercerem-se *actiones utiles*, se se tratar de dano perpetrado de outro modo, como matar um animal de fome.

(Ceterum placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur; veluti si quis... pecudem... fame necaverit)

6. Disposições explicativas.

No próprio texto de GAIO, além daquilo que, provisoriamente, denominamos e concluímos serem as *disposições fundamentais* da Lei Aquilia, muitas outras há, geralmente em seguida às primeiras, de natureza *explicativa*.

De certa maneira, parece terem o significado de verdadeiras glosas interpretativas das regras fundamentais acima decantadas.

Desse modo, p. ex., no Capítulo I, dá-se um exemplo do que seria uma espécie de *prejuízo sofrido a maior*, por parte do lesado: fôra o caso de ter sido morto um escravo que houvesse sido instituído herdeiro por outrem, tendo falecido antes de receber a herança. Nessa hipótese, a indenização do dano deve abranger, além do preço do escravo, o do montante da herança — *non enim tantum ipsius pretium, sed et hereditatis amissae quantitas* (3, 212).

Também aí se vê explicado um exemplo de “valor máximo da coisa durante o ano”, qual seja a de um escravo manco ou vesgo (*clodum... aut luscum servum*), cuja avaliação deve ser a de quando estava perfeito se assim se havia encontrado durante esse período — *non quanti clodus aut luscus, sed quanti integer fuit*.

No Capítulo II, comenta GAIUS a desnecessidade da disposição sobre o *adstipulator*, para o qual já havia a *actio mandati*, razão provável pela qual vários juriconsultos assinalam que caiu em desuso (cf. I, 4, 3, 12; D. 9, 2, 27, 4, frag. de *Ulpiano*).

No Capítulo III, elucida-se, entre outras coisas, porque, igualmente, na norma sobre a indenização ampla, cuja referência são os últimos trinta dias, também se entende que o valor devido é o maior verificado nesse lapso, oportunidade em que GAIUS lança mão da autoridade do juriconsulto SABINO, segundo o qual a disposição do Capítulo I também se aplicava ao Capítulo III (G. 3, 218; cf. I, 4, 3, 15).

7. Observação sobre o efetivo objeto da *Lex Aquilia*.

É curioso e importante notar que a *Lex Aquilia*, a despeito de, desde os primórdios ter sido tomada como o referencial absoluto a respeito de quanto se entenda com a responsabilidade *extracontratual*, tanto que tomou o nome de — “culpa AQUILIANA” — na verdade esse diploma também dispôs sobre a responsabilidade *contratual*.

Com efeito, não é de outra natureza a matéria do Capítulo II, sobre a alienação do *adstipulator* em fraude de credores, por muitos deslembado e até desconhecido.

Deve-se creditar o fato à circunstância de, já no período clássico, ter sido assinalada a sua desnecessidade, e, em seguida, por causa dela, o definitivo desuso, conforme já se vê no *Liber 18, ad Edictum*, de ULPIANO (cf. D., 9, 2, 27).

Assim, ao tempo das “Institutas” de Justiniano (530 d.C.), a consideração da Lei Aquilia aparece definitivamente escoimada de qualquer elemento contratual, de onde a responsabilidade extracontratual haver, provavelmente a partir daí, passou a chamar-se “culpa aquiliana”.

8. *Eficácia imediata e significado.*

Ainda uma vez é em ULPIANO, no L. 18 *ad Edictum*, que vamos encontrar a informação de que — “A Lei Aquilia derogou todas as leis que antes dela haviam disposto sobre o dano por ato ilícito, tanto a das XII Tábuas, como alguma outra que terá havido” — *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno injuria locutae sunt, derogavit; sive Duodecim Tabulis, sive alia quae fuit.*

De qualquer modo, é preciso notar não só o conceito estrito de *damnum injuria*, como ainda o fato de, entre os antigos, gregos e romanos, não ser rara a convivência de leis novas com leis antigas (v. FUSTEL DE COULANGES, “A Cidade Antiga”, ed. port., 6.^a ed., Lisboa, 1941; GAETANO PACE, “Il Diritto Transitorio”, Milão, 1944; R. LIMONGI FRANÇA, “Direito Intertemporal Brasileiro”, págs. 32-35, 2.^a ed., RT, 1969).

A verdade é que o próprio texto de GAIO faz referência expressa à permanência da *actio mandati*, para o caso do *adstipulante*, bem assim das *utiles actiones*, para quando não se tratasse de dano que não fosse *corpore corpori datum* (GAIO, 3, 219; cf. SCIASCIA, op. cit., p. 146).

Outrossim, no Digesto, no próprio Livro IX, cujo tít. II é dedicado “Ad Legem Aquiliam”, vemos o tít. I a cuidar do dano causados por *quadrúpedes*; o tít. III referir-se ao prejuízo por *coisas derramadas ou atiradas*; e o tít. IV a dispor, genericamente, sobre as ações noxais, em meio às quais a ação aquiliana convive não só com a da Lei das XII Tábuas, como com outras, como a própria *actio communi dividundo* (v. D. 9, 4, 41, frag. de JULIANO).

Em suma, o que se pode concluir é que, dado o seu teor, quer quanto ao sistema, quer quanto ao conteúdo, com a Lei Aquilia, se encerra *um* ciclo legislativo em matéria de danos e nela se baseia todo o Direito Clássico e o Justinianeu (cf. JORS-KUNKEL, op. cit., p. 365; OTHON SIDOU, op. cit.).

IV. A RESPONSABILIDADE AQUILIANA, APÓS A LEX AQUILIA.

1. *Institutas de Justiniano.*

Começamos por esta obra, pelo fato inequívoco de, especialmente nesta parte, terem sido largamente calcadas no texto de GAIO (G. 3, 210-219; I. 4, 3, pr. 16).

Assim, todas aquelas disposições que decantamos do texto do jurisconsulto clássico, se encontram em JUSTINIANO, exceto o que se refere ao Cap. II, o qual, diz o Imperador, repetindo ULPIANO, *in usu non est*.

Cumpra atentar, porém, para os exemplos explicativos destas *Institutas*, mais ricos e mais precisos que os de GAIO. Graças a eles ficaram elucidadas algumas regras, de importância para a evolução da matéria e para o próprio direito moderno.

Assim, ficou aí esclarecido que “a *imperícia* também se considera culpa; p. ex., se um médico matou um escravo seu, pelo haver mal amputado ou ministrado remédio não condizente” — *Imperitia quoque culpae adnumeratur* (I. 4, 2, 7).

A culpa levíssima é aí também eivada de responsabilidade, através do exemplo daquele que por fraqueza (*propter infirmitatem*) não pode reprimir o ímpeto de um cavalo, quando alguém mais forte o teria feito — *cum alius firmior retinere potuisset*.

O texto traz também a importante complementação, segundo a qual a ação não passa aos herdeiros, dado o seu caráter penal — *ideoque constant in heredem eam actionem non transire* (I. 4, 2, 9, in fine).

Ainda quanto ao aspecto processual, estas *Institutas* falam de três ações diversas relacionadas com a matéria: a *actio directa*, a *actio utilis* e, ainda, uma *actio in factum*, para o caso de não haver dano *corpore corpori* nem *lesão corpórea*, como na hipótese de alguém

que, por misericórdia, soltasse os grilhões de um escravo alheio, para que fugisse — *alienum servum compeditum solverit, ut fugeret* (v. CONTARDO FERRIRI, “Manuale di Pandette”, § 593-595, 4.^a ed., Milão, 1953).

Por fim, uma falha grave na lição justinianéia: a falta da referência à *condenação em dobro*, para o responsável que negasse o dano.

2. Código Justinianeu.

No Código Justinianeu, Liv. III, título XXXV, especificamente consagrado à Lei Aquilia há a transcrição de seis excertos, de contribuições dos imperadores romanos, nesta proporção: *um*, da autoria de Alexandre; *dois*, de Gordiano e *três*, de Diocleciano, correspondentes a um período que vai de 227 a 294 d.C., portanto, todos do século III, sendo importante assinalar que GAIO viveu sob Hadriano, tendo morrido depois de 178 d.C.

O primeiro fragmento, de Alexandre, faz referência à necessidade de prova do dano — *si probare potes*.

O segundo, de Gordiano, refere-se ao direito do lesado exigir a *reposição ao estado anterior* contra aquele que demoliu a sua casa — *ut in priorem statum restitatur*.

O terceiro, do mesmo, quanto à morte de escravo, prescreve o cabimento de uma ação criminal, distinta da ação aquiliana — *tam legis aquiliae... actionem, quam criminalem*.

O quarto, de Diocleciano, prescreve a *condenação em dobro* do responsável que nega a culpa — contra *negantem... dupli procedit condenatio*.

O quinto, do mesmo, repete a *condenação em dobro* contra aquele que mata o gado alheio pela fome — *fame necata... in duplum agere potes*.

O sexto e último, do mesmo, concede a ação aquiliana contra quem haja causado dano à pastagem de outrem — *quae per injuriam depasta contendis*.

Evidentemente, estas disposições completam aquelas das “Institutas” de GAIO, mas é difícil saber até que ponto constituem efetivas normas da Lei Aquilia, e não ampliações interpretativas, da parte de monarcas detentores de poderes absolutos.

De qualquer forma, elucidam aspectos novos das raízes da responsabilidade aquiliana, de que estamos tratando.

3. *Digesto.*

No Digesto, a parte dedicada à *Lex Aquilia* é precisamente o Tít. II da Livro IX, sob a rubrica “Ad Legem Aquiliam”. Aí foram transcritos cinquenta e sete fragmentos sobre a matéria, extraídos da obra de onze *prudentes*, os quais aparecem na seguinte ordem: *Ulpiano, Gaio, Paulo, Marciano, Marcelo, Javoleno, Pomponio, Juliano, Alfeno, Neracio e Papiniano.*

É preciso reiterar, entretanto, que a responsabilidade aquiliana não é tratada apenas nesse título, senão também no primeiro — *Si quadrupes pauperium fecisse dicatur*; no terceiro — *De his qui effuderint, vel dejecerint*; e no quarto — *De noxalibus actionibus*.

Não é preciso dizer, sobre o conjunto destes textos, ou o do próprio Tít. II, cumpriria realizar todo um largo, minucioso e utilíssimo estudo em apartado, o qual, entretanto, descaberia a esta altura.

Restringir-nos-emos, assim, a sublinhar algumas passagens particularmente expressivas.

A primeira delas é a que se refere ao agasalhamento da *culpa levíssima*, constantemente invocado pelos autores, sobretudo os modernos, para início da argumentação em favor da Teoria do Risco.

Temos observado que o respectivo texto — *In lege Aquilia et levissima culpa venit* — vem sendo repetido sem a identificação da fonte, e não raro com algum estropiamento, pois muitos escrevem “*De lege Aquilia*”, quando o correto é “*In lege Aquilia*”.

Apraz-nos lembrar que esse fragmento advém do “*Liber ad Sabinum*”, 42, de autoria de UPIANO e se encontra no título do Digesto ora em foco, 44, princípio.

Do mesmo jurisconsulto é o fragmento referente à contagem do lapso de um ano, para efeito de avaliação do *maior preço* da indenização, de inegável interesse técnico. Aí se diz que “se computa contando para traz, a partir do dia em que o escravo foi morto” — *anus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est*.

Ao longo da matéria se depara a previsão de algumas hipóteses de grande atualidade.

Por exemplo: a responsabilidade dos *médicos*, a dos *professores*, a *dos que praticam jogos perigosos*.

Quanto à primeira hipótese, assinala *Gaio* que, se houve abandono da cura, não estará seguro o médico, mas será réu de culpa — ... *securus non erit, sed culpa reus intelligitur*.

Com relação aos professores, o excesso de rigor os torna culpados — *Praeceptoris enim nimia sevitia culpa adsignatur*.

E no referente aos últimos, também se consideram culpados — *Nam lusus quoque noxius in culpa est*.

Entretanto, este fragmento de *PAULO* deve ser completado por outro, de *ULPIANO*, a respeito dos certames públicos, com relação aos quais “cessará a Lei Aquilia, porque o dano se reputa recebido com a intenção de obter glória e dar mostra de valor, e não com a intenção de prejudicar” — *cessat lex Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non injuriae gratia videtur damnum datum*.

Algumas soluções bastante sutis também aí se deparam, como a da responsabilidade do *louco* e a do *dono do escravo que fugiu e causou dano*.

Com relação àquele, noticia-se que o jurisconsulto *PEGASO* negou a ação aquiliana por isso que se não pode culpar quem não está com a sua cabal razão, — *enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit*.

Quanto ao outro, a resposta de *ULPIANO* é afirmativa, no que conta com igual opinião de *JULIANO* e *MARCELO* (27,3).

O título em apreço traz ainda considerável número de referências à *cumulação* e ao *uso alternativo de ações*.

Com efeito aí está dito que “... às vezes concorrem duas ações, tanto a da lei Aquilia como a de injúrias; e então haverá duas estimações: uma pelo dano e outra pela ofensa” — ... *duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae*.

Por outro lado, “se alguém matou o servo que recebeu em penhor, pode o responsável ser acionado pela Lei Aquilia ou pela *Pignoratícia*, mas o autor deverá contentar-se com uma delas” — *sed alterutra contentus esse debet actor* (frag. 18, *Paulo*).

Por fim, não são poucas, ao longo dos múltiplos textos, aquelas que poderíamos considerar as primeiras manifestações da teoria do risco ou da indenização objetiva.

Suscitou-nos particular atenção o fragmento de UPIANO onde se assinala que, “si alguém, por estar carregado mais que o justo, deixar cair a carga matando com isso a um escravo, terá lugar a ação da Lei Aquilia, PORQUE ESTEVE EM SUA VONTADE O CARREGAR-SE DE TAL SORTE — *fuit enim in ipsius arbitrio, ita se non onerare.*”

Poder-se-ia ponderar que, na espécie, o de que se trataria fôra da culpa *in eligendo*, e não da *assunção do risco*.

Força porém é reconhecer que, não raro, como no caso, é muito difícil determinar a linha divisória entre uma e outra. Com efeito, aquele que se impõe a si próprio (não a um terceiro ou a uma besta) excesso de carga é sem dúvida um trabalhador brioso por cuja mente é difícil admitir passaria a idéia de com isso matar a alguém.

V. A RESPONSABILIDADE AQUILIANA, NO DIREITO INTERMÉDIO E NOS PRÓDOMOS DO DIREITO MODERNO E CONTEMPORÂNEO.

1. *Direito Intermédio.*

Sobre este aspecto da matéria, é necessário lembrar sempre a dicotomia seguida pela evolução do Direito Romano, no Império do Oriente e no Império do Ocidente (v. R. LIMONGI FRANÇA, “Direito Intertemporal Brasileiro”, “O Direito Intermédio”, pg. 72-101, 2.^a ed. RT, 1968).

Assim, enquanto, naquele, a sabedoria dos juriconsultos do Período Áureo, bem assim da legislação dos príncipes e monarcas, através sobretudo do Direito Justinianeu, seguiu uma linha ininterrupta, até o Direito Eslavo moderno, o mesmo não se deu neste último, onde as invasões dos bárbaros e dos mouros seccionou, violentou e desviou os caminhos da respectiva evolução.

Particularmente, no referente ao Direito Ibérico, basta assinalar que as coletâneas justinianéias só vieram a ser conhecidas e a exercer influência no sistema jurídico, após a Reconquista.

Em meio a essa tão complexa e importante fase da História do Direito, o ordenamento de maior importância é o Código Visigótico, promulgado em 671, tendo vigorado em Portugal até 1446, data

das Ordenações de D. Afonso V, e na Espanha até 1889, quando entrou em vigor o atual Código Civil.

Denominado *Lex Gothorum, Forum Judicum, Fuero Juzgo* (em espanhol medieval), suas raízes próximas se encontram na *Lex Antiqua* ou *Código de Eurico* (466-484), cuja elaboração, por sua vez, tomou por base, entre outros documentos, o Código Theodosiano (438) e as Institutas de GAIO.

Assim, o Código Visigótico teve meios de apresentar, no Livro VIII, ao longo de seis títulos desdobrados em minuciosos capítulos, um grande número de disposições sobre a responsabilidade aquiliana.

As rubricas — “De los cometedores e de los forzadores”; “De las quemas e de los quemadores”; “De los danos de los árboles...”; “Del danno que foce el ganado e de las otras animalias”; “De los puercos que jacen e de las animalias que andan erradas”; “De las abeyas e del danno que facen” — mostram bem a abordagem variegada com que é tratada a matéria, de modo a lembrar realmente os ensinamentos de GAIO e de outros textos pré-justinianeus (v. “Fuero Juzgo”, Madrid, 1815).

Mas força é reconhecer o respectivo caráter fragmentário, sem nenhum espírito de sistema e sem mostra de avanço técnico da matéria.

Já, entretanto, na Idade Média mais recente podemos notar alguma modificação nas “Sete Partidas” de *Afonso o Sábio*, de *Castella* (v. R. LIMONGI FRANÇA, “Direito Intertemporal Brasileiro”, p. 85. nota 18).

O casuísmo é semelhante ao do Código Visigótico, mas aí já depara um certo caráter científico, como por exemplo no que tange ao conceito e à classificação dos danos, nestes termos: “Daño es empeoramiento o menoscabo, o destruymento q ome reseibe en si mesmo, o en sus cosas por culpa de otro. E son de tres maneras. La primera es quando se empeora la cosa por algua ql mezclã, o por otro mal ql fazê. La segunda, quando se se megua por razon del daño que fazen en ella. La tercera es quando por el daño se pierde, o se destruye la cosa del todo” (“La Siete Partidas”, 3.º vol., Setena Partida, tít. XV, p. 56, imp. Postonaris, 1576).

A retomada, entretanto, do progresso evolutivo da matéria, só surgiu com a Primeira Renascença e os estudos da Escola de Bolo-

na, com a Glosa e a Pós-Glosa (BALDUS, “Baldi Perusini in tres Priores Libros Codicis Prelectiones”, Lugduni, 1563; BARTOLUS, “Bartolus a Saxo Ferrato”, In Primam FF Veteris Partem, Venetiis, 1570).

Foi aí, como com relação à generalidade das instituições jurídicas do *Civil Law*, que se prepararam os elementos hábeis a suscitar os pródromos do Direito Moderno e ao posterior movimento das codificações dos séculos XIX e XX.

2. *Pródromos do Direito Moderno.*

Restringir-nos-emos a dois próceres dessa fase: um, do Direito Germânico, — HEINECK; e outro do Direito Neo-Latino, — POTHIER.

No primeiro, cujo nome latino é HEINECCIUS, conforme se pode ler em suas “Recitationes”, a matéria é já apresentada de modo surpreendentemente sistemático.

Divide-a em quatro partes: 1) natureza do *damnum injuria datum*; 2) capítulos da Lei Aquilia e ações daí oriundas; 3) requisitos dessas ações e 4) uso hodierno.

Sobretudo com relação a esta última parte, assinala o autor que rigorosamente a ação de dano, a despeito das origens, não mais se baseava, a seu tempo, diretamente nas disposições específicas da Lei Aquilia, senão no Direito Natural e nos estatutos pátrios — *ex jure naturali et statutis patriis, non ex L. Aquilia* (HEINECCIUS, “Recitationes” in *Elementa Iuris Civilis*, p. 402, Louvain, 1785, Coimbra, 1817; refere-se expressamente a C. THOMASIIUS, “Diss. de larva L. Aquiliae”).

Quanto a POTHIER, no clássico “*Traité des Obligations*”, cuida da matéria à altura em que, expondo as causas das obrigações, se atem ao *delito* e ao *quasi-delito*, definindo este como “le fait par lequel une persone, sans malignité, mais par une imprudence qui n’est pas excusable, cause quelque tort à un autre” (POTHIER, “*Oeuvres*”, ed. de Bugnet, II, p. 57, Paris, 1861).

Vários problemas aí são resolvidos, como o da responsabilidade do louco, da criança, do bêbado, do interdito, da responsabilidade indireta de pais, tutores ou preceptores, e dos patrões.

Curioso notar, porém, que POTHIER se serve diretamente de fontes esparsas do Código e do Digesto, cita unicamente a BARTOLO, e

nenhuma referência faz à *Lex Aquilia*, nem às fontes clássicas e justinianéias especificamente dedicadas a esse monumento jurídico, básico para a matéria.

3. Alicerces do Direito Moderno e Contemporâneo.

Os alicerces do Direito Moderno e Contemporâneo se encontram, nesta matéria, como na generalidade da Ciência Jurídica, na Escola Histórica germânica e na Exegese francesa.

Da primeira, entre outros, são pro-homens SAVIGNY e PUCHTA; e, da segunda, uma plêiade imensa de glosadores como MERLIN, CHASSAT, MOURLON, e tantos outros, todos eles voltados religiosamente para o texto do Código Napoleão.

Quanto a SAVIGNY, que tão genialmente estruturou o seu definitivo “*System*”, não se pode dizer o mesmo quanto ao enxundioso e confuso “*Tratado das Obrigações*”.

No que tange especificamente à matéria em foco, começa pela inadequada classificação das fontes das obrigações, onde as resume exclusivamente em *duas* — o *contrato* e o *delito*.

Dessa síntese excessiva, resultou em sua obra, o nenhum progresso da matéria, quanto ao aspecto da responsabilidade aquiliana (v. SAVIGNY, “*Sistema del Diritto Romano Attuale*”, trad. de SCIALOJA, Turim, 1898; “*Traité des Obligations*”, vol. II, p. 336, trad. de T. Hippert, Paris, 1873). Com efeito, a desaconselhada unificação, numa só categoria, dos *delitos* e *quasi-delitos*, tornou a respectiva exposição sobre a Lei Aquilia desmedidamente polarizada no seu aspecto *penal*; ficando por resolver tudo quanto deveria ter sido aclarado do ponto de vista *civil*.

Já no que concerne a PUCHTA, a exposição é bastante clara, completa e sistemática, sendo de se notar que segue de perto as Institutas de GAIO, posto que aí se depara matéria relativa ao próprio Capítulo II da Lei Aquilia.

Assinala em conclusão que a respectiva ação não é admitida:

“1) Quando o dano não foi produzido imediatamente com um fato corporal.

2) Quando daí não adveio um dano à própria coisa.

3) Quando não foi danificada uma coisa, mas o corpo de um homem livre.”

“Em todos estes casos (sic), a pessoa prejudicada tem uma *utilis actio* com a mesma qualidade, como ação direta” (G. F. PUCHTA, “Corso delle Istituzioni”, trad. de Turchiarulo, Nápoli, 1854).

Mais tarde, ao tempo do “Direito das Pandectas”, de BERNARDO WINDSCHEID, já encontramos um minucioso desenvolvimento da matéria, a que esse autor dá o título de “A Lei Aquilia e as suas ampliações”, de forma a atingir uma gama riquíssima de aspectos particulares, todos eles baseados em farta erudição e respeito aos textos romanos.

Não se depara, entretanto, a formulação de *um princípio geral* da reparação do dano, o que só terá advindo com o BGB, art. 823, que assim reza: “Quem dolosa ou culposamente lesiona de forma anti-jurídica a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de outra pessoa, está obrigado para com ela à indenização do dano por isto causado” (v. Bürgerliches Gezetzbuch, ed. Nünchen und Berlin, 1958; cf. ed. Prof. KARL LARENZ, München, 1968).

Já no que tange à escola francesa da Exgese, o trabalho, a despeito do dogmatismo e do fetichismo legal, foi bem mais profícuo, pela razão simples de os autores, nos seus “Cursos de Código Napoleão”, haverem trabalhado sobre um texto de lei de feição geral, acabada e, sob muitos aspectos, definitiva.

A respectiva importância torna oportuna a transcrição na língua original: “Art. 1382. Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. Art. 1383. Chacun est responsable du dommage qu’il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.”

Em meio a todo o movimento codificador do século XIX, bem assim do século XX, quer do sistema neo-latino, quer do germânico, quer do latino-americano, quer do oriental, conforme se pode ver nos códigos japonês (art. 709) e chinês (art. 184), a influência dos preceitos do Código Napoleão esteve presente.

Não deixaram de experimentá-la o direito português (Código de 1867, art. 2361; Código de 1966, art. 483), bem assim o brasileiro (art. 159).