

## APONTAMENTOS SOBRE A PRESTAÇÃO DA CULPA

---

A culpa, o acto illicito, que viola o direito de outrem, sujeita o culpado á reparação da offensa; e o sujeita porque a vontade é da essencia da culpa, como o é do acto juridico: o acto illicito não é uma violação material, é sim — falta, e como tal imputavel ao seu autor.

A culpa póde dar-se ou—*in committendo*—*facere quod fieri non debet, vel fieri consuetum non est, aut alii non fecissent*; ou *in omittendo*—*non facere quod fieri debet, vel quod fieri consuetum est, aut quod alii fecissent*: no 1.º caso responde geralmente o culpado para com todos, no 2.º especialmente para com certas pessoas.

E' da culpa—*in omittendo*—que nos vamos occupar.

A culpa *in lato sensu* comprehende o dolo—*culpa lata dolus est*, ou—*lata culpa plane dolo comparabitur*; mas em sentido especial, tecnico, a culpa não é dolo.

Há dolo quando o acto illicito é praticado sciente e voluntariamente, e ha culpa quando o acto illicito

tem por causa a negligencia; força impulsiva no dolo, simples inacção na culpa.

A theoria da culpa, que é a da responsabilidade ou da não responsabilidade do devedor no caso de inexecução mais ou menos completa de sua obrigação, prende-se á materia dos direitos reaes, tal é o objecto da lei *Aquilia*; mas prende-se de uma maneira mais estreita ao systema das obrigações—relação esta sob a qual os Jurisconsultos principalmente a estudão.

O Direito Patrio, a Ord. L. 4.º, T. 53, § 2.º, gradua a culpa em—lata, leve e levissima.

Este systema das tres faltas até certo tempo geralmente acceito, ou acceito pelos antigos Jurisconsultos, começou, meado o seculo XVIII, de ser criticado; e, em nossos dias, é energicamente combatido por alguns modernos; mas cumpre reconhecer que emboratenha perdido terreno, é certo que ainda muitos Codigos o consagram explicita ou tacitamente e notaveis Jurisconsultos o sustentam: offerece difficuldades e graves, mas dellas não é isenta a theoria pela qual o substituem.

A culpa é definida por C. da Rocha - a omissão indiliberada da diligencia devida—é a noção de Waldeck—*culpa est indiliberata intermissio diligentiae debita*—.

Conforme a imputação de quem a pratica, continua aquelle Jurisconsulto, costuma graduar-se em—lata, leve e levissima.

Diz-se—lata aquella omissão de diligencia, que se podia evitar com uma capacidade ordinaria e sem esforços de attenção; leve—a que se podia evitar com uma attenção ordinaria; e levissima—a que só se podia evitar com uma habilidade transcendente, ou com conhecimento particular da cousa, ou com uma attenção pouco commum.

C. Telles, por palavras differentes, expende as mesmas ideas.

Culpa lata é a falta de diligencia, que ainda as pessoas dissolutas costumam usar—equiparada ao dolo.

Leve é a falta de diligencia, que costuma fazer qualquer pae de familia bem governado.

Levissima é a falta, que se não pode evitar senão com uma habilidade transcendente, ou com uma força de attenção maior que a commun.

E' a doutrina exposta a de Waldeck, de Vinnio, de P e Souza e de todos os que seguem este systema.

O Jurisconsulto patrio, autor da consolidação das leis civis, a respeito diz :

As palavras da Ord. L. 4.º, T. 53, § 2.º, sobre a distincção da culpa SÃO EMPREGADAS NO SENTIDO TECHNICO DO DIR. ROMANO.

Culpa lata, ou grave—grande é a falta com intenção dolosa, ou por negligencia impropria do commun dos homens.

A leve é a falta evitavel com attenção ordinaria.

Culpa levissima é a falta só evitavel com attenção extraordinaria, ou por especial habilidade e conhecimento singular.

As regras para conhecer as prestações devidas nos casos particulares, Vinnio ás estabelece nos termos, que seguem :

*Si quidem tale sit negotium in quo ejus qui quid suscepit nulla vertitur utilitas... Tum solus dolus praestatur. Ubi vero utriusque contrahentium utilitas vertitur... ibi praeter dolum praestatur et culpa. Quod vero*

*utilitatem ejus duntaxat qui accepit, non etiam ejus qui dedit, continet... in eo et culpa praestatur et diligentia.*

Para decidir pois qual o gráo de falta pelo qual responde o devedor em cada um dos contractos e quasi contractos tem o *systhema* tres principios:

Nos contractos feitos unicamente a bem dos interesses do credor, não exige-se do devedor senão boa fé, em consequencia elle só responde pela culpa lata.

Este principio soffre excepção em relação ao contracto de mandato e ao quasi contracto—*negotiorum gestorum*;—pois que não se exige sómente a boa fé da parte do gerente, tambem um cuidado proporcionado á natureza do negocio.

E a razão é porque na gestão de negocios, a cousa que faz objecto do contracto *mandati* e do quasi contracto *negotiorum gestorum*, exigindo um certo cuidado, o gerente considera-se como obrigando-se a dispensar esse cuidado á gestão: *Spondet diligentiam gerendo negotio parem.*

Nos contractos e quasi contractos que se fazem a bem do interesse reciproco das partes, como nos de venda, de aluguel, de penhor e semelhantes e no quasi contracto de communhão exige-se em relação á cousa, que faz objecto do contracto, o cuidado que todo o homem diligente dispensa ordinariamente aos seus negocios.

Nos contractos feitos no unico interesse da parte que recebeu e deve entregar a cousa-objecto do contracto, como o emprestimo para uso, o *commodatum*, exige-se em relação á cousa o cuidado o mais exacto e por isso o devedor é obrigado ainda pela culpa levissima.

Tal a traços largos a theoria das tres faltas.

Esta theoria pensão alguns Jurisconsultos—foi formulada pelo D. Romano; outros—dedusida do D. Romano; e outros finalmente nem formulada nem dedusida e sim inventada pelos commentadores, que deram-lhe fórma *systematica*.

Vamos considerar ligeiramente estas opiniões.

Que a triplíce gradação da falta não foi formulada pelo D. Romano parece fóra de toda duvida, pois que não encontra-se texto algum em que se estabeleça, como faz a Ord. L. 4.º, T. 53, § 2.º, que a culpa é lata, leve e levissima, e só em termos taes ou equivalentes fóra licito sustentar que foi formulada pelo D. Romano; accrescendo que a gradação do D. R. é, como veremos, outra.

Pothier que sustenta a doutrina das tres faltas, reconhece que os Jurisconsultos Romanos «não fizeram algumas vezes senão uma divisão bipartida dos contractos—os que não exigem senão bôa fé e os que exigem um cuidado maior ou menor segundo a sua natureza»; mas accrescenta «o segundo membro da divisão sendo sujeito a uma subdivisão—contractos que sómente exigem um cuidado ordinario e os que exigem o mais exacto cuidado—a divisão bipartida importa a divisão tripartida.

E' verdade igualmente, continúa, que os Jurisconsultos Romanos não fizeram algumas vezes senão uma divisão bipartida das prestações—a do dolo e a da culpa; mas, accrescenta, a prestação do dolo, que tem logar nos contractos, que só exigem bôa fé, comprehende não só a malicia, a intenção de prejudicar, mas tambem a culpa lata como opposta á bôa fé exigida no contracto, e é neste sentido que as leis dizem que —*lata culpa comparabitur dolo, lata culpa dolus est*.

O 2.º membro da divisão, prosegue, que é a prestação da falta, comprehende as duas especies de faltas—a leve e a levissima, em tanto quanto a culpa é opposta ao dolo, e em tanto quanto os contractos que exigem um cuidado maior ou menor e em que ha logar a prestação da culpa, são oppostos aos que não exigem senão bôa fé, e nos quaes não ha logar senão a prestação do dolo: tal é a divisão que se encontra na famosa lei—*Contractus*—23 D. L. 50, T. 17.

Mas nesta divisão bipartida das prestações o 2.º membro da divisão, que é a prestação da falta, é sujeito a uma subdivisão—a prestação da falta levè e a da falta levissima; em consequencia esta lei consagra os tres grãos de culpa, de harmonia com a lei 5.ª D. L. 13, T. 59, QUE É EXPLICITA.

E' acceitavel a doutrina de Pothier?

Ha razão séria de duvidar.

Os textos invocados por Pothier e alguns mais que poderia ainda invocar como a lei 18 D. L. 13, T. 5.º, lei 1.ª § 4.º, D. L. 44, T. 7.º e outras, não auctorisão o seu modo de vêr.

A lei 23 D. L. 50, T. 17, como diz Pothier a famosa lei—*Contractus*—que é a de maior peso para o caso diz:

*Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum-depositum et precarium: dolum et culpam-mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelæ, negotia gesta; in his quidem et diligentiam: societas et rei communio et dolum et culpam recipit. Sed hæc ita, nisi si quid nominatim convenit vel plus vel minus in singulis contractibus; nam hoc servabitur quod initio convenit; legem enim contractus dedit, excepto*

*eo quod Celsus putat non valere si convenerit, ne dolus præstetur; hoc enim bonæ fidei iudicio contrarium est, et ita utimur.*

*Animalium vero casus, etc.*

Estudemos a lei com Lebrun.

O damno pôde dar-se por uma de tres causas—o dolo, a falta, o caso fortuito.

A convenção é a primeira lei, que cumpre consultar para saber quem o obrigado a reparal-o, excepto—*si convenerit ne dolus præstetur*; porque uma tal convenção é nulla, como contraria á bôa fé e aos bons costumes.

Se não ha convenção—o caso fortuito *a nullo præstatur*.

Quanto ao dolo e a falta—*contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt; quidam et dolum et culpam*.

Ulpiano, autor desta lei, não distingue absolutamente duas especies de falta, porque elle comprehende no dolo a falta grave, que as leis presumem ser dolo e designa a falta leve pela unica palavra — *culpa*—e esta é a linguagem ordinaria dos Jurisconsultos Romanos.

E' verdade que depois de ter feito uma enumeração dos contractos em que se responde pela falta, elle accrescenta — *in his quidem et diligentiam*.—Mas que significam estas palavras? A extrema diligencia na omissão da qual consiste a falta levissima respondem os interpretes.

Vejamos, — dos oito contractos e quasi contractos aos quaes se referem aquellas palavras—*in his quidem et diligentiam*, ha quatro nos quaes elles proprios sustentam que não se é responsavel senão pela falta leve.

E que razão darão elles da differença que o Jurisconsulto estabelece entre os oito contractos e os dous ultimos, elles que não acham differença alguma para a prestação da falta entre estes dous contractos e os quatro anteriores—*in quibus utriusque utilitas vertitur?*

Pretenderão que o Jurisconsulto mal dispoz sua phrase e que deveria ter reunido estes quatro contractos com os dous ultimos, de sorte que o —*in his*— não se referisse senão ao *mandatum, commodatum, tutela, negotia gesta?*

Ou pretenderão que estas palavras não foram empregadas para distinguir os dous ultimos contractos dos oito antes indicados?

Parece que a verdadeira intelligencia da lei é a que vamos dar.

Nos oito contractos a falta mede-se pela diligencia de um bom pae de familia, é a diligencia por excellencia para modelo a aquelles, que encarregão-se de negocios puramente de outrem.

Nos dous ultimos a falta não se mede do mesmo modo, ella regula-se pela diligencia que o homem dispensa aos seus bens. E' o que Gaio ensina clara e positivamente na lei 72 D. L. 17, T. 2.º, em relação á Sociedade—*Socius socio etiam culpæ nomine tenetur, id est, disidiæ atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: SUFFICIT ETENIM TALEM DILIGENTIAM COMMUNIBUS REBUS ADHIBERE SOLET, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.*

Quanto a communio temos uma decisão formal na lei 25 § 16 D. L. 10, T. 2.º—*Non tantum dolum, diz Paulo, sed et culpam in re hæreditaria præstare debet cohærs, quoniam cum cohærede non contrahimus, sed incidimus in eam.*



*Non tamen diligentiam præstare debet qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi, et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit.* TAMEM IGITUR DILIGENTIAM PRÆSTARE DEBET QUALEM IN REBUS SUIS.

O coherdeiro, diz Paulo, não é sómente responsável pelo dolo, o é ainda pela falta. Não é entretanto obrigado a ser tão diligente como um bom pae de familia, mas tanto quanto o é—*in rebus suis*—.

Não ha pois senão duas regras para medir a falta —a diligencia de um bom pae de familia e a diligencia de cada um em seus negocios.

Do estudo feito sobre a lei 23, como das que tratão em particular dos contractos mencionados por Ulpiano vê-se que não é a prestação da culpa, que distingue os oito primeiros contractos dos dous ultimos, visto como em qualquer delles responde-se pela falta: é a regra pela qual se mede a culpa, que os differença.

As leis que tratam dos primeiros lembram *sempre* a obrigação de imitar a diligencia de um bom pae de familia, e as que tratam dos dous ultimos não falão *senão* da diligencia *in rebus suis*.

Em conclusão—*præstare culpam et diligentiam*—expressão que não foi empregada senão quasi por Ulpiano, significa—ser não somente responsável pela falta mas pela especie de falta, que se mede pela diligencia de um bom pae de familia.

Vejamos agora a lei 5.<sup>a</sup> § 2.<sup>o</sup> D. L. 13, T. 6.<sup>o</sup>, que é ainda de Ulpiano e na qual encontra-se, como affirma Pothier, *explicita* a gradação das tres faltas.

A lei supra no § 2.<sup>o</sup> *in fine* diz, no caso em que o contracto é no exclusivo interesse do Commo-

datario. *verior est Quinti Martii sententia, existimantis et culpam præstandam et diligentiam.*

Nesta lei quando o Jurisconsulto apoz ter dito *et culpam præstandam*—acrescenta—*et diligentiam*—quer dizer, ou diz simplesmente que a falta do Commodatario deve ser apreciada *in abstracto*.

A lei 18 principio do mesmo Titulo decide que o Commodatario deve a mesma diligencia—*qualem quisque diligentissimus paterfamilias rebus suis adhibet, ita ut tantum in eos casus non præstet, quibus resisti non possit.*

E a lei 1.<sup>a</sup> § 1.<sup>o</sup> D. L. 44, T. 7.<sup>o</sup> firma que o Commodatario—*EXACTISSIMAM—diligentiam rei præstare compellitur.*

Nestas leis o emprego dos superlativos não tem absolutamente a importancia que a theoria das tres faltas lhes dá; pois é certo que nesta materia os Jurisconsultos Romanos empregarão indifferentemente o qualificativo em qualquer dos grãos de significação.

Comprovemos.

Pelo systema das tres faltas o Locatario responde pela culpa leve e não pela levissima, mas conforme a Inst. L. 3.<sup>o</sup>, T. 24, § 5 *ab eo custodia talis desideratur, qualem DILIGENTISSIMUS paterfamilias suis rebus adhibet.*

Reciprocamente segundo o systema das tres faltas a diligencia do Commodatario deve ser exactissima; mas conforme a Inst. L. 3.<sup>o</sup>, T. 14, § 2.<sup>o</sup> *EXACTAM diligentiam restituendæ rei præstare jubetur.*

Temos além disso textos formaes, que collocam na mesma linha o Vendedor e o Commodatario, o caso em que o contracto é bilateral com o caso em que é unilateral—Paulo diz: *Custodiam venditor talem præ-*

*tare debet, quam præstant hi quibus res commodata est, ut diligentiam præstet exactiorem quam in rebus suis adhibent.* E Ulpiano exprime-se: *Si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi præstandam esse dico propter utilitatem, periculum non. Si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.*

E pois a diversidade de expressões — os positivos, comparativos e superlativos — *lata, latior; levis, levior, levissima; diligens, diligentissimus; exacta, exactissima*; não são senão variações de estylo.

Os que teem pretendido em uma phraseologia tão variada, empregada por Jurisconsultos diversos, em situações algumas vezes mui diferentes, se teem perdido em uma obscuridade inextricavel.

A opinião pois de Pothier e dos que o acompanhão considerando a doutrina das tres culpas — formulada pelo Direito Romano não parece aceitavel; visto como os Jurisconsultos Romanos só admittem dous graos na culpa e não trez.

Illustremos ainda a materia ouvindo Ortolan.

Os Jurisconsultos Romanos, affirma o notavel Jurisconsulto, teem dividido ostensivamente a culpa em dous grãos. Um 1.º grão, que elles qualificação de — *culpa lata, culpa latior, magna culpa* — uma falta grave — assimilhada ao dolo quanto á responsabilidade pelos damnos e interesses — *Magna culpa dolus est.* — E um 2.º grão, que elles designão pelas palavras — *culpa*, em geral, ou *omnis culpa, culpa levis, levior* e em uma só passagem — *levissima.*

Mas estes grãos, estes epithetos nada exprimem sem o termo de comparação, a unidade de medida, que passamos a determinar.

Dous processos apresentavam-se—um termo de comparação absoluto e um termo de comparação relativo: os Romanos empregarão ambos.

Conforme o primeiro processo em relação á falta grave—*lata culpa*—o typo é o *commum* inferior dos homens -- haverá falta grave no caso de actos ou negligencias prejudiciaes, que o *commum* o mais grosseiro dos homens não teria commettido, cujas consequencias todos comprehenderiam e que todos teriam podido evitar—*Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere, quod omnes intelligunt. Latæ culpæ finis est non intelligere, quod omnes intelligunt*: assim a definirão, quasi pelas mesmas palavras, Ulpiano e Paulo.

Em contrario quanto á falta leve o typo é o pae de familia o mais considerado, o mais diligente—*quisque DILIGENS, DILIGENTISSIMUS paterfamilias*.

Para ser isento de toda falta é indispensavel proceder em tudo como o teria feito um igual homem.—*Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset*. E' o que os Romanos chamavam *exacta, exactissima diligentia*.—*Talis diligentia qualem quisque diligentissimus paterfamilias rebus suis adhibet*.

Conforme o segundo processo o typo é o caracter habitual do proprio, cujo acto trata-se de apreciar, e se diz, segundo o caso, que se é obrigado a mais cuidado que o que se presta ou dispensa aos negocios proprios.—*Non sufficit si eandem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit*—lei 1.<sup>a</sup> § 4.<sup>o</sup> D. L. 44, T. 7.<sup>o</sup>; ou então igual ou o mesmo cuidado.—*Sufficit etenim talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet*—lei 72 D. L. 17, T. 2.<sup>o</sup>

Temos aqui uma outra medida, mas não ha mais que dous grãos: no 1.º caso se diz que se é obrigado mesmo pela falta leve; no 2.º que só se responde pela falta grave.

Na linguagem da doutrina se diz em relação ao 1.º processo—que a falta é considerada *in abstracto*, e em relação ao 2.º—que ella o é *in concreto*.

Mas estabelecida a medida dos grãos de falta, porque principios ou regras determinar a responsabilidade nos contractos ou nas obrigações nascidas como de um contracto; pelo 1.º somente ou mesmo pelo 2.º grão da falta, conforme o 1.º ou 2.º processo de apreciação?

Não ha regras geraes, absolutas. Os Jurisconsultos Romanos decidiram segundo os casos, tendo em consideração razões das quaes podem extrahir-se algumas ideas predominantes.

A 1.ª destas ideas, a que mais influe nas decisões dos Jurisconsultos Romanos, é que nos contractos beneficos, em que a vantagem é exclusiva de uma das partes, esta é obrigada pela culpa calculada pelos cuidados do pae de familia o mais diligente, não sendo a outra parte obrigada sinão pelo dolo ou pela falta grande.

Quando ao contrario o contracto é oneroso, em vantagem reciproca das duas partes, cada uma é obrigada não só pelo dolo, mas ainda pela falta, apreciada igualmente de uma maneira absoluta segundo os cuidados do pae de familia o mais diligente

E' a regra formulada precisamente pela lei 108 § 12 D. L. 30, na qual diz Africano: *Sicut in contractibus bonæ fidei servatur, ut si utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa; sin unius solius, dolus*

*malus tantummodo præstetur.* E o mesmo dizem Gaio e Ulpiano.

Mas este principio não basta, circumstancias outras, outras considerações o podem modificar.

A 2.<sup>a</sup> idea, que assignalamos como motivando estas modificações, é que aquelle que é encarregado, ou antes que encarrega-se de prestar cuidados a uma cousa ou a um negocio, em que é proprio interessado responde conforme os cuidados que dispensa aos seus proprios negocios. A culpa será calculada não pela medida absoluta, mas pela medida relativa—*talem igitur diligentiam præstare debet, qualem in rebus suis*—e a razão desta conclusão é—*quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi.*

Emfim uma 3.<sup>a</sup> regra encontra-se expressa algumas vezes nos textos—é que aquelle que confia em pessoa pouco cuidadosa, de si deve queixar-se, quando a negligencia da pessoa o venha a prejudicar.

Se dos principios geraes passa-se, com os textos dos Jurisconsultos Romanos, á applicação não encontra-se em definitivo senão as duas maneiras de medir as faltas, uma—absoluta e outra relativa, combinadas ou associadas entre si as mais das vezes em seu resultado, e por isso temos duas especies de responsabilidade nas faltas:

1.<sup>a</sup> Responsabilidade das faltas conforme os cuidados do pae de familia o mais diligente, mais cuidado mesmo que o que se tem por costume dispensar aos proprios negocios; e

2.<sup>a</sup> Responsabilidade das faltas segundo seu character habitual, tanto cuidado quanto o que tem por costume dispensar aos proprios negocios.

Ainda e finalmente em illustração ás ideias expendidas vamos ouvir a Du Caurroy.

O damno, o prejuizo que uma parte tem causado á outra—por seu dolo, isto é, sciente e propositalmente, deve sempre ser reparado; reciprocamente ninguém responde pelos casos fortuitos ou de força maior, por factos independentes de sua falta, isto é, de sua negligencia.

Se é pois, sempre responsavel pelo dolo e algumas vezes pela falta; mas a falta não se aprecia em todos os casos do mesmo modo.

Com effeito os textos romanos distinguem mui precisamente—1.º, a falta, visinha do dolo—*proxima dolo*—falta grave ou culpa lata, resultante de negligencia extrema—*dissoluta negligentia*, que parece não poder existir senão nas pessoas cuja intelligencia obtusa não comprehende o que outros comprehendem, ou, por outras palavras, que não eleva-se até o senso commum; 2.º, uma falta ligeira—*culpa levis*—na qual entram até o caso fortuito exclusivamente, TODAS AS NEGLIGENCIAS, QUE NÃO CONSTITUEM UMA FALTA GRAVE.

Até aqui o dolo e a falta grave, posto que visinhos, distinguem-se; mas os Jurisconsultos do 2.º e maximé do 3.º seculo os tem assimilado, e neste sentido se diz—*magna culpa dolus*: d'ahi vem que esses mesmos Jurisconsultos e notavelmente Ulpiano falam muitas vezes do dolo, de uma culpa que elles denominão simplesmente—*culpa* e de um cuidado chamado—*diligentia*.

Nesta enumeração o dolo comprehende implicitamente a falta grave, da qual se tem tornado inseparavel; culpa se entende da falta que nada mais tem de commum com o dolo, falta propriamente dita, ou falta ligeira; e si os textos falam além disso de *diligentia* de *exacta* ou *exactissima diligentia*, é para indicar que a falta ligeira deve ser apreciada de uma maneira especial.

Assim Gaio e Justiniano interrogão primeiro — se os associados respondem unicamente pelo seu dolo como o depositario, isto é, pelo dolo e pela falta grave, ou se respondem mais, ou além disso, por uma falta que se não imputa ao depositario, ou falta propriamente dita.

E adoptando o derradeiro partido accrescentão que esta falta não se aprecia *ad exactissimam diligentiam*, que cada associado deverá sómente aos negocios communs o mesmo cuidado, que elle dispensa habitualmente a seus proprios negocios; ao passo que a falta do Commodatario e do *negotorim gestor* se aprecia de uma outra maneira. Um e outro devem *diligentiam exactam diligentiam*, isto é, que o cuidado habitual, que elles desenvolvem em bem de seus negocios não basta, ao menos quando é verdade que com mais cuidado se teria ou conservado o que o Commodatario deixou perecer, ou administrado mais utilmente que o gerente.

Com effeito, quando um homem é habitualmente tão cuidadoso como todo outro, não se póde exigir mais; no caso contrario o Commodatario, o *negotiorum gestor* negligentes para com os seus negocios, não o serão impunemente para os negocios de outrem.

A falta propriamente dita se aprecia pois ora em sentido relativo conforme os habitos pessoaes daquelles aos quaes se a imputa, e ora em sentido absoluto, independentemente de taes habitos. E' daqui que procede a distincção de muitos interpretes sobre a falta apreciada seja — *in concreto*, seja *in abstracto*.

Exposta esta doutrina, Du Caurroy estuda o principio segundo o qual se distinguem as obrigações em que só responde-se pelo dolo, que comprehende sempre a falta grave, e as em que pelo dolo e falta ligeira ou falta propriamente dita com ou sem diligencia.



O depositario só é obrigado pelo dolo, por que presta um serviço gratuito, e sob esta relação elle distingue-se das pessoas, que, impondo-se outras obrigações, tirão uma vantagem, uma utilidade qualquer, como na venda, no aluguel, na sociedade, etc; nestes differentes casos responde-se pela falta propriamente dita.

Na sociedade dá-se a mesma cousa, por que ella se contrahe sempre no interesse commum dos associados, mas a seu respeito a falta aprecia-se sempre *in concreto*. A razão conforme o texto seria por que a admissão de um associado negligente é uma imprudencia, que cada um deve imputar a si proprio; entretanto os herdeiros e colegatarios, que não são de livre escolha, estão sujeitos á mesma responsabilidade. O cuidado que cada um delles dispensa habitualmente aos seus negocios basta para os negocios communs, precisamente por que sendo negocios seus, ao menos em parte, elle é naturalmente chamado a geril-os—*propter suam partem causam habuit gerendi*.—

A mesma razão se applica aos associados e sobretudo ao proprietario que deve entregar a cousa sua a outrem depois de certo tempo ou sob certas condições, como o marido a respeito dos bens dotaes, como o herdeiro ou o legatario a respeito das cousas que um fideicommisso o obriga a restituir: o cuidado que elles devem, é aquelle que elles dispensão aos seus proprios negocios.

Em sentido inverso e por um motivo directamente opposto a falta do *negotiorum gestor* se aprecia *ad exactissimam diligentiam*, porque elle não tem como os precedentes—*causam gerendi*. E' certo que administra gratuitamente, *mas expontaneamente*. Não espera que se lhe offereça a gestão, a toma proprio; ora é certo que offerecendo-se á obrigação, assume por isso mesmo

uma responsabilidade mais extensa; neste sentido temos para exemplo o depositario—*qui se obtulit deposito*.

O mandatario não está no mesmo caso, 'entretanto se lhe impõe a mesma responsabilidade que ao *negotiorum gestor* pela razão sem duvida que o mandato suppõe entre os contractantes—uma amisade, uma affeição á qual offenderia a menor negligencia.

O vendedor até a tradição, o credor pignoraticio, o locatorio, que detem a cousa alugada, são obrigados pelo dolo e pela falta propriamente dita, porque sua obrigação não é inteiramente desinteressada como a do depositario, e como elles não teem—*causam gerendi*—como nada teem a temer dos casos fortuitos, que os associados, os coherdeiros e outros coproprietarios supportam em commum, a falta do vendedor, do locatorio, do credor pignoraticio aprecia-se *in abstracto*, ou, por outros termos, respondem pela falta de diligencia. O mesmo da-se *a fortiori* em relação ao Commodatario, a quem o contracto procura uma vantagem exclusiva.

Bastantes os apontamentos tomados, não vamos além; e concluimos:

Que a doutrina das tres faltas não foi formulada pelo Direito Romano, porque este Direito só reconhece-a—*culpa lata e a culpa levis*;

Que não foi tambem dedusida do Direito Romano, porque este Direito reconhecendo positivamente só dous grãos na culpa a—*culpa lata* e a *culpa levis*, repelle a *culpa levissima*, que por isso não podia delle ser dedusida; e finalmente.

Que não foi inventada pelos interpretes, porque destes—uns a acreditarão effectivamente consagrada pelo Direito Romano—*explicita*—como diz Pothier; e outros—não formulada expressamente pelo Direito Ro-

mano, mas offerecendo este Direito elementos, que a autorisavam.

Não consagrada pelo Direito Romano, não deduzida deste Direito, não inventada pelos interpretes; então o que?

Foi extrahida do Direito Romano mas erroneamente, levados os interpretes a tal desvio pela interpretação forçada, que fizeram de algumas leis romanas, pelas distincções infundadas e principalmente pelos comparativos e superlativos encontrados nos textos, e de que entretanto os Jurisconsultos Romanos usarão indifferentemente, ou no mesmo sentido do simples qualificativo.

Em poucas e ultimas palavras—a doutrina moderna.

Na falta *in omittendo* — negligencia, desidia—distinguem-se tres grãos—falta grave, falta leve apreciada *in obstracto* e falta leve apreciada *in concreto*.

A falta grave é a *negligentia dissoluta*, equiparada ao dolo.

A falta considerada *in obstracto* é a omissão dos cuidados, que habitualmente um bom pae de familia dispensa aos seus negocios; dizer pois que um devedor responde pela falta *in obstracto*, é affirmar que será considerado culpado desde que não tenha feito o que em seu logar faria um homem cuidadoso em geral.

A falta considerada *in concreto*, ao contrario é a omissão dos cuidados, que o devedor proprio dispensa habitualmente aos seus negocios; dizer pois que um devedor responde pela falta *in concreto*, é affirmar que será considerado culpado, desde que não tenha dispensado ao cumprimento de sua obrigação os cuidados, que proprio dispensa habitualmente aos seus negocios.

Não são precisamente tres faltas, diz um notavel Jurisconsulto; mas tres graos de responsabilidade.

Um ponto constante em materia tão controvertida é que os Contractantes podem ampliar ou restringir á vontade—a responsabilidade, que resulta do contracto—quanto ás faltas somente; porque em relação ao dolo, como diz Ulpiano na lei 23 D. L. 50, T. 17, in medio. *excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit— ne dolus præstetur.*

Vicente Namede.

