

sem a correspondente tutela. Se há o direito à liberdade, igualmente surge o *habeas corpus*, como remédio (processo) estatal para coibir os excessos da autoridade e preservar as prerrogativas do cidadão. Se um casamento é nulo, e às vezes os envolvidos têm certeza desta realidade, é preciso propor uma ação (processo) de nulidade, para que a nulidade seja reconhecida e as partes possam casar-se novamente.

O processo, em suma, persegue a verdade. Terminamos com as palavras do canonista padre Juan José García Faílde, decano da Rota espanhola:

Parece claro que la finalidad del proceso es la del encuentro del juez con la verdad objetiva y, por tanto, de la adecuación de la sentencia a la realidad objetiva controvertida en el proceso¹.

Edson Luiz Sampel é advogado e mestre em Direito Canônico pelo Instituto de Direito Canônico "Pe. Dr. Giuseppe Benito Pegoraro".

O DIREITO ROMANO COMO ALICERCE DA AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS

Prof. José de Ávila Cruz

I. INTRODUÇÃO

O Direito Romano é uma criação típica do gênio romano. "A primeira cidade foi formada por uma rede de poderes frágeis, porém bem delineada¹."

O Direito Romano representa o aparecimento de uma forma nova de cultura, de um tipo de espírito que o mundo grego de nenhum modo havia pressentido. "Uma História da Civilização de Roma seria irremediavelmente falha se não dedicasse, pelo menos algumas linhas, ao estudo das normas jurídicas que regeram a vida pública e privada dos romanos²."

Mas o estudo do Direito Romano não nos interessa somente para um melhor conhecimento da Civilização Romana. "As velhas normas jurídicas romanas não são estranhas a nossos horizontes habituais³."

É bem conhecida a forma característica da península italiana: bota gigantesca, cujo bico parece atingir a Sicília e cujo salto se orienta para a Grécia.

Coroadada pela imponente muralha alpina e cortada em todo o seu comprimento pelos Apeninos, a Itália compreende três regiões naturais contínuas: a Itália Setentrional, a Itália Central e a Itália Meridional. A essas três regiões contínuas devemos acrescentar a Itália Insular. "Observe-se que, antes da Época Imperial, o nome Itália era reservado apenas para a região peninsular, cortada em toda a extensão pelos Apeninos⁴."

¹ SCHIAVONE, Aldo. *Storia del Diritto Romano*. Torino: Giappichelli Editore, s.d. p. 9.

² Ibidem.

³ VILLEY. *Le Droit*. p. 120.

⁴ LAURAND. v. 2, p. 386.

Posteriormente, passou-se também a designar com esse nome toda a região situada entre os Alpes e os Apeninos, incluindo-se, portanto, a planície do Pó.

O Lácio, berço da Civilização Romana, é uma pequena planície limitada ao sul pelos montes Albanos, ao leste pelos Apeninos, ao norte pelo Tibre e ao oeste pelo mar. O Tibre, rio de mais de quatrocentos quilômetros de extensão, atraiu, desde cedo, habitantes para o Lácio. À margem esquerda desse curso d'água, numa zona em que a erosão fez com que surgissem as sete colinas cujos nomes figuram em todos os manuais de História Romana — o Quirinal, o Viminal, o Capitólio, o Esquilino, o Palatino, o Aventino e o Célio —, nasceu e cresceu a cidade de Roma.

“Roma encontrava-se em posição favorável para o desenvolvimento de seu poderio⁵.”

A fundação de Roma, segundo a maioria dos autores, ocorreu no ano 754 a.C. O estudo de Direito Romano consiste na análise de normas jurídicas que vigoraram em Roma e nos países regidos pelos romanos, abrangendo um período de treze séculos, contados da fundação de Roma no ano 754 a.C. até a morte do imperador Justiniano em 565 d.C.

O objetivo deste trabalho é meramente expositivo; limitar-se-á ao tema proposto, ou seja, o Direito Romano como alicerce da reparação de danos. Todavia, consideramos indispensável algumas referências sobre a situação geográfica dessa cidade considerada berço da civilização.

II. A CULPA CONTRATUAL

Trata-se de uma questão das mais antigas. Desde tempos remotos, encontram-se traços reveladores de sua prolongada e laboriosa construção jurídica. Primitivamente, numa fase mais rudimentar da cultura humana, a

⁵ MEIRA, Silvio. *Curso de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1975.

reparação do dano restringia-se à retribuição do mal pelo mal. A pena do talião foi por muito tempo exemplo típico disso: olho por olho dente por dente; quem com ferro fere, com ferro será ferido.

Mas a vingança privada, como modo de compensar dano, era contra-producente; em verdade, com ela, não havia reparação alguma, porém duplo dano, redobrada lesão: a da vítima e a do seu ofensor, depois de punido⁶.

Antes de mencionarmos a principal fonte da reparação de dano no Direito Romano, vejamos a evolução dos sistemas processuais romanos: ações da lei, processo formular e processo extraordinário. Os dois primeiros constituíam o *Ordo Iudiciorum Privatorum*, misto de justiça aplicada pelo Estado e a justiça arbitral. O primeiro, mais que o segundo, guardava muitas características da antiga justiça privada. O processo extraordinário teve vigência a partir do século III d.C., até Justiniano, e teve como característica uma organização judiciária puramente estatal. Foi por essa razão que Mauzeaud chegou a afirmar que a ação de ressarcimento de dano nasceu no dia em que a repressão se transferiu das mãos do ofendido para o Estado⁷.

Para que se tenha uma noção exata do desenvolvimento do instituto que deu origem à reparação de dano, é preciso examinar a forma de repressão penal, no Direito Romano.

III. O DIREITO PENAL ROMANO

O estudo da evolução histórica do Direito Penal Romano revela, inicialmente, uma dupla característica: a influência religiosa e o delineamento da distinção entre o que é público e o que é privado. A coletividade dos cidadãos preocupa-se em que não seja perturbada a *pax deorum* (paz dos deuses) e

⁶ BARROS MONTEIRO, W. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 407.

⁷ MAZEAUD e MAZEAUD. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. v. 1, n. 20.

está atenta para a sua responsabilidade solidária no sentido de punir o culpado, abandonando-o à *consecratio* (punição sagrada), pela qual o infrator ou era morto ou era posto em tal condição que qualquer um poderia matá-lo⁸.

As noções de público e privado traduziram-se, no campo penal, na distinção entre atos ilícitos punidos pelo *jus civile*, com penas privadas, e atos ilícitos punidos pelo *jus publicum*, com penas públicas. Nas fontes jurídicas clássicas, foi dado aos primeiros o nome de *delicta*, e aos segundos o de *crimina*:

Muito se tem escrito sobre o sentido das expressões *delictum* e *crimen*. Albertário (*Delictum e crimen nel Diritto Romano Classico e nella legislazione Giustiniana*) chama a atenção para o fato de que entre os romanos não tinha sentido falar de *crimen publicum* e de *delictum privatum*. O mesmo autor sublinha que enquanto houve uma antítese entre pena privada e pena pública, houve uma correspondente antítese entre as expressões *delictum* e *crimen*. Mais tarde, na época pós-clássica, esses termos passam a ser equivalentes quando o Direito Penal público absorveu praticamente o Direito Penal privado⁹.

O Direito Penal ocupa um notável espaço na Lei das XII Tábuas. A Lei decenviral conserva alguns dispositivos de caráter religioso-sagrado em que se vislumbra, contudo, a lembrança da autodefesa privada.

Embora a vingança privada (estamos falando da época em que o costume era a principal fonte do Direito), sanção primitiva dos delitos, esteja presente em determinadas normas, é visível o esforço do legislador em favorecer e acelerar o triunfo de um novo e mais humano costume pelo qual a vingança seja proporcional à ofensa, e seja facilitada a composição voluntária em dinheiro, quando esta composição não é imposta legalmente¹⁰.

No que se refere aos ilícitos, denominados posteriormente *delicta*, note-se que “nas formas mais graves denunciam já, de qualquer modo, um aspecto

penal que os distingue do ilícito civil: com efeito, o ladrão noturno pode ser morto, e o que for surpreendido em flagrante recebe uma punição típica: é açoitado e tomba em poder do lesado”¹¹. Ainda nessa referida lei encontramos o embrião da reparação de danos (Tábua XII). *Si iniuria rupitias (ast se casu) sarcito*, que, em vernáculo, significa: “Se alguém causou dano (mesmo por acidente), que o repare”¹².

Em matéria de pena pecuniária estabelecida pelo ordenamento jurídico, a Lei das XII Tábuas representa uma fase de transição. Enquanto em relação a alguns atos ilícitos refletia ainda o estágio de vingança, regulada e qualificada pelo próprio ordenamento jurídico (o talião para o *membrum ruptum* — mutilação, lesão corporal; a *addictio*, ou adjudicação, com outras sanções para o *furtum manifestum* (flagrante) em relação a outros delitos fixava a pena pecuniária (para o *fractum* (osso quebrado cominava-se a pena de trezentos e cinquenta asses, conforme a vítima fosse livre ou escravo)¹³.

Como já tivemos ocasião de esclarecer, a falta de conceituação precisa entre direito público e privado entre os romanos fez com que constassem das fontes os atos ilícitos que atingiam a segurança estatal:

Inicialmente, só era reprimido diretamente pelo próprio Estado o ato ilícito que atingia a própria segurança estatal, quer interna (como a *perduellio*, isto é, o ato daquele que se torna inimigo torna inimigo, *duellus* da cidade), quer externa (como ato daquele — preditor — que incita o estrangeiro [*hostem concitare*] contra o Estado Romano¹⁴.

A comunidade ameaçada ou agredida constitui-se em assembléia judicante. A repressão do próprio homicídio, considerado como lesivo à pessoa física e não ao Estado como tal, cabia inicialmente aos parentes da vítima, e

⁸ GROSSO, *Storia del Diritto Romano*. p. 148.

⁹ GIORDANI, Mário Curtis. *Direito Penal Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 15.

¹⁰ ARANGIO, Ruiz. *Storia del Diritto Romano*. p. 74.

¹¹ Lei das XII Tábuas, Tábua 2, citada por: MEIRA, Silvio. *A Lei das XII Tábuas*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 72. *Si nox furtum factum sit; si aliquis occisit jure caesus esto*.

¹² *Ibidem*, p. 73.

¹³ GIORDANI, op. cit., p. 8.

¹⁴ *Ibidem*, p. 4.

não a um órgão estatal. Posteriormente, em virtude da gravidade intrínseca e das conseqüências anti-sociais do exercício da vingança (que provocava terrível reação em cadeia), a punição do homicídio passou para o âmbito do Estado¹⁵.

Na fase final da República, o Direito Penal vai, de certa forma, conquistar a autonomia. Entre os vários fatores que contribuíram para essa evolução figura, notadamente, a própria expansão do Estado Romano. Assim, a figura do crime de concussão praticado pelos magistrados provinciais relaciona-se intimamente com a dita expansão. Note-se que o dano patrimonial causado aos lesados situaria, em princípio, o processo no âmbito privado. A condição do agente (um magistrado) e a situação muito especial das vítimas (os habitantes das províncias) subtraíram o processo à jurisdição do magistrado (o pretor) que presidia o desenrolar da instância no campo privado¹⁶:

A aglutinação das "gentes" e o surgimento da cidade-Estado atraíram para o âmbito estatal as atribuições judiciárias. Muitas práticas remotas, com características de justiça privada, foram sancionadas pela nova organização política, embora com modificações e adaptações à nova ordem¹⁷.

Entretanto, antes de falar do instituto que deu origem à reparação de dano, devemos conceituar os principais tipos de ação judicial no Direito Romano.

IV. AS AÇÕES

A palavra *actio* em latim indica a natureza do processo romano antigo. *Actio* significa feito, ação, execução, um modo de alguém afirmar ou fazer valer o seu direito contra outrem que nega. Provém de *ago*, *agi*, *actum*, *agere*, que significam impelir, por em movimento, prosseguir. Daí dizer-se

legis actio, ação da lei ou processo por *legis actionem*. O termo, que teve aplicação restrita no antigo Direito Romano, acabou por expandir-se para o processo formular e para o extraordinário. Passou-se a designar *actiones*, em sentido genérico, os meios judiciais próprios destinados a fazer valer, em juízo, direitos que foram violados. Celso define a ação como "o direito de pleitear perante a justiça o que nos é devido"¹⁸.

Numerosas e variadas espécies de ações foram utilizadas pelos romanos em sua trajetória histórica. O período mais fecundo foi, sem dúvida, o da vigência do sistema formular, que corresponde a uma época clássica, nos três primeiros séculos de nossa era. Grandes figuras de jurisconsultos viveram nesse tempo, e suas obras continham ensinamentos em grande parte aproveitados pelos realizadores das compilações que se fizeram mais tarde por ordem do imperador Justiniano.

Ulpiano ensina que há duas espécies de ações: reais (*in rem*) e pessoais (*in personam*)¹⁹. Gaio afirma que as ações reais eram chamadas *vindicaciones*, e as pessoais *condictiones*. A ação é *in personam*, diz Gaio, quando agimos contra quem se obrigou para conosco por contrato ou delito, isto é, quando pretendemos uma coisa corpórea como nossa, ou temos um direito qualquer sobre ela, como o de uso, usufruto, passagem, caminho, aqueduto²⁰:

Um sistema prático de indagar se a ação é *in rem* ou *in personam* formula-se com a seguinte pergunta: *CUR DEBETUR* (por que se deve?). Na causa de pedir, encontra-se a resposta sobre se a ação é real ou pessoal. Pela ação de reivindicação, o autor, dizendo-se senhor da coisa, pede que seja condenado a entregá-la àquele que injustamente a detenha (Por que se deve? Por força de domínio, que é direito real). Portanto, a ação de reivindicação é de direito real e está relacionada entre as ações reais do Artigo 674 do Código Civil Brasileiro. A ação *in personam* tutela um direito pessoal, isto é, o cum-

¹⁵ GIOFFREDI. *I principi del Diritto Penale Romano*, p. 12.

¹⁶ *Ibidem*, p. 14.

¹⁷ MEIRA, Silvio. *O Processo Civil Romano*. S.l.: Filangola, 1962. p. 36.

¹⁸ CELSO, *Digesto*, 44, 7, 51.

¹⁹ ULPIANO, D., 44, 7, 25.

²⁰ GAIO, *Inst.* IV,5.

primento de uma obrigação São ações pessoais as que derivam de contrato, do delito ou quase-delito, ou ainda da lei. Assim, a ação de despejo se deriva do contrato de locação²¹.

Por que se deve? É óbvio que não havia, no Direito Romano, a ação de despejo tal como é prevista pelo legislador moderno, mas o contrato de locação era conhecido dos romanos, assim como a ação restitutória, ação essa que podia ser referente a um prédio (prédio em Direito Romano significa imóvel; um terreno sem construção era chamado de prédio pelos romanos). A ação era identificada mediante a formulação da pergunta: *cur debetur*.

As ações reais não continham a *demonstratio*, não indicavam o nome do réu na *intentio*, indicando, apenas o nome do autor. Algumas dessas ações eram chamadas arbitrárias, pois dependiam do arbítrio do juiz, em que o réu deve ser condenado, restituindo, apresentando, pagando ou dando algo em noxal, em latim *nexum*, que é a forma de estabelecer vínculo sem que implique a transferência da coisa. Mas essas ações tanto podem ser reais (*in rem*) como pessoais (*in personam*), como as que versem sobre bens de colono, também denominadas hipotecárias, e pessoais quando o seu objeto decorre de coação ou dolo. A ação de exibição também depende do arbítrio do juiz. Nessas ações é permitido ao juiz, segundo o critério do bom e do justo, em cada coisa estimar o seu valor e estabelecer o critério e a maneira de satisfazer o autor.

As ações *persequendae*, *poenae persequendae* e *mixtae*. O autor na ação podia pleitear uma coisa (ou seu valor equivalente), ou uma penalidade contra o réu e, ainda, as duas coisas: o valor pecuniário e a penalidade. Quando o demandante pleiteava apenas o ressarcimento de um determinado prejuízo, a ação era *rei persequendae*; se o objetivo era punição, mediante penalidade, ao réu dizia-se que a ação era *poenae persequendae*; se demandava com o intuito de recuperar alguma coisa e aplicar penalidade ao demandado, a ação tomava o nome de mista (*mixtae*). Esta era uma *actio rei et*

²¹ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. S.l.: Max Limonad, 1967.

poenae persequendarum. Assim, Bonjean situa as ações romanas: Ações *rei persequendae*: ações reais, ações pessoais oriundas de contratos e quase-contratos; ações *poenae persequendae*: ações originárias de delitos (*actio furti manifesti* [flagrante] e *actio furti nec manifesti* [sem flagrante]); ações mistas: na maioria são originárias de delitos: *actio vi bonorum raptorum* (condenação em quádruplo), *actio legis Aquiliae* e *actio quod metus causa*²².

A *actio legis Aquiliae* é de capital importância para o nosso tema, pois é exatamente a ação que deu origem à ação de reparação de dano. Por isso, dedicar-lhe-emos um capítulo especial.

Por ora falaremos da culpa e do dolo. Aquilo que a técnica jurídica moderna denomina de culpa é aquilo que os romanos denominavam quase-delito.

O delito penal ofende todos os membros do grupo social atingidos, indiretamente, pelo dano causado a um dos seus integrantes; o delito civil ofende a uma pessoa em particular.

O delito penal põe em jogo o interesse público, o delito civil atinge interesses particulares.

No Direito Romano, tais diferenças e semelhanças não são claras, tanto mais que faltava ao povo do Lácio a capacidade para as grandes sistematizações: casuístico, por excelência que era, preferia, o romano analisar o caso, à medida que configurava²³.

Entretanto, não deixaram os romanos de conceituar de forma mais ou menos clara a diferença entre dolo e culpa.

Senão vejamos: A palavra *dolus* vem do grego *dolos*, que significa astúcia, portanto intenção de obter o resultado danoso em prejuízo de outrem. No *Digesto* encontramos uma referência nítida sobre a diferença entre o que é intencional e o que é ocasional: *Casu magis quam voluntate homicidium admisit*, ou seja, cometeu um homicídio mais por causalidade que por vontade (vontade neste caso significa dolo).

²² BONJEAN, L. B. *Esposition Historique du Système des Actions chez les Romains*. Paris: Bethune et Plon, 1836.

²³ SCHIAVONE, op. cit., p. 44.

Nota-se, também, uma conceituação bastante clara a respeito da culpa, que na terminologia técnica romana era a *imprudentia*.

Dessa forma, encontramos no *Digesto* o seguinte texto: "*Sicut medico imputati eventus mortalitatis non debet, ita que quod per imperitiam comisit imputari ei debet: praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet*", que, em vernáculo, traduz-se: "Assim como não se pode imputar ao médico o resultado mortal, deve-se imputar-lhe o que cometeu por imperícia; não deve ficar impune sob o pretexto da fragilidade humana, o delito do que engana os homens em ocasião de perigo"²⁴.

Constata-se, portanto, a nítida diferença entre dolo e culpa. Comparando essas concepções romanas com os textos modernos podemos concluir que os autores modernos tomaram por base as concepções de dolo e de culpa dos romanos, observando-se apenas a terminologia então empregada, *imprudentia* no lugar de culpa.

"A culpabilidade é o nexa subjetivo que liga o delito ao autor", diz Basileu Garcia, citando em notas de rodapé Marcelo Finze. Reveste, no direito brasileiro, as formas de dolo e culpa. Este último vocábulo emprega-se em sentido restrito, que é o mais usual, e em sentido amplo, para designar, *in genere*, a culpabilidade. Decomposto idealmente o delito nos seus elementos, o subjetivo, também chamado psíquico interno, e o objetivo, também denominado material, físico ou externo, a culpabilidade integra o primeiro desses elementos, coincide com ele. Sem o pressuposto do dolo e da culpa *stricto sensu*, acentua a exposição de motivos de nosso Código, nenhuma pena será irrogada. *Nulla poena sine culpa*. Em nenhum caso haverá presunção de culpa²⁵.

Entre os autores civilistas a conclusão é a mesma. As concepções são de origem romana. Assim, encontramos os seguintes textos: "A culpa contratual é a violação de determinado dever, inerente a um contrato. É o caso do

mandatário, que deixa de aplicar sua diligência habitual na execução do mandato; é o caso, ainda, do depositário que não tem na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma ter com o que lhe pertence. Se de sua omissão surgem danos, ter-se-á em vista a culpa contratual.

Culpa extracontratual ou aquiliana é a resultante da violação de dever fundada num princípio geral de direito, como o de respeito à pessoa e bens alheios. Assim, se por excesso de velocidade, ou por embriaguez, o agente provoca um atropelamento com o seu automóvel, verificar-se-á a culpa na sobredita modalidade.

Na responsabilidade aquiliana, verdade trivial, a mais ligeira culpa produz obrigação de indenizar. Todavia, a distinção entre culpa contratual e extracontratual é mais aparente do que real; substancialmente, o fenômeno é o mesmo; as diferenças existentes são mais de ordem secundária.

Culpa *in eligendo* é a oriunda da má escolha do representante ou do preposto. Caracteriza-a, exemplarmente, o fato de admitir ou de manter o preponente a seu serviço empregado não legalmente habilitado, ou sem aptidões requeridas.

Culpa *in vigilando* é a que promana da ausência de fiscalização por parte do patrão, quer relativamente aos seus empregados, quer no tocante à própria coisa. É o caso da empresa de transportes coletivos que tolera a saída de veículos desprovidos de freios, dando causa a acidentes; é o caso ainda do hoteleiro que não vigia as dependências do hotel, permitindo acesso de ladrões que espoliam os seus hóspedes.

Verifica-se a culpa *in commitendo* quando o agente pratica um ato positivo, enquanto a *in omittendo* decorre de sua abstenção, e a *in custodiendo*, da falta de cautela ou de atenção, em torno de alguma pessoa, de algum animal, ou de algum objeto, sob os cuidados do agente.

Por fim, o reconhecimento da culpa *in abstracto* requer comparação com o *bonus paterfamilias* do Direito Romano; se o agente se afasta do zelo e diligência que este costuma empregar no trato de seus negócios, verificar-se-á culpa na referida modalidade.

²⁴ *Digesto*, 1, 18, 6, 7.

²⁵ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. S.l.: Max Limonad, s.d. v. 1, p. 247-248.

Quanto à culpa *in concreto*, seu reconhecimento depende do exame de cada ato, de cada fato, atentas às respectivas peculiaridades²⁶.

Com referência à Lei Aquília nas fontes romanas, podemos mencionar o texto de Gaio: “*Rem vero persequimur veluti ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus: quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relictæ sunt*”, que, em vernáculo, significa: “Persequimos, porém, o objeto e a pena, nas causas em que agimos pelo dobro contra o réu contestante; tal sucede na ocasião de coisa julgada, na chamada *depensi*, na de dano injuto da Lei Aquília ou na proposta em razão dos legados, de importância certa, deixados *per damnationem*”²⁷.

Quanto à imputabilidade, verifica-se pela Lei das XII Tábuas, especialmente tábua 8, números 9 e 14 podemos encontrar referências relativas às infrações penais cometidas por impúberes, mostrando que o direito antigo assinala a diferença entre o delinqüente adulto e o delinqüente impúbere, mediante a atenuação da sanção. O texto referido por Plínio pune a furtiva devastação (pilhar ou cortar) das colheitas alheias, e o texto conservado por Gellius pune o chamado roubo manifesto. No primeiro caso punia-se o adulto com a pena capital: era sacrificado a Ceres; no segundo caso a punição para o adulto era *addictio*.

O delinqüente impúbere é salvo tanto da pena capital como da *addictio*. Note-se, todavia, que prevalece a presunção de culpabilidade por parte do impúbere, pois ele, quer por razões educativas, quer por considerações práticas, é obrigado ao ressarcimento e submetido a uma punição corporal.

Contudo, pode-se admitir que a exclusão da pena capital continuou sendo observada de acordo com a tradição legada pela Lei das XII Tábuas. Além disso, é provável que houvesse uma certa indulgência em favor do jovem culpado na determinação da sanção. Diversas passagens do *Digesto* insistem na oportunidade de levar em conta a idade na decisão sobre a pena.

²⁶ BARROS MONTEIRO, W. *Curso de Direito Civil*. S.l.: Saraiva, 1962. v. 2, p. 409-410.

²⁷ GAIO, *Institutas*, 4, 9.

Ulpiano revela uma mentalidade favorável à mitigação da pena em virtude da idade e atenua o rigor do *senatusconsulto silaniano* (que tinha por finalidade principal obrigar os escravos a defender quando fosse vítima de agressão na *domus*, “casa”): *Aetas enim excusationem meretur*, “a idade merece escusa”²⁸.

“*Impuberam in hoc edictum incidere dicendum non est quoniam falsi crimine vix possit tenere, cum dolus malus in eam aetatem non cadit*” (Deve-se dizer que o impúbere não incorre neste edito, pois dificilmente pode ser responsável pelo crime de falsificação, porquanto o dolo mau não ocorre nesta idade)²⁹.

V. O SURGIMENTO DA AÇÃO AQUILIANA

A Lei das XII Tábuas conhecia o sistema da composição voluntária e legal. Assim, certos delitos, como o de *iniura*, isto é, ato antijurídico, contrário ao direito (de *in + jus*), como, por exemplo, a quebra de um membro e o furto em flagrante, são punidos dentro da composição voluntária. O furto não pego em flagrante é punido dentro da composição legal (composição pecuniária). Os principais delitos são: *iniuria, furtum, damnum iniura datum*.

Injúria significa todo delito contra a pessoa física ou pessoa moral do cidadão. Na Lei das XII Tábuas, injúria designa todo tipo de violência leve. No direito pretoriano, foram corrigidos vários inconvenientes que se apresentavam na mencionada lei. Com efeito, o sistema anterior era falho. O talião, por exemplo, chocava-se com os novos costumes. Por outro lado, a desvalorização da moeda tornava ridículas as multas impostas. A esse respeito, conta o historiador Aulo Gélio, nas noites áticas, o caso de um cavalheiro romano, Lúcio Verácio, que saía pelas ruas de Roma, a passeio, acompanhado de um escravo que levava uma sacola cheia de moedas. Cada pessoa que passava era esbofeteada e, logo a seguir, o escravo, cumprindo o que preceituava a Lei

²⁸ *Digesto*, 29, 5, 1, 32.

²⁹ PAULUS, *Digesto*, 48, 10, 22.

das XII Tábuas, pagava a multa estipulada de 25 asses. Incidentes desse tipo precisavam ser corrigidos pelo pretor. Em primeiro lugar o pretor alargou a noção de injúria, que de ofensa física passou a abranger a personalidade moral, significando “difamação”, em segundo lugar criou a ação pretoriana, fixando o valor da multa no ato em vez de ter valor fixo, como na Lei das XII Tábuas.

Furtum é o delito que consiste na apropriação de coisa alheia ou em sua utilização em benefício próprio. O ladrão manifesto deve ser arrastado ao Tribunal (*in ius vocatio*), sendo punido sob as vistas do magistrado. Se o ladrão for escravo, será açoitado e precipitado do alto da rocha Torpéia, famoso rochedo perto do Capitólio, onde eram atirados os traidores e condenados. O *damnum* é a Lei Aquília: as obrigações resultantes de atos ilícitos constituem um dos mais importantes capítulos do moderno direito privado, encontrando seu alicerce mais profundo no Direito Romano, mais precisamente na famosa Lei Aquília. Ora, o *damnum iniura datum* precisa ser estudado antes da Lei Aquília. A Lei Aquília é um plebiscito votado por proposição de um tribuno da plebe chamado Aquílio, mais ou menos em fins século V. É uma lei de circunstância, provocada pelos plebeus, que desse modo se protegiam contra os prejuízos que lhes causavam os patrícios nos limites de suas propriedades. Trata-se, aliás, de reunião de disposições anteriores, dispersas, agora agrupadas em bloco³⁰.

É de Ulpiano, ainda, a referência à instigação e à ilicitude do mandato criminoso: *Rei turpis nullum mandatum est et ideo hac actione non agetur*, ou seja, é nulo o mandato de coisa torpe, e por isso não se pode demandar com esta ação³¹.

No que se refere à ordem, há vários textos do jurista Paulus: *Is damnum dat Qui iubet dare. Eius vero nulla culpa est cui parere necesse sit*, isto é, causa um dano aquele que manda fazê-lo, porém nenhuma culpa existe naquele que deve obedecer³². Em matéria de Lei Aquília, se alguém obedece

a outrem que detém o *jus imperandi* fica livre da ação: *Liber homo si jussu alterius manu injuriam dedit, actio legis Aquilae cum eo est Qui jussit: quod si non habuit, cum eo agendum est Qui fecit*, que, em vernáculo, significa: “Se um homem livre causou dano com sua própria mão por ordem de outrem, há ação da Lei Aquília contra aquele que mandou, se tinha poder de mandar; mas, se não tinha, deve-se demandar contra quem praticou o ato”³³. *Velle non creditur, obsequitur imperio patris vel domini*, que, em vernáculo, significa: “Não se considera que queira quem obedece ao poder do pai ou do senhor”³⁴.

Nam servum nihil delinxisse Qui domino iubent optemperavit, “não delinqüiu o servo que obedeceu à ordem do senhor”³⁵.

É preciso notar ainda que, em se tratando de *scientia*, ou seja, conhecimento do fato por parte do senhor e não ordem ao escravo, mas deixou de impedir o delito deste último, a jurisprudência romana ficou dividida, entendendo alguns juristas romanos que a responsabilidade é do senhor e alguns entendem que a responsabilidade é do escravo.

Todavia, é preciso notar que, quando se trata de simples *scientia* do *dominus*, a possibilidade de atribuir a responsabilidade a este só é admitida na hipótese de dano injusto prevista pela Lei Aquília e em casos de ilícitos menores. Nas demais hipóteses o *dominus sciens* não é responsável e pode recorrer à *noxae deditio*, ou seja, o abandono do culpado, ressaltando-se, ainda que o escravo não fugia à pena em matéria de *crimen*, mesmo quando houvesse ordem do *dominus*, pois aqui não se trata de *delicta*³⁶. *Servus non in omnibus rebus, sine poena domino dicto audiens esse solet; sicuti si dominus hominem occidere (aut furtum alicui facere) servum jussisset*: “O escravo que atende à ordem do senhor não fica isento da pena em todos os casos; assim, por exemplo, se o senhor mandasse matar um homem (ou furtar algo de alguém)”³⁷.

³³ *Digesto*, 9.2.37.

³⁴ D. 50.17.4.

³⁵ *Ulpiano* D.9.4.2.1.

³⁶ GIOFFRÉDI, op. cit., p. 121.

³⁷ D. 44, 7.20., citado por GIORDANI, op. cit., p. 59.

³⁰ ULPIANO, *Digesto*, 9, 2, 1.

³¹ Ulpiano, *Digesto*, D.17.1.6.3.

³² PAULUS, *Digesto*, 50.17.169.

Quanto à omissão, ainda é Gioffredi que ensina: “Vigora entre os romanos a não obrigatoriedade de impedir; ou seja, não está obrigado a impedir o crime aquele que, podendo impedi-lo, omite-se em fazê-lo”³⁸: *Nullum crimen patitur is Qui non prohibet, cum prohibere potest*: “Não incorre em crime quem, podendo impedir, não impede”.

Alexandre Correia, também observa “que deixar o escravo alheio morrer de fome não implicava a responsabilidade por ser uma culpa *in omittendo*. Qualquer falta imputável ao autor era suficiente: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*; um dano *corpori corpore datum* quer dizer, o dano deve ser causado por um contato direto do corpo do autor com o da vítima”³⁹.

A ação não podia ser exercida senão pelo proprietário da coisa danificada, que devia ser cidadão romano. Mais tarde, a jurisprudência estendeu a aplicação da lei (*actio utilis legis Aquiliae*) do ponto de vista subjetivo e objetivo. Subjetivamente, o pretor declarou responsável o *peregrinus*⁴⁰ e concedeu a ação ao usufrutuário, ao credor pignoratício, ao possuidor etc. Objetivamente, o elemento do *damnum corpore corpori datum* passou a ter compreensão mais ampla e, por exemplo, considerou-se responsável, também quem tivesse assustado o escravo alheio que, em consequência disso caísse num precipício. A ação era *simplum* contra quem confessava: *in duplum* contra o autor do dano que negava⁴¹.

VI. DELITOS PRETORIANOS

Além de modificar e estender a muitos casos, a repressão dos delitos do *ius civile*, como no caso de rapina e da Lei Aquília, o pretor levou em conta e puniu vários atos que foram considerados ilícitos pela consciência

³⁸ D. 50.17.109, citado por GIORDANI, op. cit., p. 59.

³⁹ D. 9.2.44 ULPIANO, citado por CORREIA, Alexandre. *Manual de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 366.

⁴⁰ GAIO 4, 37.

⁴¹ GAIO 4.171, citado por CORREIA, op. cit., p. 367.

social. Na falta de outra ação para obter a reparação do mal, o pretor concedia a *actio doli*, que, contudo, era uma ação subsidiária. Havendo violência (*metus*), a parte lesada podia intentar a *actio metus*, também contra terceiros que, embora não tivessem participado da violência, dela tivessem tirado vantagem. Quem tivesse corrompido um escravo alheio respondia pela *actio servi corrupti*, pela qual era condenado no dobro da diminuição do valor sofrido pelo escravo.

Merecem particular consideração os delitos pretorianos agrupados por Justiniano na categoria de quase-delitos, e a *fraus creditorum*.

Julga-se que na categoria bizantina dos quase-delitos falta o dolo e a culpa do agente; mas isso nem sempre é verdadeiro. Por certo, às vezes a responsabilidade do autor é meramente objetiva.

Os quase-delitos são os seguintes:

Iudex Qui litem suam fecerit. Quando o juiz por má-fé ou negligência pronunciou uma sentença injusta ou não cumpriu seu dever de julgar, é responsável pelo prejuízo causado à parte. *Effusus et deiectum*. Quando se despejou (*effusum*) um líquido ou se atirou (*deiectum*) um objeto sólido de um edifício, causando dano a outrem, o morador que assim procedeu é responsabilizado. *Positum et suspensum*. Quem quer que conserve num edifício um objeto colocado ou suspenso, de modo a poder causar dano ao transeunte, pode intentar ação contra o inquilino ou habitante. Os capitães de navio (*nautae*), os donos de uma hospedaria (*caupones*) e os de uma estalagem (*stabularii*) são responsáveis pelo furto sofrido pelo passageiro ou hóspede, mesmo que não sejam culpados. *Fraus creditorum* significa prejuízo para os credores, consiste no fato de um devedor praticar conscientemente atos dos quais resulte a sua insolvência ou o agravamento de sua situação patrimonial, perante o credor⁴².

⁴² CORREIA, op. cit., p. 367-368, onde cita GAIO 4.52, GAIO 4 171, D. 44, 7, 5, 4.

VII. OFENSAS CONSIDERADAS LÍCITAS

Pode acontecer que o exercício de um direito venha a se estender não só à lesão de um interesse, mas também à lesão de um interesse alheio, e que não obstante, por determinadas circunstâncias, essa ofensa deverá ser considerada lícita, ou seja, como uma ofensa em abstrato, mas que em caso concreto não deve ser considerada como ofensa ao direito. Por isso, há defesa nesse sentido, mas dentro de certos limites que só se pode determinar caso por caso.

O romanista Scialoja enumera vários casos, citando em primeiro lugar o jurista Labeon, sob o título *ad legem Aquiliam*:

Um incêndio de uma casa vizinha ameaça a nossa; para evitar a propagação do fogo, é destruída parte da casa vizinha. Esse ato, considerado em si mesmo, constituiria evidente violação do direito de propriedade do vizinho; contudo, como essa destruição foi realizada para defesa de um perigo iminente de incêndio, não constitui injúria⁴³.

Ulpiano conclui dessas leis o seguinte: “Se realmente a destruição do edifício do vizinho foi feita em legítima defesa, não há que se falar em ação aquiliana, nem aquela ação edital de incêndio, ruína etc., com a qual se castigava quem se aproveitava de um incêndio para roubar; e não se faz distinção alguma.

Na Labeão 29, § 3 *ad legem Aquiliam*, 9,2, encontramos o seguinte caso: uma nave, arrastada pelo vento fica presa nas cordas ao longo da costa, sem poder se movimentar; admite-se, nesse caso, que o navegante tenha direito de cortar as cordas para libertar a nave. Também aqui, é atacado o direito de propriedade do pescador que estendeu as cordas para instalar rede de pesca, porém por necessidade; porque, se não o fizer, a nave ficará inútil.

⁴³ SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*. S.I.: Jurídicas Europa-América, s.d. p. 70, citando LABEÃO 49 §1º 1, *ad legem Aquiliam*, 9, 2, L3, § 1 *de incendio*, 47, 9 L7§ 4 *quod vi auto clam*, 43, 24.

É óbvio, portanto, que é necessário que a nave tenha ficado presa nas redes acidentalmente, e não por dolo ou imperícia do navegante.

Há de ficar claro também, em geral, que o nosso interesse, ou seja, defender de iminente perigo, deve ser superior ao interesse que seria lesionado com a nossa defesa, ou ao menos proporcionalmente mais grave; porque, por exemplo, não se poderia inverter o caso da nave presa na rede ou na corda, e dizer que o pescador pode destruir a nave para salvar suas redes, por mais que se dê aqui uma posição análoga de perigo iminente”.

“Na Labeão 45, *ad legem Aquiliam*, 9,2, deparamos com o seguinte texto: *Qui cum aliter tueri se non possent, damni culpam (quidam Mommsen) dederint, inoxii sunt; vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt. Sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero sed non eum, sed praetereuntem percussero, tenebor lege Aquilia: illum enim solum, qui vim infert, ferire conceditur, et hoc, si tuendi dumtaxat, etiam ulciscendi causa factum sit*, que, em vernáculo, significa: “Aqueles que, não tendo podido defender-se de outra forma, causaram um dano são inocentes; pois todas as leis e todos os direitos permitem defesa violenta contra a violência. Contudo, se para me defender atiro uma pedra contra o meu adversário, mas firo com ela, não o agressor, e sim um transeunte, fico sob a Lei Aquília; já que somente a quem provoca a violência é que a vítima pode ferir, e isto, somente para defender-se, e não para exercer vingança”. Estamos diante de um caso típico de defesa da própria pessoa; quem no intuito de defender-se fere o adversário não é culpado, porém responde pela Lei Aquília se ferir, não o adversário, mas um terceiro que passa casualmente e nada tem a ver com a contenda⁴⁴.

Vejamos outro exemplo:

Alguém vendeu o vinho que possuía conservado em tonéis; o vendedor necessita dos tonéis para a nova vindima, e o comprador não comparece para retirar o vinho que comprou; neste caso admite-se que o vendedor, em caso

⁴⁴ SCIALOJA, op. cit., p. 70-71.

extremo (observa-se que o vendedor deve realizar uma série de atos para entregar tal vinho, que deve até, se possível, providenciar outros recipientes às expensas do comprador; todavia, pode ocorrer que isso não seja possível), abra os tonéis, sacrificando o vinho e continuando como credor do preço diante do comprador.

Um caso particular e interessante é o da Lei Ródia, referente ao transporte marítimo de mercadorias, regulado por lei antiqüíssima, oriunda de norma jurídica desconhecida, usada na ilha de Rodes. É a *Lex Rhodia de jactu* (de *jactu*: sobre alijamento de carga no mar).

Adotada e prestigiada pelos romanos, tornou-se princípio de direito comum, em voga no comércio marítimo do Mediterrâneo. Por essa lei, em caso de tempestade, quando o capitão do navio é o brigado a sacrificar parte da carga para salvar o resto, o prejuízo deve ser repartido, proporcionalmente, entre todos os negociantes.

A regra é grega, mas os processos técnicos empregados em sua aplicação são romanos. Adaptando o princípio à teoria romana do contrato de transporte, os juriconsultos permitem que sejam utilizadas as ações que sancionam a *locatio-conductio*.

Assim, em virtude da *locatio operis faciendi*, celebrada entre o capitão do navio (*magister navis*) uma *actio locati* para receber a indenização pelos prejuízos sofridos. Por outro lado, o *magister navis, qui merces vehendas conduxit*, tem a seu favor a *actio conducti* contra os proprietários das mercadorias salvas, a fim de obrigá-los a participar do pagamento da indenização.

A teoria moderna das avarias comuns lança raízes nos princípios que informam a *Lex Rhodia de jactu*⁴⁵.

⁴⁵ CRETELA JR., José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 198.

VIII. A REPARAÇÃO DE DANO NO CONCEITO DE JUSTINIANO

Justiniano subiu ao trono do Império Romano do Oriente, em Constantinopla, em 1º de agosto de 527 d.C. Nascera em Tauresium, nos arredores da moderna Uskub, na Ásia Menor, de pais modestos, camponeses, fora adotado pelo Imperador Justino, seu tio, também filho de um camponês, e designado seu sucessor no trono. Conseguiu aniquilar o reino dos vândalos, na África, e os ostrogodos, na Itália. Esses êxitos felizes de sua política exterior foram muito superados pela fama imperecedora que conquistou graças à sua grande obra legislativa. Justiniano teve particular interesse pela jurisprudência; a ela dedicou todas as suas forças até o fim. Na sua obra legislativa foi apoiado pelo Chanceler Triboniano, cuja capacidade e erudição jamais se cansa de louvar. O mesmo Imperador diz que sua mulher, a famosa Teodora, não deixou de influir na legislação⁴⁶. E isso se pode também deduzir de muitas de suas leis, nas quais procura melhorar a condição jurídica da mulher e da esposa, sendo por isso Justiniano chamado *Legislator uxoris*.

Segundo Procópio, autor de uma obra denominada *História Arcana*, Teodora era filha de um artista de circo domador de ursos. Bem jovem pisou no tablado, onde obteve êxito pelas suas qualidades de dançarina e pela sua beleza. Enquanto moça levava vida dissoluta, a ponto de dizerem que Messalina, comparada a ela, pareceria uma virtuosa matrona. Mais tarde conquistou o afeto do jovem Justiniano. Este último, depois de ter obtido de seu tio Justino a ab-rogação da proibição, sancionada por leis de Augusto, do matrimônio de senador com bailarina, desposou-a.

Ultimamente, alguns autores levantaram dúvidas sobre essas notícias de Procópio, que certamente parecem exageradas; contudo, é preciso render homenagem a essa mulher, eternizada no mosaico de Ravena, que aparece, pela força de seu caráter, particularmente voluntariosa. Com efeito, numa

⁴⁶ “Aliás, diz Alexandre Correia, desde a idade republicana, algumas mulheres se ocuparam do direito. Provavelmente o título da comédia de Titínio, *jurisperita*, punha em ridículo a mulher advogada. Terência, mulher de Cícero, ocupou-se mais da *res publica* do que do fogão.”

sedição verificada em 532, na qual Justiniano, juntamente com seus conselheiros, decidira escapar pela fuga, Teodora, opondo-se à decisão do Imperador, declarou que se devia depor a púrpura somente com a morte e que o trono valia bem como a sepultura. Com tal resolução salvou o trono do marido⁴⁷.

Já no segundo ano de governo, Justiniano deu início à sua obra legislativa, em 13 de fevereiro de 528. Encarregou uma comissão de dez homens, entre os quais se encontrava Triboniano, então *magister officiorum*. Também fazia parte da comissão o professor de direito da Universidade de Constantinopla, Teófilo.

Ao fim de três anos a obra estava completa (16 de dezembro de 533). Justiniano manifestou a sua grande alegria pelo feliz êxito da obra. Foi realizada em três anos, quando havia calculado que seriam necessários dez anos.

Pela constituição *Omnem*, do ano 533, Justiniano estabeleceu os princípios gerais que deveriam nortear a organização dos cursos de direito. No primeiro ano ensinavam-se as *Institutas* de Justiniano, trabalho esse que consistia em um manual para o estudo de direito para a Escola de Constantinopla. Nos anos seguintes, os Livros *De Judicis*, *De Rebus*, os Livros do *Digesto*, leis imperiais anteriores a Justiniano e por fim o *Código de Justiniano*. Elaborou, também, as *Novelas*, compilações das novas constituições, além do *Codex Justinianus Repetitae Praelectionis*, contendo constituições desde Adriano até Justiniano. O *Corpus Iuris Civilis*, que é a compilação de Justiniano em um só volume, foi realizado no século XVI pelo jurisconsulto francês Denis Godefroy, o qual lhe deu o nome de *Corpus Iuris Civillis*. Essa denominação já tinha sido utilizada pelos glosadores, para distinguir o direito civil do direito canônico.

Mediante essa obra legislativa de Justiniano, o aperfeiçoamento de cada instituto jurídico foi realizado com êxito e permanecem até nossos dias, inclusive a reparação de dano que ora estamos tratando, conservando entre os doutrinadores modernos a expressão do Direito Romano: Lei Aquília.

No direito justiniano, a *actio legis Aquiliae* foi incluída entre as ações mistas, por se entender que era parcialmente reipersecutória e parcialmente penal.

⁴⁷ CORREIA, op. cit., p. 463.

Vejamos, na íntegra, o texto das *Institutas* referente a esse tema:

A ação do dano injusto é estabelecida pela Lei Aquília, em cujo capítulo primeiro se determinou que quem matar injustamente um escravo alheio, ou um quadrúpede alheio, dos considerados gados, seja condenado a dar ao dono tanto quanto foi o maior valor da coisa nesse ano. Tal se dispõe, não precisamente a respeito dos quadrúpedes, mas só dos considerados gados, quer dizer que nada se dispõe a respeito dos animais bravios nem dos cães; senão só dos quais propriamente se diz que pastam, tais como cavalos, mus, asnos, bois, ovelhas, cabras. O mesmo se estabeleceu a respeito dos porcos, porque porcos se incluem na denominação de gado, por pastarem em varas; pois assim o diz Homero na Odisséia como o refere Élo Marciano nas suas *Instituições*: Viam-no guardando porcos que pastavam junto da rocha de Corax e da fonte Aretusa. Entendem que mata injustamente quem sem nenhum direito o faz. Assim, quem mata um ladrão não abrange a lei; bem entendido se de outro modo não pôde fugir ao perigo. Também não é atingido por esta lei quem mata casualmente, contanto que não se lhe descubra nenhuma culpa; pois do contrário, não é menos responsável pelo dolo do que pela culpa, por força desta lei. Assim, no caso de quem, divertindo-se em dar tiros, ferir um escravo, distingue-se. Entende-se não haver nenhuma culpa se o fato sucedeu com um soldado, no campo, onde, normalmente, fazem-se tais exercícios; mas se outra pessoa o cometer é réu de culpa⁴⁸.

Verifica-se, mediante esse texto, que a exposição de Justiniano é técnica, tanto é assim que tais textos figuram quase na íntegra nas legislações modernas.

Observe-se que a exposição é minuciosa, precisa, onde não se vislumbra uma lacuna se quer, pois nesse mesmo texto que acabamos de transcrever, Justiniano completa o pensamento dizendo que

é o mesmo direito em relação ao soldado, se cometeu o fato em lugar diverso do destinado aos exercícios militares. Semelhantemente, se um lenhador matar com um galho desmembrado da árvore um teu escravo que passava, é

⁴⁸ JUSTINIANO, *Institutas*, DA Lei Aquília, J.4.3 pr.

réu de culpa se o fato se deu junto de uma estrada pública ou vicinal, sem ter gritado antes, de modo a poder evitar-se o acidente; se gritou e o escravo não cuidou de acautelar-se, é isento de culpa, se cortava longe da estrada ou no meio de uma herdade, embora não avisasse gritando, porque a nenhum estranho assistia o direito de andar por esse lugar, é isento de culpa. Demais, se um médico amputou um escravo teu e lhe abandonou o tratamento, vindo ele por isso morrer, é réu de culpa. A imperícia também se considera culpa; por exemplo, se um médico matou um escravo teu pelo fato de ter mal amputado ou ministrado a ele um remédio contra-indicado.

É réu de culpa o almocreve que esmagou um escravo teu, pelo arranco das bestas que, por imperícia não foi capaz de conter. Mas se por fraqueza não as pôde reter, quando um mais forte poderia tê-lo feito, é igualmente atingido por essa lei. O mesmo também se determinou a respeito do que, andando a cavalo, não lhe pôde refrear o ímpeto, por fraqueza ou sua imperícia. Quanto às palavras da lei —“tanto quanto foi maior valor da coisa nesse ano” —, elas significam que quem matou um escravo teu, hoje coxo, torto ou manco, mas que, dentro desse ano, tivesse sido perfeito ou de grande valor, não fica obrigado pelo que ele hoje vale, mas pelo maior que durante esse ano alcançou. Por isso, considerou-se penal a ação desta lei, pois obriga não somente pelo dano causado, mas às vezes por muito mais. Daí o admitir-se que não passa aos herdeiros, como haveria de passar se o valor da demanda não passasse nunca o dano causado⁴⁹.

Justiniano, mediante as compilações das leis antigas, coordenou com tal perfeição o seu trabalho que sistematizou a matéria. Tanto é assim que o estudante teve a possibilidade de verificar, por exemplo, como resolver a questão do dano causado pela imperícia médica, bem como pela negligência do médico que abandona o tratamento.

Ainda no primeiro capítulo da Lei Aquília, estabeleceu, não por força da palavra da lei, mas interpretativamente, que se deve levar em conta não só o valor do corpo morto, conforme ao que dissemos, mas sobretudo qualquer prejuízo que nos foi causado pela morte desse mesmo corpo. Por exemplo,

se alguém matar um escravo teu instituído herdeiro por outrem antes de, a teu mandado, ele adir a herança; pois é corrente se deva computar também o valor da herança perdida. Semelhantemente, se matarem uma das mulas de uma parrelha ou um dos cavalos de uma quadriga; ou se for morto um dos escravos comediantes, não se avalia só o morto, mas, ainda mais, se computa também o quanto da depreciação do restante. É porém livre aquele cujo escravo foi morto de tanto perseguir o dono pela ação privada da Lei Aquília, como acusá-lo réu de crime capital⁵⁰.

O segundo capítulo da Lei Aquília não está em uso. No terceiro capítulo são tratados todos os demais danos. Assim, quem ferir ou matar um escravo ou um quadrúpede não considerado nesse número, como um cão ou um animal bravo, a ação é estabelecida no terceiro capítulo:

Relativamente a todos os outros animais, bem como a todas as coisas inanimadas, o dano causado injustamente é reprimido nesta parte. Se, pois, uma coisa for queimada, rota ou quebrada, a ação está estabelecida neste capítulo, embora só a denominação de roto seria suficiente para ser aplicada a todos esses casos, pois roto significa o corrupto de qualquer modo. Por isso, nessa expressão se compreendem não só as coisas queimadas ou quebradas, mas também as fendidas, amolgadas e derramadas, e de qualquer modo tornadas inúteis ou deterioradas. Finalmente, ficou decidido que quem misturar com vinho ou azeite alheio coisa corruptora da bondade natural do vinho ou do azeite, fica responsabilizado por força desta parte da lei. É claro que como, por força do primeiro capítulo, cada um só é responsável se, por dolo ou culpa da sua parte, o escravo ou o quadrúpede tiver sido morto; assim, por este capítulo, cada qual só responde pelas outras espécies de dano se por dolo ou culpa o cometeu. Mas, por este capítulo o causador do dano se obriga, não pelo valor da coisa nesse ano, pelo quanto ela valia nos trinta dias mais próximos. E, nem mesmo se acrescenta, nesse capítulo, a palavra mais. Mas Sabino decidiu sabiamente que se devia fazer a avaliação como se também nessa parte se tivesse acrescentado a palavra “mais”; pois a plebe romana que, por proposta da Tribuna Aquília, promulgou essa lei se satisfizera com tê-la usado na primeira parte⁵¹.

⁴⁹ Justiniano, *Institutas*, J.7,8,9.

⁵⁰ *Ibidem*, J.10,11,12.

⁵¹ *Ibidem*, J.15.

Verifica-se mais uma vez a sistematização da matéria de forma didática, sendo esse, aliás, o objetivo de Justiniano, pelas *Institutas*, ou seja, ensinar aos estudantes a ciência jurídica:

Além disso, estabeleceu-se que a ação oriunda dessa lei tinha aplicação, sobretudo, quando alguém provocasse o dano com o seu corpo. Por isso, contra quem o causou de outro modo se dão, de ordinário, ações úteis; por exemplo, se dá uma ação útil contra quem enclausurou um escravo ou rês de outrem, de modo a matar de fome; ou carregou tanto uma besta que ela arrebentou; ou tanto atropelou o gado, que ele caiu num precipício; ou persuadiu um escravo alheio a subir em uma árvore ou a descer num poço de modo que este, na subida ou na descida, morreu ou ficou ferido numa parte do corpo⁵².

Quem atirou um escravo alheio, de uma ponte ou da margem, ao rio e fê-lo afogar-se por tê-lo precipitado, pode-se entender, sem dificuldades, que causou o dano com seu corpo, e portanto responde nos termos da Lei Aquília. Se o dano, porém, não foi causado pelo corpo, nem houve lesão corpórea, mas dano de outra espécie, não bastando então nem a ação direta nem a útil da Lei Aquília, determinou-se que o culpado ficasse réu de uma ação de fato (*in factum*; por exemplo, quem, tocado de misericórdia, soltasse os grilhões a um escravo alheio para que fugisse)⁵³.

Assim, Justiniano, minuciosamente estabeleceu os casos de aplicação da Lei Aquília, empregando até a técnica hermenêutica, interpretando com clareza tudo aquilo que havia de obscuro na antiga lei, além de ter agrupado de forma sistemática a matéria jurídica concernente a essa lei.

José de Ávila Cruz é advogado e professor no Instituto de Direito Canônico " Pe. Dr. Giuseppe Benito Pegoraro".

⁵² Ibidem, J.16.

⁵³ Ibidem, J.16.

RESENHA
