

AS ACTIONES DO DANO AQUILIANO

A. SANTOS JUSTO

1. PRELIMINARES

São muitos os problemas que a *lex Aquilia* tem e **continua a** suscitar, sem que a romanística tenha encontrado uma orientação que, **embora não necessariamente** uniforme, se possa considerar, pelo menos, largamente dominante. **Pacífica é apenas** a importância da responsabilidade aquiliana, quer no Direito Romano, quer na história dos nossos direitos cuja raiz romanista os identifica. Tudo o resto —e é quase tudo— é controverso: a data, a necessidade, a finalidade, o conteúdo, os elementos do dano aquiliano (o *damnum*, a *iniuria*, a *culpa*, a causalidade, a *aestimatio*), o carácter penal e reipersecutório da *actio legis Aquiliae*, os instrumentos da sua extensão (a *interpretatio* e a integração, com especial evidência para a natureza da *actio utilis* (fictícia? Com transposição de sujeitos? *In factum concepta*? Qualquer destas *actiones*? Simples expressão duma *actio* que cumpre eficazmente a sua função?) etc.

Dispensados da preocupação de estudarmos estes problemas por força do tema que nos limita às *actiones* que se ocupam do dano aquiliano, nem por isso a nossa tarefa se torna simplificada: o tema *actio (directa) legis Aquiliae* e das *actiones* que a complementam é vasto e pleno de dúvidas que alimentam uma controvérsia que parece não ter fim. Basta ler os trabalhos de ALBANESE, de VALINO, de CANNATA, de VALDITARA, de LA ROSA e de Amélia CASTRESANA, sem esquecer TOMULESCU, LÉVY-BRUHL, BERNARD, PERRIN, ROTONDI, ARANGIO-RUIZ, BETTI, FERRINI, CARRELLI, SOLAZZI, SCHIPANI, WARMELO, SOTTY, Javier de LOS MOZOS e muitos outros romancistas cujos contributos, sempre importantes, estão longe da solução desejada.

A crítica interpolacionística não tem sido positiva na clarificação do tema. É raro o texto insusceptível de crítica: ora se considera interpolado ora autêntico, segundo a opinião de quem o invoca como argumento favorável ou desfavorável, produzindo-se, nas palavras de RICCOBONO, «una opera distruttiva»¹ que isola o romanista dos outros juristas que não o compreendem. Como observa BIONDI, «oferecemos eruditas dissertaciones

¹ Vid. Salvatore RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano. Formazione e Sviluppo del Diritto Romano dalle XII Tavole a Giustiniano*. Parte II (Dott. A. Giuffré Editore/Milão, 1933-34) 339.

A. Santos Justo

históricas, encuadradas en una selva de discusiones que no interesan a la dogmática (...) Nuestras obras se han hecho tan técnicas, por no decir herméticas, que el profano, aunque sea jurista, ha terminado manteniéndose alejado de nuestros trabajos, que dan la impresión de una inmensa cantera donde sólo hay ruinas y en que no se ve más que un grupo de ingenieros y obreros, siempre en continua riña sobre lo que hay que destruir o construir»². E se recordarmos as palavras de Juan IGLESIAS de que «la ciencia romanística significa para el común de los juristas de hoy una especie de ciencia enigmática o cabalística»³, compreender-se-ão as preocupações de KOSCHAKER quando, perante opiniões tão radicalmente opostas, propôs uma «volta a SAVIGNY», ou seja, ao estudo do Direito Romano segundo o método pandectístico⁴.

O tema, que aqui nos invoca, é bem elucidativo da situação a que a interpolacionística conduziu a romanística⁵. É certo, não podemos recusar as interpolações, aliás expressamente autorizadas por Justiniano⁶. No entanto, e enquanto não se fizer uma objectiva e sistemática crítica da crítica sugerida por MASCHI⁷, importa seguir um critério que afaste exageros. Por isso, acolhemos o critério utilizado por VALIÑO segundo o qual, em regra, é genuíno o texto cujo autor invoque a opinião de outro jurista⁸.

Entretanto, procuraremos não perder de vista as palavras de RICCOBONO de que «al di sopra di tutti i dissensi e delle particolari convinzioni che ci dividono, questo à certo, è nobile, è sommamente confortante, che tutti siamo animati da una stessa fede, dalla aspirazioni ardente ad accertare la verità»⁹. E confortanos a certeza de que nenhum livro, por muito gasto que esteja, dispensa nova leitura. Por isso, optamos pelo tema «AS ACTIONES DO DANO AQUILIANO» se não para acrescentarmos algo de novo, pelo menos convencidos de que contribuiremos para a clarificação que teimosamente continua arredada dos estudos romanísticos¹⁰.

² Vid. Biondo BIONDI, *Arte y Ciencia del Derecho* (Ediciones Ariel/Barcelona, 1953) 133-134.

³ Vid. Juan IGLESIAS, *Defensa de los Estudios Romanísticos e Presente y Futuro del Derecho Romano em Estudios. História de Roma – Derecho Romano. Derecho Moderno* (Universidad Complutense de Madrid. Seminario de Derecho Romano. Facultad de Derecho/Madrid, 1985) 107; e *Cultura, Universidad y Derecho Romano en la Encreijade de Nuestro Tiempo em Labeo* 35 (1989) 12.

⁴ Vid. Sebastião CRUZ, *Direito Romano («Ius Romanu»)*. I. Introdução. *Fontes* (Ed. do Autor/Coimbra, 1984) 108.

⁵ Vid. A. SANTOS JUSTO, *A Crise da Romanística* no *BFDC* LXXII (1996) 42-44.

⁶ Cf. *Constitutio Tanta*, pr.

⁷ Vid. Carlo Alberto MASCHI, *Volontà Tipica e Volontà Individuale nei Negozi «Mortis causa» em Scritti in Onore di Contardo Ferrini Pubblicati in Occasione della Sua Beatificazione I* (Società Ed. «Vita e Pensiero»/Milão, 1947) 320.

⁸ A propósito de um texto (D. 47, 2, 50, 4) em que ULPIANUS cita LABEO, VALIÑO escreve: «Y no se diga que el pasaje está interpolado (...) porque sería una gran violencia pensar (...) que los compiladores atribuyeron a Labeón lo que ellos mismos pensaban». Vid. Emilio VALIÑO, *Acciones Pretorias Complementarias de la Acción Civil de la Ley Aquilia* (Univ. de Navarra/Pamplona, 1973) 29.

⁹ Vid. RICCOBONO, *La «Voluntas» nella Prassi Giudiziaria Guidata dei Pontefici em Festschrift Fritz Schulz I* (Hermann Böhlau Nachfolger/Weimar, 1951) 309.

¹⁰ Vid. VALIÑO, *ibidem* 13-15.

2. A LEX QUILIA

Provavelmente aprovada nos anos 287 ou 286 a.C.¹¹, o plebiscito rogado pelo tribuno *Aquilius*¹² é constituído por três capítulos. Seguindo de perto a reconstituição das fontes feita por VALTITARA¹³, a *lex Aquilia* dispunha:

— capítulo I: «*Si quis servum servamve alienum alinamve quadrupedemve pecudem alienam iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum aes ero dare damnas esto*»;

— capítulo III: «*Ceterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fuit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto*».

Além destes capítulos, a *lex Aquilia* continha ainda um capítulo II que previa a condenação pecuniária do credor acessório (*adstipulator*) que tivesse prejudicado o credor principal (*adstipulator*) com a *acceptilatio* da *obligatio*¹⁴. Porém, não é possível reconstituí-lo textualmente, quicá porque não se aplicava na época clássica¹⁵. Por isso, não insistiremos neste capítulo¹⁶.

Pode, portanto, afirmar-se que a responsabilidade aquiliana originária dependia dos seguintes elementos:

1. *damnum*: consistia na morte de escravo, escrava ou quadrúpede dum rebanho (capítulo I); ou no ferimento de escravo ou animal, na morte da quadrúpede sem rebanho

¹¹ Vid. SANTOS JUSTO, A «*Fictio Iuris*» no Direito Romano («*Actio Ficticia*»). *Época Clássica I* no suplemento do BFD CXXXII (1988) 290 e Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações) em *Studia Iuridica* 76 (2003) 132; Carlo ARNÒ, *Legis Aquiliae Actio Directa Ero Competit* no BIDR XLII (1934) 195; Bernardo ALBANESE, *Illecito (Storia)* em ED 20 (1970) 63 e em *Scritti Giuridici a cura di Matteo Marrone I* (Palumbo, 1955) 806; Franca LA ROSA, *Il Valore Originario di «Iniuria» nella «Lex Aquilia»* em *Labeo* 44 (1998) 370; Giuseppe VALDITARA, «*Damnum Iniuria Datum*» em *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener* (Edit. Centro de Estudios Areces, S.A. / Marid, 1994) 827830; Carlo Augusto CANNATA, *Il Terzo Capo della «Lex Aquilia»* no BIDR XCVIII XCIX (1995/1996) 132; H. LÉVY-BRUHL, *Le Deuxième Chapitre de la Loi Aquilia* na RIDA V (1958) 507; C. St. TOMULESCU, *Les Trois Chapitres de la «Lex Aquilia»* em IURA XXI (1970) 191; Giuliano CRIFO, *Danno (Storia)* em ED XI (1962) 617; Lucio BOVE, *Danno (Diritto Romano)* no NNDI V (1957) 143; e Sandro SCHIPANI, *Responsabilità «Ex Lege Aquilia» Criteri di Imputazione e Problema della «Culpa»* (G. Giappichelli Editore/Turim, 1969) 30.

¹² Cf. D. 9, 2, 1, 1.

¹³ Vid. VALDITARA, *ibidem* 830831 e as fontes aí citadas. Cf. D. 9, 2, 2pr.; 9,2,27,5; GAIUS 3, 210; 3, 217.

¹⁴ Cf. GAIUS 3,215. Vid. VALDITARA, *ibidem* 833; e SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações)*, cit. 134.

¹⁵ Cf. D. 9,2,27,4; GAIUS 3, 216.

¹⁶ Sobre as hipóteses de pagamento fictício ou real, vid. LÉVY-BRUHL, *ibidem* 507517.

A. Santos Justo

ou na destruição ou deterioração de *res* inanimada (capítulo III) ¹⁷. Estamos perante uma perda patrimonial ¹⁸ sofrida pelo proprietário (*erus* ou *dominus*) ¹⁹;

2. *iniuria*: é, no texto da *lex Aquilia*, a antijuridicidade do acto danoso ²⁰ que se manifesta na ausência de alguma causa considerada justificativa pelo ordenamento jurídico ²¹. Trata-se dum conceito puramente objectivo ²².

3. causalidade: a actividade danosa (*occidere, urere, frangere, rumpere*) pressupõe um contacto material entre a *res* e o agente, que a *iurisprudencia* traduziu na expressão *corpore et corpori* ²³.

¹⁷ Vid. A. BERNARD, *A Propos d'un Article Récent sur le Chapitre 3 de la Loi Aquilie Contenu. Nature de la Réparation na RHDFÉ XVI* (1937) 450.

¹⁸ Segundo BOVE, parece exacto considerar que o termo *damnum* está ligado à raiz *da* que indicaria perda, dispêndio, depauperamento. Este significado originário refere-se à perda que uma pessoa sofre e não ao dano material de um objecto, na época clássica indicado pelos termos *nocere* e *noxa*. Também CRIFÒ considera que *damnum* significa a perda sofrida pelo titular do direito sobre o bem atingido. Vid. BOVE, *ibidem* 144; e GRIFÒ, *ibidem* 617. Vid. também: Alvaro D'ORS, *Derecho Privado Romano* (Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra, S.A./Pamplona, 1997) § 373; VALDITARA, *ibidem* 839840; e Amelia CASTRESANA, *Nuevas Lecturas de la Responsabilidad Aquiliana* (Ed. Universidad de Salamanca/Salamanca, 2001) 1321.

¹⁹ Segundo VALDITARA, o termo *erus* indicava uma figura específica de proprietário: o dono de escravos e provavelmente de quadrúpedes. A partir do séc. I a. C., terá perdido este significado peculiar, confundindo-se com *dominus*; por isso, a *iurisprudencia* acabou por substituir *erus* por *dominus*. Vid. VALDITARA, *ibidem* 873874. Vid. igualmente: Odoardo CARRELLI, *La Legittimazione Attiva dell' «Actio Legis Aquilia»* na RISG IX (1934) 356; C. FERRINI, *La Legittimazione Attiva nell' «Actio Legis Aquilia»* na RISG XII (1891) 161; e Amelia CASTRESANA, *ibidem* 26.

²⁰ Vid. VALDITARA, *ibidem* 855; Bernardo ALBANESE, «*Damnum Iniuria Datum*» no NNDI V (1959) 164.

²¹ V.g., a legítima defesa, o estado de necessidade, a prática desportiva, etc. Vid. VALDITARA, *ibidem* 855358; e CANNATA, *ibidem* 66 e 7778.

²² A *Lex Aquilia* não fala de *culpa* e a *iurisprudencia* não a exigia. Segundo CRIFÒ, na sociedade homérica falta um aprofundamento sobre a posição da consciência e da vontade interna; por isso, o facto danoso é referido imediatamente ao agente, limitando-se a investigação sobre a imputabilidade à mera existência de um nexo causal entre o comportamento e o evento produzido. É uma atitude antiga e pensável no Direito Romano arcaico. Vid. CRIFÒ, *ibidem* 615. Vid. ainda: Giovanni ROTONDI, *Dalla «Lex Aquilia» all'Art. 1161 Cod. Civ. Ricerche Storico-Dogmatiche* na RDC XCV (1916) 953954; SCHIPANI, *ibidem* 7 e 26; CASTRESANA, *ibidem* 4148; VALDITARA, *ibidem* 855; SANTOS JUSTO, *A Vontade e o Negócio Jurídico no Direito Romano Breve Referência aos Direitos Português e Brasileiro nos Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano. A Autonomia da Vontade e As Condições Gerais do Contrato. De Roma ao Direito Actual* (Fortaleza/Brasil, 2002) 6274; LA ROSA, *ibidem* 366 e 369; ALBANESE, *Una Congettura sul Significato di «Iniuria» in XII Tav. 8.4 em IURA* 31 (1980) 21 e *Scritti Giuridici II* (Palumbo, 1955) 1535; CANNATA, *ibidem* 64; e Bernard PERRIN, *Le Caractère Subjectif de l'Iniuria Aquilienne em Studi in Onore di Pietro De Francisci IV* (Dott. Antonino Giuffrè Editore/Milão, 1956) 265.

²³ Vid. ALBANESE, *ibidem* 164; ROTONDI, *ibidem* 9,46; Paul Van WARMELO, *Les Actions Autour de la Loi Aquilie em Studi in Onore di Arnaldo Biscardi III* (Istituto Edit. Cisalpino La Goliardica/Milão, 1982) 354; VALDITARA, *ibidem* 844; e SANTOS JUSTO, *A «Fictio Iuris», cit. 29.1 e Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações), cit. 134.*

4. *aestimatio*: se o dano se traduzisse na morte de escravo ou quadrúpede de rebanho (cap. I), o lesante era obrigado a indemnizar o prejuízo causado num valor correspondente ao maior que a *res* teve durante o último ano. Quanto ao dano previsto no cap. II, a *obligatio* teria o maior valor que a *res* danificada teve nos últimos trinta dias²⁴. Tratase, em qualquer dos casos, do *pretium corporis*²⁵ através do qual se protegia a propriedade²⁶.

O proprietário (*erūs*) da *res* lesada era tutelado com a *actio* correntemente designada *actio legis Aquiliae*²⁷ de natureza penal, embora *sui generis*²⁸: se, no momento do dano, a *res* tivesse atingido o maior valor em relação aos últimos ano ou mês, a *actio* cumpria uma função meramente reipersecutória²⁹. Por outro lado, enquanto penal, a *actio legis Aquiliae* era noxal³⁰, intransmissível passivamente, instaurável contra vários responsáveis e susceptível de concorrer com outras *actiones*³¹. Finalmente, é uma *actio in ius*.

3. A INTERVENÇÃO JURISPRUDENCIAL

3.1. Necessidade

Muito antes da *lex Aquilia* já o Direito Romano previa algumas situações específicas de dano extracontratual. A Lei das XII Tábuas recolheu várias *actiones*³², certamente anteriores, de que destacamos a *actio de pauperie*³³, a *actio de pastu pecoris*³⁴ e a *actio de arboribus succissis*³⁵. Eram *actiones* que protegiam os bens mais importantes para a eco-

²⁴ O maior valor da *res* nos últimos trinta dias resulta da inserção do vocábulo *plurimi* nos textos de ULPIANUS (D. 9, 2, 27, 5) e de GAIUS (3,218). Segundo SABINUS, a omissão de *plurimi* no cap. 2.º justificase para evitar a repetição: já se encontra no cap. 1.º Cf. GAIUS 3, 218. Para BERNARD (o.c. 451456), esta interpretação é absurda, porque a *lex Aquilia* não terá querido fixar os mesmos efeitos em danos diferentes: v.g., a morte de quadrúpede e um simples ferimento. Vid. também: VALDITARA, *ibidem* 865; e Mario VALENTINO, *Dal Danno Aquiliano al Danneggiamento* em Labeo 39 (1993) 259.

²⁵ Vid. CASTRESANA, o.c. 27; e VALDITARA, o.c. 866867.

²⁶ Vid. VALDITARA, o.c. 867

²⁷ Além desta designação, falase também de *damni iniuriae actio* e de *actio ex lege Aquilia*. Cf. GAIUS 3, 210. Vid. LA ROSA, o.c. 374376; e ALBANESE, «*Damnum Iniuria Datum*» em *Scritti Giuridici* I, cit. 164.

²⁸ Cf. GAIUS 4, 112; D. 4, 3, 9; I. 4, 12, 1. Vid. ROTONDI, o.c. 963; CASTRESANA, o.c. 2356; VALDITARA, o.c. 840; VALENTINO, o.c. 261; e ALBANESE, *Illecito (Storia)* em ED 20 (1970) 8182.

²⁹ Vid. BERNARD, o.c. 460; CASTRESANA, o.c. 37; ALBANESE, *Sul la Responsabilità del Dominus Sciens per I Delitti del Servo* no BIDR LXX (1967) 125 e *Illecito (Storia)*, cit. 6364 e 8132.

³⁰ O regime noxal é excluído contra o *dominus servi sciens*. Neste caso, o *servus* é considerado mero instrumento que o autor do dano (o seu *dominus*) utiliza. Cf. D. 9, 4, 2, pr.; 94.2.1. Vid. ALBANESE, *Sulla Responsabilità del Dominus Sciens*, cit. 130149.

³¹ Mais tarde, na época clássica, a acentuação do carácter reipersecutório justificou a exclusão do cúmulo da *actio legis Aquiliae* com uma *actio* reipersecutória. Vid. ALBANESE, *Illecito (Storia)*, cit. 8182.

³² Vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano - II (Direito das Obrigações)*, cit. 133

³³ Cf. D. 9, 1, 1 pr.; 9,1,1,3.

³⁴ Cf. D. 19, 5, 14, 3.

³⁵ Cf. GAIUS 4, 11.

A. Santos Justo

nomia romana daquela época³⁶. No entanto, faltava uma figura geral de dano e, por outro lado, as penas previstas eram, em regra, fixas³⁷.

Porém, os tempos mudaram e o progresso impunha que tais penas fossem substituídas por outras que variassem em função dos valores do mercado nos últimos ano ou mês. E, porque tinham surgido novas situações danosas, tornavase necessário proteger mais eficazmente os proprietários através do reconhecimento de uma figura geral de *damnum* que obedecesse a requisitos determinados pelas exigências sentidas na primeira metade do século II a.C., época em que, observa SCHIPANI, a vida económica, social e cultural conheceu acelerada transformação³⁸.

No entanto, o progresso não se detém e cedo a *lex Aquilia* começou a tornar-se incapaz de responder aos novos problemas. Enquanto foi possível, a *iurisprudencia* romana ia vencendo as dificuldades alargando conceitos e utilizando a *interpretatio legis* na qual, sob o escrupuloso respeito pelos *verba*, fazia as necessárias adaptações com a mestria que lhe reconhecemos. Todavia, há sempre um momento em que a *interpretatio* perde o apoio literal e os novos problemas reclamam soluções que não pode oferecer³⁹. Abrese agora a via da integração que a *iuris scientia* romana explorou com notável engenho e arte.

3.2. Novos conceitos: *damnum*, *aestimatio*, *iniuria* e causalidade

Em relação ao *damnum* consagrado na *lex Aquilia*, que se traduzia na perda patrimonial directamente relacionada com a *res* destruída ou danificada⁴⁰, a *iurisprudencia* estendeu o seu âmbito patrimonial: o *damnum* passou a identificar-se com a diminuição patrimonial sofrida em consequência do acto lesivo; portanto, além do valor da *res* destruída (*pretium rei*), considerase agora a diminuição do valor provocada pela sua deterioração e também os ganhos que o seu titular deixou de adquirir em consequência do acto lesivo: isto é, considerase o dano emergente⁴¹ e o lucro cessante⁴². Impôs-se, destarte, o princípio *id quod interest* em relação ao ano ou mês anteriores, como critério na

³⁶ Vid. VALDITARA, *o. c.* 826827.

³⁷ VALDITARA (*o.c.* 827) refere, como única excepção, a hipótese de incêndio em edifícios cuja diversa consistência patrimonial afastava uma pena fixa predeterminada.

³⁸ Vid. SCHIPANI, *o.c.* 30.

³⁹ Vid. B. VONGLIS, *La Lettre et l'Esprit de la Loi* (Paris, 1968) 180, 192, 194 e, sobretudo, 195; e SANTOS JUSTO, *Introdução do Estudo do Direito* ² (Coimbra Editora/Coimbra, 2003) 357.

⁴⁰ Segundo Amelia CASTRESANA, o Direito Romano transformou a velha noção religiosa de *damnum* (gastos religiosos) sucessivamente em perda de dinheiro, prejuízo, detrimento, dano patrimonial (*laedere*). Vid. CASTRESANA, *o.c.* 15 e 81.

⁴¹ Considerando tão só o *pretium rei*, o lesante sentir-se-ia injustiçado se o dano consistisse apenas na deterioração da *res*. Segundo CANNATA, esta situação foi resolvida pela *iurisprudencia* na época dos *fundatores iuris civilis*, ou seja, na metade do século I a.C., com destaque para BRUTUS. Vid. CANNATA, *o.c.* 132. No mesmo sentido, vid. BERNARD, *o.c.* 452456.

⁴² Cf. I. 4, 3, 10. Vid. CRIFÒ, *o.c.* 618; e BERNARD, *o.c.* 454.

aestimatio do dano sofrido⁴³. Segundo VALDITARA, num primeiro momento ter-se-ia atendido apenas ao valor de mercado do *corpus* sem relevar o interesse do lesado; depois, a partir dos finais do século I ou início do século II passou a fazer-se uma *interpretatio* evolutiva que, respeitando formalmente os *verba legis*, considera a *utilitas* do lesado. VALDITARA falamos, a propósito, do «prezzo formale» constituído pelo *pretium rei* e pelo interesse do lesado (*id quod interest* ou *causa rei*)⁴⁴. Ainda segundo VALDITARA, considerase agora o bem não estático, isolado, mas numa perspectiva patrimonial mais alargada que vê na *res* um objecto possível de relações ulteriores. Ao mesmo tempo, a consideração do dano emergente e do lucro cessante através da *causa rei* abriu a via para a acentuação do aspecto ressarcitório⁴⁵ e da consequente atenuação da dimensão penal que explica, diremos nós, a manutenção do *delictum* aquiliano na esfera do direito privado e não do direito penal público⁴⁶.

Também o conceito de *iniuria* ia evoluindo: na sua dimensão objectiva enxertavase o elemento subjectivo definido pelo vocábulo *culpa* cuja história é, nas palavras de TALAMANCA, «uno degli argomenti più controversi dalla dottrina romanistica più recente»⁴⁷. Parecenos, no entanto, que esta evolução pode definir-se em dois momentos. No primeiro, que, segundo RICCOBONO, decorre até ao século II a.c. e é caracterizado pelo domínio absoluto dos *verba*, não há lugar para a consideração da *voluntas* e, portanto, para a censura de que a culpa é susceptível. São os tempos primitivos que IHERING distingue com a feliz expressão «*in principio erat verbum*»⁴⁸ e de que o princípio «*uti lingua nuncupassit, ita ius esto*» consagrado na Lei das XII Tábuas⁴⁹ é clara manifestação. Ainda segundo IHERING, são tempos em que «el *dolus* e *fraus* estaban legalizados» e «el derecho (...) carecia de remedio contra ese mal»⁵⁰. No segundo, cujo início é assinalado no século II a.C., a *voluntas* começa a afirmar-se sucessivamente como típica e individual e termina com a desvalorização dos *verba*, reduzidos a simples modo de a declarar⁵¹. Foi assim no âmbito dos negócios jurídicos e não terá sido diferente na *interpretatio legis* e das condutas lesivas de interesses alheios. Neste sentido, escreve TALAMANCA, citando PERRIN, que «la casuística romana non si accontenta mai dell semplice nesso di causalità fra l'evento

⁴³ Vid. BERNARD, *o.c.* 454456 e 458.

⁴⁴ Se o interesse do proprietário fosse inferior ao *pretium corporis*, este seria o valor liquidado porque a *actio legis Aquiliae* era penal. Vid. VALDITARA, *o.c.* 868.

⁴⁵ Vid. VALDITARA, *o.c.* 868873; e a recensão de VALENTINO, *o.c.* 259261.

⁴⁶ Segundo ALBANESE, a partir do Principado cresce a atracção de certos *delicta* para o direito criminal. Vid. ALBANESE, *Illectio (Storia)* na ED 20 (1970) 87.

⁴⁷ Vid. Mario TALAMANCA, *Colpa Civile (Storia)* na ED VII (1960) 517.

⁴⁸ Vid. SANTOS JUSTO, *A Vontade e o Negócio Jurídico no Direito Romano*, cit. 6265

⁴⁹ Cf. Lei das XII Tábuas VI, 1.

⁵⁰ Vid. Rudolph Von IHERING, *El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de su Desarrollo*, trad. espanhola de Enrique Príncipe y Satorres (Ed. Comares, S.L./Granada, 1998) 628.

⁵¹ Vid. SANTOS JUSTO, *A Vontade e o Negócio Jurídico no Direito Romano*, cit. 6584; e J. SANTACRUZ TEJEIRO, *Influencia de Algunas Disciplinas no Jurídicas en el Derecho Romano* em AHDE 2728 (195758) 357353, 365 e 372.

A. Santos Justo

dannoso e lá condotta umana (...) i giuristi cercano invece (...) un particolare aspetto di tale condotta, che non può non essere soggettivo»⁵². A *lex Aquilia* pertence ao primeiro período e, por isso, não surpreendem a ausência de referência a *culpa* e a objectividade da *iniuria* como antijuridicidade (*contra ius*)⁵³.

Porém, numa sociedade mais evoluída como a romana dos últimos tempos da República, era impossível afastar a *iniuria* somente nas circunstâncias objectivamente previstas (v.g., a legítima defesa e o estado de necessidade): a consideração da *voluntas* do agente ligada a situações de ignorância, imperícia, negligência e imprudência não podia continuar esquecida sob a tirania dos *verba* ou do *agere*. Por isso, consideramos mais acertada a opinião que entende que a *iurisprudencia* clássica (diremos préclássica) introduziu a *culpa* como requisito do dano aquiliano⁵⁴. Resta saber como!

É muito provável —o Direito Romano é marcado por uma evolução lenta, sem rupturas violentas— que a *iurisprudencia* tenha incluído a culpa no conceito de *iniuria*: consistindo esta na ausência duma causa justificativa do acto danoso⁵⁵, com o protagonismo assumido pela vontade⁵⁶ a *iniuria* passou a ser constituída por dois elementos: um, objectivo, caracterizado pela antijuridicidade; o outro, subjectivo, marcado pela voluntariedade censurável (*culpa*). Doravante, não é justificado (*iniuria*) o comportamento reprovável do agente⁵⁷. E não o será se, podendo e devendo agir de outra maneira, o agente se afastou, actuando diferentemente. Não há uma definição de culpa, mas não deixa de ser graduada em *levissima*, *lata* e *levis*⁵⁸ a que se junta o *dolus*. Por outro lado, afinamse os conceitos externos de *casus*, *necessitas*, *vis maior*, *fortuna*, ao lado de outros internos, como *inscientia*, erro, falta de previsão, etc. que, afastando a censura do agente, excluem a *culpa* e, portanto, a sua responsabilidade⁵⁹. À *iurisprudencia* da República tardia é justamente atribuída esta inovação⁶⁰, como observamos em MUCIUS cuja

⁵² Vid. TALAMANCA, o.c. 522.

⁵³ Vid. PERNICE *apud* SCHIPANI, o.c. 7. Também SCHIPANI (o.c.69) refere que a *iniuria* foca o aspecto externo e, embora as condutas sejam voluntárias, a *voluntas*, não é valorada. Vid. ainda: ROTONDI, o.c. 953955; CASTRESANA, o.c. 4446 e 52; ALBANESE, *Una Congettura*, cit. 1539; PERRIN, o.c. 265; e LA ROSA, o.c. 365 e 368. Vid. também a recensão feita a Ángel Martínez Sarrió, *Las Raíces Romanas de la Responsabilidad por Culpa*, por José Javier de LOS MOZOS TOYA em SZ CXXVI (1996) 545.

⁵⁴ Vid. Luis RODRÍGUEZ-ENNES, *Note e Discussioni*. Notas sobre el Elemento Subjectivo del'edictum de effusis et deiectionis em IURA XXXV (1984) 9697. O Autor justifica a irresponsabilidade do *furiosus* por carcer de vontade; e considera que «con razón afirma Betti que el elemento subjectivo del ilícito aquiliano está constituído por la nota de la imputabilidad entendid como atribución del hecho delictivo a una voluntad culpable del agente».

⁵⁵ Vid. CASTRESANA, o.c. 4548; VALDITARA, o.c. 855858; CANNATA, o.c. 78; e SCHIPANI, o.c. 6936 e 90.

⁵⁶ Vid. CASTRESANA, o.c. 70.

⁵⁷ Vid. VALDITARA, o.c. 858861; e CANNATA, o.c. 78.

⁵⁸ Vid. TALAMANCA, o.c.513 e 520521.

⁵⁹ Vid. SCHIPANI, o.c. 111120; e VALDITARA, 858-851.

⁶⁰ Amelia CASTRESANA (o.c. 51) falamos do desenvolvimento do comércio com estrangeiros que operou uma renovação da sociedade republicana. Vid. também: PERRIN, o.c. 268270; e VALDITARA o.c., 858.

opinião, porque citada por PAULUS, é, segundo o nosso critério, genuína⁶¹. Por isso, PEGASUS (discípulo de MUCIUS) citado por ULPIANUS —e, portanto, não interpolado— sustenta que o *furiosas* não responde na *actio legis Aquiliae* porque não tem *culpa*⁶²; e se LABEO considera o *impubes* responsável⁶³, é porque se trata de *proximus infans* e, portanto, *iniuriae capax*⁶⁴.

Importará, no entanto, ter presente que, embora a *culpa* tenha surgido provavelmente dentro da *iniuria*, são conceitos diferentes: aquela tem uma dimensão subjectiva; esta, objectiva. E, como observa SCHIPANI, não parece possível conceber a *culpa* subjectiva e objectivamente⁶⁵. Por isso, não surpreende que não falte quem, como KUNKEL, considere inexplicável a passagem de *iniuria* a *culpa*⁶⁶. Todavia, a *culpa* impôs-se decisivamente como elemento essencial da responsabilidade aquiliana quer no Direito Romano, quer nos direitos contemporâneos⁶⁷.

Enquanto a *culpa* se ia inserindo como elemento da responsabilidade aquiliana, também a ideia de causalidade se transformava. Como já referimos, a *lex Aquilia* estabeleceu, como primeiro requisito de responsabilidade, a acção física directa e violenta sobre determinada *res aliena*, tipificada num *occidere, urere, frangere* ou *rumpere*. Estamos perante um *damnum facere*, em que a ligação causaefeito entre *corpore et corpori* é evidente⁶⁸. Portanto, ficavam de fora da previsão aquiliana os danos causados por acções indirectas que a romanística reuniu sob a denominação «*causam mortis praestare*»⁶⁹.

No entanto, porque as acções indirectas mereciam ser consideradas, a *iurisprudentia* tardorepublicana⁷⁰ encarregouse de proteger os lesados e, deslocando o *damnum facere* para o *damnum dare*⁷¹, alargou o conceito de causalidade de imediata para mediata⁷². No caso de dano praticado por vários agentes, seguiu o critério da causalidade suficiente,

⁶¹ Cf. D. 9, 2, 31. Vid. PERRIN, *o.c.* 267268. Também PERRIN (*o.c.* 271) critica as interpolações assinaladas ao texto porque as contradições e impossibilidades jurídicas são tão graves «qu' on ne saurait plus en attribuer une seule phrase au jurisconsulte qui en assume la paternité». Sustentam também a classicidade da culpa aquiliana: RODRÍGUEZ-ENNES, *o.c.* 95; SCHIPANI, *o.c.* 139; e VALDITARA, *o.c.* 858861.

⁶² Cf. D. 9, 2, 5, 2. Vid. RODRÍGUEZ-ENNES, *o.c.* 9697.

⁶³ Cf. D. 9,2,5,2. Vid. CANNATA, *o.c.* 74; e ROTONDI, *o.c.* 956.

⁶⁴ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I. Parte Geral* em *Studia Iuridica* 50 (2003) 142.

⁶⁵ Vid. SCHIPANI, *o.c.* 24. Segundo ROTONDI (*o.c.* 954955), depois de MUCIUS os juristas clássicos falam de *culpa* em sentido não técnico, como simples imputabilidade (objectiva) do acto danoso ao agente.

⁶⁶ Vid. KUNKEL *apud* CASTRESANA, *o.c.* 59.

⁶⁷ Vid. CASTRESANA, *o.c.* 8289.

⁶⁸ Vid. WARMELO, *o.c.* 354 e 360; ALBANESE, «*Damnum Iniuria Datum*», cit. 164; SCHIPANI, *o.c.* 4749; CANNATA, *o.c.* 114118; e CASTRESANA, *o.c.* 2123.

⁶⁹ Vid. VALDITARA, *o.c.* 845847; e CASTRESANA, *o.c.* 30.

⁷⁰ Vid. VALDITARA, *o.c.* 853.

⁷¹ Vid. CANNATA, *o.c.* 116117; e CASTRESANA, *o.c.* 3033.

⁷² Vid. VALDITARA, *o.c.* 846847.

A. Santos Justo

responsabilizando o último factor causal. E, na impossibilidade de determinar qual das condutas é causa suficiente, imputou a todos os agentes que respondiam *in solidum* ⁷³.

Reelaborados os conceitos, resta ver agora de que modo a *iurisprudentia* romana realizou a extensão da *actio legis Aquiliae* percorrendo as vias da *interpretatio legis* a da integração (*iurisdictio*).

4. EXTENSÃO DA *ACTIO LEGIS AQUILIAE*

4.1. Através da *interpretatio legis Aquiliae*

Não se ignora que a *interpretatio legis* é absolutamente indispensável, mesmo que a fonte (a *lex*) se afigure clara: a regra *in claris non fit interpretatio*, que os juristas medievais enunciaram, deve ser rejeitada porque a clareza dum texto é já o resultado da sua interpretação ⁷⁴. E se interpretar é recriar porque, como observa LEGAZ Y LACAMBRA, «el juez (...) es un auténtico creador del Derecho, un colaborador más en el proceso dinámico de creación del orden jurídico» ⁷⁵ ou, seguindo BETTI, conhecer é reconhecer e reconstruir ⁷⁶, também na *interpretatio* romana não podemos deixar de encontrar esta dimensão criadora, aliás eloquentemente referida por CELSUS para quem «*scire leges non hoc est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem*» ⁷⁷.

No entanto, tratandose duma actividade intelectual que se move segundo parâmetros definidos, a *interpretatio* está dependente do ambiente cultural de cada época ⁷⁸; e, como reconhece BURDESE, a filosofia grega teve influência na *interpretatio* romana a partir do século I a.C. ⁷⁹. Antes, quando a palavra se impunha absolutamente, a *interpretatio legis*

⁷³ Cf. D. 9,2,13,2. A referência à opinião de IULIANUS é indício de autenticidade do texto. Vid. CASTRE-SANA, *o.c.* 5354.

⁷⁴ Vid. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit. 315316; e Jean GAUDEMET, *L'Interpretation des Lois et des Actes Juridiques dans le Monde Antique* em RIDA 17 (1970) 236.

⁷⁵ Vid. Luis LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho* (Bosch, Casa Edit. S.A. / Barcelona, 1979) 560.

⁷⁶ Vid. Emilio BETTI, *De la Interpretación del Derecho* em SDHI 32 (1966) 156; e *Le Categorie Civiliistiche dell'Interpretazione* na RISG 2 (1948) 35, 39, 4142, 6465 e 70. Também GAUDEMET (*o.c.* 241) considera que a interpretação é uma criação do espírito.

⁷⁷ Cf. D. 1, 3, 17.

⁷⁸ Vid. GAUDEMET, *o.c.* 241.

⁷⁹ Vid. Alberto BURDESE, *Note sull' Interpretazione in Diritto Romano* no BIDR XCI (1988) 183 e 191. Quanto à influência da retórica na vida jurídica romana não há, também aqui, uma opinião pacífica: v.g., enquanto SANTACRUZ TEJEIRO, GAUDEMET, KASER e SERRAO a destacam, TORRENT entende que foi pouco importante. Vid. J. SANTACRUZ TEJEIRO, *Influencia de Algunas Disciplinas no Jurídicas en el Derecho Romano* no AUDE cit. 343349; GAUDEMET, *o.c.* 241; Max KASER, *En Torno al Metodo de los Juristas Romanos* (Valladolid, 1964) 1242; Feliciano SERRAO, *Interpretazione della Legge (Diritto Romano)* em ED XXII (1972) 244 e 246; e Armando TORRENT, *Interpretación de la «Voluntas Testatoris» en la Jurisprudencia Republicana: la «Causa Curiana»* no AHDE XXXIX (1969) 175 e 209210.

não ultrapassava o significado literal⁸⁰. Eram os tempos mais antigos dos negócios solenes e de algumas (poucas) *leges* cujo sentido era revelado pela interpretação (que hoje se diz) declarativa⁸¹. Só que à medida que a sociedade romana progredia, a *interpretatio verborum* iase mostrando insuficiente: os novos problemas reclamavam outras soluções que os *verba* dificilmente comportavam; por isso, a *interpretatio* mudou de rumo: inspirase na *mens* ou *voluntas legis* para realizar o *aequum et bonum*⁸². Esta viragem já se observa nos famosos TRIPERTITA, cujo Autor, Sextus Aelius Petus Catus, procurou realizar, nas palavras de BURDESE, «una intermediazione-spiegazione di segni non chiari»⁸³; e desenvolveuse no século II a.C. por obra de PUBLIUS MUCIUS, BRUTUS E MANILIUS⁸⁴, adquirindo maior consistência e autonomia. A necessidade duma *interpretatio* mais extensiva dos *verba legis* acentuouse, como nos revela o interesse de LABEO pela Filologia, com reflexos evidentes na interpretação de *occidere*, *urere*, *frangere* e *rumpere*⁸⁵. Sinal desta liberdade criativa da *interpretatio* é, v.g., a extensão de *rumpere* a *corrumpere* e de *occidere* a *necare*⁸⁶.

Porém, os *verba legis* constituem um limite e, como reconhece VALDITARA, «appare (...) difficile pensar che la *interpretatio* giurisprudenziale potesse estendere la portata della *lex Aquilia* senza che vi fosse nei *verba legis* almeno un aggancio diretto che giustificasse formalmente siffatta attività interpretativa»⁸⁷. Por isso, a *actio legis Aquiliae* não se podia estender, na via da *interpretatio*, a não proprietários lesados⁸⁸ nem a situações que ficavam à margem do já dilatado sentido dos *verba legis*: era necessário recorrer à *iurisdictio* do pretor⁸⁹.

4.2. Através da *iurisdictio* do pretor

4.2.1. Preliminares: as *actiones praetoriae*

Com base na sua *iurisdictio*⁹⁰, o pretor concedia *actiones* ditas *praetoriae* de várias espécies: *ficticiae*, *in factum*, *translativae*, *ad exemplum* e *utiles*. Porém, porque a extensão da *lex Aquilia* e da sua *actio (directa) legis Aquiliae* se processou, fora da via inter-

⁸⁰ Vid. SANTOS JUSTO, *A Vontade e o Negócio Jurídico*, cit. 6265 e 74; e SERRAO, *o.c.* 239240.

⁸¹ Vid. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit. 332333.

⁸² Vid. SERRAO, *o.c.* 246

⁸³ Vid. BURDESE, *o.c.* 189.

⁸⁴ Segundo POMPONIUS, estes três juristas «fundaverunt ius civile». Cf. D. 1, 2, 2, 39.

⁸⁵ Vid. SCHIPANI, *o.c.* 36, 224 e 229.

⁸⁶ Cf. D. 9, 2, 27, 13; GAIUS 3, 217. Vid. BURDESE, *o.c.* 189; CARRELLI, *o.c.* 357; SCHIPANI, *o.c.* 4916; VALDITARA, *o.c.* 835; e VONGLIS, *o.c.* 226.

⁸⁷ Vid. VALDITARA, *o.c.* 835; e VONGLIS, *o.c.* 195.

⁸⁸ Vid. CARRELLI, *o.c.* 356.

⁸⁹ Cf. D. 1, 3, 12; 1, 3, 13. Vid. BURDESE, *o.c.* 199.

⁹⁰ Vid. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I*, cit. 270272.

A. Santos Justo

pretativa, através destas *actiones*, impõe-se determinar previamente a sua natureza, embora com a brevidade que as circunstâncias exigem.

— *Actio ficticia*: é uma *actio* em que, através duma *fictio*, se afasta um obstáculo à concessão duma *actio civilis*: se existe e não devia existir, fíngese que não existe; se não existe e devia existir, fíngese que existe. Porque se finge para se aplicar o *ius civile*, a *actio ficticia* é a própria *actio in ius* em cuja fórmula apenas se adita, na *intentio*, o elemento que o juiz deve fingir. Seguese imediatamente a hipótese real (a situação litigiosa) que o juiz deve provar para poder condenar ou absolver o demandado. A *actio ficticia* é formalmente uma *actio praetoria*, mas substancialmente *civilis*: *praetoria*, porque é o pretor que manda fingir, inserindo na fórmula a correspondente *fictio*; *civilis* porque é a própria *actio in ius* que, vencido o obstáculo, se aplica ⁹¹. Constituem exemplos a ficção (melhor, as ficções) da *lex Iunia Norbana*; a ficção «*si heres esset*» do *bonorum possessor* e do *bonorum emptor*; a ficção de usucapião da *actio Publiciana*; a ficção «*si civis romanus esset*» da *actio furti* e da *actio legis Aquiliae* em furtos e danos praticados por ou contra peregrino; a ficção «*si capite deminutus non esset*» numa *actio* concedida ao credor quando o devedor sofreu uma *capitis deminutio*; etc. ⁹².

— *Actio in factum*: é uma *actio* através da qual o pretor integrava as lacunas do *ius civile* inintegráveis com a *fictio* nem com o recurso à analogia. Provavelmente a *intentio* da fórmula foi substituída pela *demonstratio* e tratase duma *actio* formal e materialmente praetoria: a integração ocorria à margem do *ius civile*, dentro do *ius praetorium* ⁹³. O pretor concedeu *actiones in factum* nos mais diversificados domínios quer para complementar *actiones (civiles)* quer para disciplinar situações absolutamente novas ⁹⁴. Foi através delas que, observa RICCOBONO, o pretor desenvolveu essencialmente a sua actividade «*supplendi iuris civilis gratia*» ⁹⁵.

— *Actio translativa*: é uma *actio* com um arranjo na fórmula: a pessoa cujo nome figura na *intentio* é substituída por outra na *condemnatio*. Tratase duma *actio* formalmente praetoria (é concedida pelo pretor que realiza a troca de pessoas), mas materialmente pode ser *in ius* e até *in factum concepta*, consoante a natureza da *actio directa* que

⁹¹ Vid. Manuel J. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los Verdaderos Limites de la Ficción en Derecho Romano*, separata do AHDE 27 (1957) 638; SANTOS JUSTO, A «*Actio Ficticia*» e a «*Actio Utilis*» em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* nos *Studia Iuridica* 61 ad honorem 1 (Coimbra Editora/Coimbra, 2002) 11351138; Felice MERCOGLIANO, «*Actiones Ficticiae*». *Tipologie e Datazione*. *Publicazioni della Facoltà de Giurisprudenza dell'Università di Camerino* 48 (Jovene Editore /Nápoles, 2001) 4565 e 6984; e IHERING, o.c. 10061012.

⁹² Cf. GAIUS 3,56; 4,3238. Vid. SANTOS JUSTO, A «*Fictio Iuris*» cit. 2539 e 600603.

⁹³ Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 368384 e 605.

⁹⁴ Vg., a *actio depositi*, a *actio commodati*, a *actio rerum amotarum*, a *actio doli*, a *actio metus*, etc. Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 370371.

⁹⁵ Vid. RICCOBONO, *Corso di Diritto Romano*, cit. 101.

a *actio translativa* se limita a adaptar e cuja *intentio* não sofre a mínima alteração ⁹⁶. São exemplos de *actiones translativae* as *actiones adiecticiae qualitatis* ⁹⁷, as *actiones* utilizadas na representação processual ⁹⁸, etc.

— *Actio ad exemplum*: é a *actio* em que a integração se processa através do recurso à analogia com outra *actio* (*directa*) que lhe serve de modelo ou exemplo ⁹⁹. Enquanto a *actio ficticia* é substancialmente a própria *actio civilis* que, afastado o obstáculo, se aplica, a *actio ad exemplum* é outra *actio* formal e materialmente *praetoria*, mesmo se modelada numa *actio in ius*. Por isso, a analogia que, na *actio ficticia*, cumpre uma função simplesmente sugestiva (sugere ao pretor a outorga da mesma *actio civilis*), agora serve também de guia na criação (pelo pretor) de outra *actio* ¹⁰⁰.

— *Actio utilis*: continuamos a sustentar que é uma *actio praetoria* sem individualidade porque pode ser *ficticia*, *in factum*, *translativa* ou *ad exemplum*. Tratase da doutrina dominante ¹⁰¹ que recusa a sua identificação com a *actio ficticia* como, a propósito da extensão da *actio legis Aquiliae*, defendem VALINO ¹⁰² e ALBANESE ¹⁰³. Faremos a crítica às suas posições no estudo das fontes sobre a *lex Aquilia*, mas não deixaremos já de advertir que a *fictio* vence obstáculos à concessão duma *actio civilis* e jamais pode considerar existentes ou inexistentes factos de cuja prova depende a absolvição ou condenação do demandado ¹⁰⁴.

⁹⁶ Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 394396, 410, 436437 e 606; e Richard SOTTY, *Les Actions Qualifiées d'«Utiles» en Droit Classique* em *Labeo* 25 (1979) 146.

⁹⁷ Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 396425.

⁹⁸ Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 425429.

⁹⁹ Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 341346.

¹⁰⁰ Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 360368.e 605; e MERCOGLIANO, *o.c.* 56.

¹⁰¹ Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* 280289; Von LÜBTOW e WESENER *Apud* CASTRESANA, *o.c.* 39¹³⁹ e 39¹⁴⁰; WARMELO, *o.c.* 352353; Leopold WENGER, *Istituzioni di Procedura Civile Romana* (Milão, 1938) 163²⁶; SOTTY, *o.c.* 1391341, 144, 146 e 153; e PERNICE *apud* VALIÑO, *o.c.* 18. Também a propósito da *actio ex lege Aquilia*, GARCÍA GARRIDO observa (*o.c.* 18) que são muito numerosos, nas fontes, os exemplos de acções úteis *ad exemplum legis Aquiliae* considerados ficções, quando se trata de extensões analógicas da *actio* que a jurisprudência inspira ao pretor.

¹⁰² Vid. Emilio VALINO, *Actiones Utiles* (Pamplona, 1974) 2226 e *Actiones Pretorias*, cit. 20.

¹⁰³ Vid. ALBANESE, *Studi sulla Legge Aquilia* em *AUPA* 21 (1950) 1344 e 179225.

¹⁰⁴ Partilhamos da crítica de BETTI e de VALIÑO a ALBANESE, a propósito da ficção «*ac si occidisset*». Segundo BETTI, a *fictio* «non può mai abbracciare l'intera fattispecie (...) Una *fictio* del fatto stesso che è ragione di responsabilità è in se stessa contraddittoria e palesemente assurda». E VALIÑO escreve que «no nos parece imaginable que se mande al juez dictar sentencia como si en realidad el daño cometido fuese encuadrable en un *urere*, *frangere*, etc., cuando verdaderamente no lo era». Na resposta à crítica de BETTI, ALBANESE esclarece que a sua ficção «*ac si occidisset*» etc. non presuppone una *fictio* dell' intera fattispecie (...) bensì proprio una *fictio* di qualche momento di collegamento col rapporto civilistico» (come, ancora, si esprime il B.). In sostanza, le ipotesi cui io riferisco l'azione fittizia in questione sono ipotesi in cui ricorre un' uccisione, una frattura, etc., ma non quell' uccisione, frattura, etc., richieste dall' interpretazione civilistica per l'applicazione dell' azione aquiliana normale (...) La *fictio* da me ipotizzata sarebbe servita (...) a ricondurre un' azione strettamente analoga in una sfera civilistica tecnica, cui, a rigore interpretativo, essa è estra-

A. Santos Justo

4.2.2. A protecção de non domini

A partir de um texto das *Institutiones* de GAIUS em que se finge que o peregrino «*civis romanus esset*» quer para demandar quer para ser demandado pela *actio legis Aquiliae*¹⁰⁵, a romanística é praticamente unânime em considerar fictícias as *actiones* que outorgam a mesma tutela a alguns *non domini*, embora as fontes, que chegaram até nós, silenciem a *fictio*¹⁰⁶.

Sem a preocupação de sermos exaustivos, destacamos as seguintes situações:

1. O possuidor de boa fé

Dois fragmentos de ULPIANUS referem expressamente a tutela do possuidor de boa fé:

— D. 9,2,11,8: «*Sed si servus bona fide alicui serviat, an ei competit Aquiliae actio? Et magis in factum actio erit danda*».

— D. 9,2,17pr.: «*Si dominus servum occiderit, bonae fidei possessori (...) in factum actione tenebitur*».

Estamos perante dois textos muito sintéticos e, por isso, difíceis de interpretar. Em relação ao primeiro, LENEL entende que ULPIANUS teria referido uma fórmula fictícia porque foi através de *fictiones* que se estendia a *actio legis Aquiliae* a *non domini*¹⁰⁷. ALBANESE considera também interpolado e justifica a alteração com a predilecção justinianeia pela *actio in factum*¹⁰⁸. Pelo contrário, ARNÒ considera genuíno e vê na *actio* concedida por ULPIANUS a *actio muciana*: os compiladores terseão esquecido, afortunadamente, de a trocar pela *actio utilis*¹⁰⁹. E CARRELLI entende que a *actio in factum* concedida ao possuidor de boa fé é uma inovação da escola papinianeia¹¹⁰. VALIÑO oferece duas interpretações que, observa, «no constituyan más que meras hipótesis»¹¹¹: ou a *actio in factum* nada tem a ver com as que complementam a *actio aquiliana*; ou o

nea». A explicação de ALBANESE não nos convence: não faria sentido que o pretor ordenasse ao juiz que fingisse o que era necessário provar. Vid. Emilio BETTI, *Falsa Impostazione della Questione Storica, Dipendente da Erronea Diagnosi Giuridica* em *Studi in Onore di Vincenzo ArangioRuiz IV* (Editore Jovene/Nápoles, 1953) 96; VALIÑO, *Acciones Pretorias*, cit. 21; e SANTOS JUSTO, A «*Actio Ficticia*» e a «*Actio Utilis*», cit. 1150.

¹⁰⁵ Cf. GAIUS 4, 37. Vid. SANTOS JUSTO, A «*Fictio Iuris*», cit. 2930.

¹⁰⁶ Os compiladores de Justiniano «varreram» a *fictio* das fontes por a considerarem um expediente obsoleto. Vid. SANTOS JUSTO, *ibidem* XIX; e IHERING, *o.c.* 1012.

¹⁰⁷ Vid. Otto LENEL, *Das «Edictum Perpetuum»* (Lípsia, 1927) 203.

¹⁰⁸ Vid. ALBANESE, *Studi sulla Legge Aquilia*, cit. 307.

¹⁰⁹ Vid. ARNÒ, *o.c.* 200202.

¹¹⁰ Vid. CARRELLI, *o.c.* 378.

¹¹¹ Vid. VALIÑO, *Acciones Pretorias*, cit. 71.

possuidor de boa fé pretende ser ressarcido dos gastos (v.g., medicamentos, honorários médicos) em consequência de um dano aquiliano causado pelo verdadeiro proprietário. Neste caso, a *actio utilis*, que VALIÑO identifica com a *actio ficticia*, seria inimaginável por uma exigir uma dupla ficção: a de que é *dominus* quem não o é (o possuidor); e não é *dominus* quem, na verdade, é. Por isso, VALIÑO considera que não há inconveniente para a *actio in factum*, hipótese para a qual se inclina ¹¹².

Quanto ao segundo fragmento, mantêm-se as críticas dos mesmos Autores: CARRELLI, ARNÒ e VALIÑO consideram-no autêntico, embora por motivos diferentes; e ALBANESE entende que está interpolado ¹¹³.

As divergências doutrinárias obnubilam posições préformadas que recorrem ou não a interpolações para se justificarem. No entanto, a segunda hipótese de VALIÑO e a justificação do recurso à *actio in factum* contra o *dominus* parecemnos acertadas: se a *fictio* foi um expediente «de una importancia capital para el desenvolvimiento del Derecho romano» como reconhece SAVIGNY ¹¹⁴, não podia cair em subtilezas que em nada a acreditavam.

2. O credor pignoratício

O credor pignoratício é também protegido quando a *res*, que garante o seu crédito, é danificada nos termos da *lex Aquilia*. Destacamos os seguintes fragmentos:

— D. 9,2,17pr.: «*Si dominus servum occiderit (...) ei, qui pignori accepit, in factum actione tenebitur*».

— D. 9,2,30,1: «*Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit, quaeritur (...) Et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id, quod debitum excedi, competit Aquiliae actio*».

Considerada a autenticidade da *actio in factum* dada por ULPIANUS ao credor pignoratício contra o *dominus* autor da morte do *servus*, PAULUS questiona se lhe deve ser concedida uma *actio utilis* no caso de ter interesse ou porque o devedor se tornou insolvente ou porque perdeu a *actio* pelo decurso do tempo. Estamos (tudo parece indicar) perante um *servus* morto por terceiro e PAULUS é claro: para não prejudicar o lesante sujeitando-o a responder perante o devedor (*dominus*) e o credor pignoratício, este goza da *actio utilis* até ao valor do seu crédito; e aquele, da *actio* (directa) *legis Aquiliae* pelo valor do *servus* que exceder o débito garantido.

¹¹² Vid. VALIÑO, *ibidem* 7475.

¹¹³ Vid. SANTOS JUSTO, A «*Fictio Iuris*», cit. 302304.

¹¹⁴ Vid. SAVIGNY *apud* IHERING, *o.c.* 1006..

A. Santos Justo

Apesar da clareza do texto e da questão posta por PAULUS que revela alguma prudência justificada, quiçá, por uma doutrina ainda não consolidada, CARRELLI considera-o interpolado por lhe parecer inadmissível que casos análogos sejam protegidos com fórmulas estruturalmente diferentes e, embora a considere indemonstrável, apresenta a hipótese duma *actio in factum* que, dados os pontos de contacto com a *actio (directa) legis Aquiliae*, acabou por se chamar indiferentemente *actio in factum* ou *actio ad exemplum legis Aquiliae* ¹¹⁵. Porém, embora análogos, os casos previstos nos dois fragmentos são diferentes em relação ao autor do dano e esta diferença é fundamental, justificando que as *actiones* sejam diversas.

Mais radical, ALBANESE chega a considerar difícil encontrar no texto o que há de genuíno ¹¹⁶. No entanto, contra as interpolações estão ARNÒ e VALIÑO. O primeiro reconhece que PAULUS, intérprete da doutrina muciana, se afastou desta orientação trocando a *actio in factum* (muciana) pela *actio utilis*. Todavia, porque atribuí-la ao direito justinianeu «non sarebbe che mera e ben facile congettura», justifica-a por se tratar duma «via eccezionalissima» que tem em vista a vantagem do devedor, ou seja, do *dominus* ¹¹⁷. Por sua vez, VALIÑO entende que a essência da questão tem carácter clássico ¹¹⁸. Aceitamos esta doutrina que justifica a concessão da *actio in factum* só quando o dano é causado pelo proprietário.

3. O usufrutuário

A protecção concedida ao usufrutuário reúne o maior número de textos, uns com simples referências, outros que se ocupam *ex professo* ¹¹⁹. Destacamos três fragmentos:

— D. 9,2,12 (PAULUS): «*Sed et si proprietatis dominus vulneverit servum, vel occiderit, in quo ususfructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio in eum pro proportionem ususfructus, ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, que nondum ususfructus meus fuit*».

— D. 9,2,11,10 (ULPIANUS): «*An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat; et ego puto melius, utile iudicium ex hac causa dandum*».

— D. 7, 1, 17,3 (ULPIANUS): «*Si quis servium occiderit, utilem actionem exemplo Aquiliae fructuario dandam nunquam dubitavi*».

Tal como chegaram até nós, os dois textos de ULPIANUS protegem o usufrutuário (e o usuário) com uma *actio* que indiferentemente se denomina *utilis* e *utilis ad exemplum*

¹¹⁵ Vid. CARRELLI, *o.c.* 374375.

¹¹⁶ Vid. ALBANESE, *Studi sulla Legge Aquilia*, cit. 325.

¹¹⁷ Vid. ARNÒ, *o.c.* 205207.

¹¹⁸ Vid. VALIÑO; *ibidem* 6061.

¹¹⁹ Quanto aos primeiros, destacamos: D. 4, 3, 7, 4; 4, 3, 18, 2; 4, 3, 19, 2; 43, 24, 13pr. Em relação aos segundos: D. 7, 1, 17, 3 9, 2, 11, 10; 9, 2, 12. Vid. CARRELLI, *o.c.* 363.

legis Aquiliae; e PAULUS fala igualmente duma *actio ad exemplum legis Aquiliae* contra o *dominus* da *res* concedida em usufruto. Tratase de dois textos particularmente importantes e, por isso, não surpreende que alguns romanistas os considerem ora autênticos ora interpolados, consoante as suas posições.

Em relação ao primeiro fragmento, LENEL considera mais provável ter sido concedida uma *actio in factum* por o interesse do usufrutuário ser inferior ao do proprietário e a *actio utilis* (ou *ficticia*) poder levar a uma *condemnatio* mais elevada ¹²⁰. Pelo contrário, CARRELLI defende a sua autenticidade e vê na expressão *ad exemplum legis Aquiliae actio* a referência a uma *actio utilis* ¹²¹. No entanto, VALIÑO observa que aquela *actio* não é *utilis* porque «habria necesidad de una doble ficción» (a de «que el usufructuario era propietario y que este último no lo era»), o que «parece difícilmente imaginable»; e ainda (e sobretudo) porque «un propietario no puede *damnum dare* a una cosa que es suya». Por isso, considera que PAULUS teria concedido uma *actio in factum* ¹²².

Partilhamos da opinião de CARRELLI e apenas da conclusão de VALIÑO. Com efeito, se entendermos que a *actio ad exemplum* é uma *actio* em que a integração se processa através do recurso à analogia com outra *actio* que lhe serve de modelo ou de exemplo; que a *actio utilis* não tem individualidade, podendo ser *ficticia*, *in factum*, *translativa* ou *ad exemplum*; e que a *actio ficticia* não pode ser *ad exemplum* porque é a própria *actio directa* que, vencido algum obstáculo, se aplica, restanos a conclusão de que a *actio ad exemplum* do texto de PAULUS é também uma *actio utilis*, não *ficticia*, mas (afastada também a possibilidade de ser *translativa*) *in factum*. E assim, partilhamos igualmente da conclusão de VALIÑO, embora discordando da fundamentação: a referência à *actio utilis* não é uma interpolação porque aquela *actio* não é necessariamente *ficticia*; e também não vemos o motivo por que um proprietário não pode causar dano a uma *res* sua para efeitos da *actio ficticia* e não já para a *actio in factum*.

Passando ao segundo fragmento (D. 9,2,11,10), ULPIANUS falanos duma *actio utilis* e, porque estará em causa um dano causado por terceiro (não proprietário), nada repugna admitir que se trate duma *actio ficticia* com a ficção «*si dominus esset*». É certo que o texto parece interpolado, sobretudo com a extensão da tutela aquiliana ao *usuarius*. No entanto, a solução afigurasenos substancialmente clássica, inserindose na orientação que concede *actiones ficticiae* a *non domini*, excepto para demandarem o proprietário.

Restanos o último fragmento (D. 7,1,17,3) em que ULPIANUS refere uma *actio utilis* e outra *utilis actio exemplo Aquiliae*, de que resulta que esta pode ser aquela. Admitida a classicidade deste texto ¹²³ e porque, como já referimos, a *actio ad exemplum* não pode ser *ficticia*, ficanos (na inoportunidade duma *actio translativa*) uma *actio in factum*. Há,

¹²⁰ Vid. LENEL, *o.c.* 203.

¹²¹ Vid. CARRELLI, *o.c.* 364366.

¹²² Vid. VALIÑO, *ibidem* 8889.

¹²³ Assim, CARRELLI, *o.c.* 367.

A. Santos Justo

todavía, um obstáculo grave: *porquê in factum* se parece não estar em causa um dano causado pelo *dominus*?

Porque se fala de *actio utilis*, VALIÑO sustenta que estamos perante uma *actio ficticia* e considera que «probablemente la solución (...) sea sustancialmente clásica». No entanto, como reconhece, para boa parte da doutrina não seria improvável que ULPIANUS abordasse, no texto em análise, o problema posto pela morte dum escravo pelo nupropriário ampliado à morte por terceiro (*quis*)¹²⁴. Se assim foi, não há inconveniente na *actio utilis exemplo Aquiliae* que, não podendo ser *ficticia* (contra o *dominus*), só podia ser *in factum*. E a posterior extensão a terceiros (não proprietários) não afasta a sua natureza, embora divirja da doutrina tradicional que recorria à *actio ficticia*¹²⁵.

Resta acrescentar que na *aestimatio* do dano causado ao usufrutuário, a que PAULUS se refere com a expressão «*pro proportione ususfructus*», deverseia considerar não o valor da *res*, mas o maior valor do usufruto¹²⁶, tendo em conta as «*condizioni migliori*» em dado momento do ano anterior¹²⁷.

4. O titular de servidão predial

Tratandose de um *ius in re aliena*, não surpreende a extensão da tutela aquiliana ao titular duma servidão predial. A propósito de danos causados a uma servidão de aqueduto, é significativo um fragmento de ULPIANUS:

— D. 9,2,27,32: «*Si quis aquaeductum meum dirnerit, licet caementa mea sunt, quae diruta sunt, tamen quia terra mea non sit, qua aquam duco, melius est dicere actionem utilem dandam*».

Também este texto tem sido objecto de discussão relativamente a eventuais interpolações. ALBANESE considera algumas incorrecções de forma que afastam um debate doutrinário sobre a concessão da *actio legis Aquiliae directa* ou duma *actio utilis*, consoante se atribua a propriedade dos materiais (*caementa*) ao titular da servidão ou ao *dominus soli*¹²⁸. Também ARNÒ entende que o fragmento está interpolado: «Non vi è poi dubbio

¹²⁴ Vid. VALIÑO, *ibidem* 87.

¹²⁵ Importa, no entanto, ter presente que, noutro texto (D. 43, 24, 13pr.), ULPIANUS concede a *actio (directa) legis Aquiliae* ao usufrutuário contra o *dominus* ou terceiro que tenha cortado árvores. Trata-se duma solução absolutamente contrária à *actio legis Aquiliae* que só protegia o proprietário e, por isso, provavelmente interpolada. VALIÑO (*ibidem* 91) entende que podemos pensar na hipótese de as árvores terem sido cortadas pelo nupropriário, contra quem é dada uma *actio in factum*.

¹²⁶ As palavras *proportione ususfructus* referem-se não a vários usufrutuários, mas ao valor do usufruto. É a opinião tradicional a que aderem FERRINI, *o.c.* 177180; e CARRELLI, *o.c.* 371372.

¹²⁷ Vid. VALDITARA, *o.c.* 876.

¹²⁸ Vid. ALBANESE, *Studi sulla Legge Aquilia*, cit. 335.

che nel testo nel suo stato genuíno stava scritto che in tal caso era da darsi a (muciana) *actio in factum*» porque, não pertecendo o *fundus* onerado com a *servitus* ao lesado, não é possível utilizar a *actio legis Aquiliae directa* ¹²⁹. Por sua vez, CARRELLI considera que normalmente os meios normais (*actiones confessoria* e *negatoria* e *interdicta*) eram suficientes para a protecção dos conflitos entre os proprietários dos *fundi* dominante e serviente. Porém, em situações anormais, como a contemplada no fragmento de ULPIANUS, a *actio directa* é substituída por uma *actio utilis*, porque a destruição do aqueduto não é a de «un bene per sè stante, quanto invece il mezzo per sfruttare una servitù». Ainda segundo CARRELLI, «il testo, stilisticamente e logicamente impeccabile, ci conferma definitivamente la spettanza dell'azione utile per l'ipotesi della servitù di acquedotto» ¹³⁰.

De facto, o problema consistia em determinar o proprietário dos materiais do aqueduto: se se considerar que, por acessão, pertencem ao *dominus fundi*, a *actio* a conceder ao titular da servidão não pode ser a *actio legis Aquiliae directa*, mas uma *actio utilis* ¹³¹. ULPIANUS acolheu esta solução (são inequívocas as suas palavras «*melius est dicere*») e, portanto, nada impede ver nesta *actio* uma *actio ficticia* com a ficção «*si dominus esset*», excepto se a destruição fosse feita pelo *dominus soli* porque, neste caso, melhor seria uma *actio in factum*. Ainda aqui, a *actio utilis*, entendida em sentido amplo, compreende as duas *actiones*.

4.2.3. Os danos non corpore corpori

1. Preliminares

Como já observámos, a *lex Aquilia* só previa danos causados através duma acção material sobre a *res* lesada ¹³². Embora não fosse indispensável o contacto físico com a *res* alheia, porque o lesante podia utilizar um instrumento ¹³³, o dano devia ser causado *corpore et corpori*.

Com a deslocação do *damnum facere* para o *damnum dare*, adquiriu especial ênfase a valoração do resultado (*damnum*) independentemente de ser provocado *corpore* ou *non corpore* ¹³⁴. Volvidos cinquenta anos, a necessidade de tutelar os danos indirectamente causados impôs aos fundadores do *ius civile* ¹³⁵ criando-se uma dinâmica que não mais se deteve.

¹²⁹ Vid. ARNÒ, *o.c.* 210211.

¹³⁰ Vid. CARRELLI, *o.c.* 390391.

¹³¹ Vid. também VALIÑO, *o.c.* 6365.

¹³² Cf. D. 9, 2, 7 pr.; 9, 2, 9 pr.; 9, 2, 11 pr. Vid. VALDITARA, *o.c.* 844 e 850; CASTRESANA, *o.c.* 2930; e WARMELO, *o.c.* 360.

¹³³ Cf. D. 9, 2, 5, 3; 9, 2, 7, 1; 9, 2, 9, 4; 9, 2, 27, 17; 9, 2, 52, 2. Vid. VALDITARA, *o.c.* 844 e 851.

¹³⁴ Vid. CASTRESANA, *o.c.* 30 e 41.

¹³⁵ Vid. CANNATA, *o.c.* 132, que destaca a acção de BRUTUS.

A. Santos Justo

Só que, enquanto alguns jurisconsultos concediam uma *actio utilis*, outros referem uma *actio ad exemplum* e outros, ainda, falam numa *actio in factum*. Perante esta diversidade, surgem entendimentos diferentes sobre a *actio utilis* e argumentos que defendem ora a interpolação ora a autenticidade dos mesmos textos ¹³⁶. Por isso, impõe-se uma tentativa de clarificação, embora sem a pretensão de analisarmos todos os fragmentos que se ocupam desta temática. Selecionamos os que nos parecem mais significativos em matérias específicas:

2. Morte de escravo ou de quarúpede à fome (*fame necare*)

Tratase dum tema particularmente importante, onde as *actiones utiles* e *in factum* se cruzam indiferentemente. Destacamos quatro fragmentos:

— GAIUS (3,219): «... ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, velut si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necaverit...»

— ULPIANUS (D. 47,8,2,20): «Si publicanus pecus meum (...) inclusit, ne pascatur, ut fame periret, etiam utili lege Aquilia».

— ULPIANUS (D. 9,2,9,2): «Si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait».

— ULPIANUS (D. 9,2,29,7): «... Nam et quum pecudes aliquis pignori cepisset, et fame eas necavisset, dum non patitur te iis cibaria afferre, in factum actio danda est».

Na versão destes fragmentos que chegou até nós, os jurisconsultos falam de *actiones* diferentes para o mesmo problema: ora da *actio utilis* ora da *actio in factum*. Por isso, é fácil considerá-los interpolados ou autênticos, consoante se mostrem ou não úteis à ideia que tenhamos sobre a extensão da *actio legis Aquiliae* nesta matéria.

Assim, a propósito de GAIUS, VALIÑO considera a opinião de PERNICE que interpreta a expressão «*alio modo damno dato*» como referência a dano *corpore*, mas *non corpori*; e, cotejando aquele texto com uma citação de LABEO ¹³⁷, conclui «que Gayo no utiliza adecuadamente el término *utilis*» ¹³⁸.

Entendemos, porém, na linha de ALBANESE, que «*alio modo damno dato*» se contrapõe a dano causado «*corpore suo*» ¹³⁹, ou seja, é o dano provocado *non corpore*; e afastamos a comparação com LABEO porque as situações são diferentes ¹⁴⁰. Depois, embora

¹³⁶ Vg., é conhecida a explicação de ARNÒ (o.c. 199200) de que a *actio utilis* e a *actio in factum* são dadas, respectivamente, pelas doutrinas serviana e muciana.

¹³⁷ Cf. D. 47,2,50,4.

¹³⁸ Vid. VALIÑO, *ibidem* 2229.

¹³⁹ Vid. ALBANESE, *ibidem* 11.

¹⁴⁰ LABEO pronunciase sobre a acção de alguém que afugentou, com um pano vermelho, gado que caiu em poder de ladrões. Cf. D. 47, 2, 50, 4.

GAIUS seja considerado um jurista que «puede anticipar se en muchas cosas a la manera de ver de los postclásicos» e (en este sentido (...)) viene a ser un «prepostclásico», nas palavras de Alvaro D'ORS ¹⁴¹, o vocábulo *utilis* só teria sido utilizado inadequadamente se identificasse apenas uma *actio ficticia*, o que não é o caso. Com efeito, como VALIÑO reconhece, «no nos parece imaginable que se mande al juez dictar sentencia como si en realidad el daño cometido fuese encuadrable en un *urere, frangere*, etc., cuando verdaderamente no lo era; es más práctico suponer (...) que se inventa una fórmula nueva, *in factum*» ¹⁴². Estamos de acordo: a ficção apenas afasta obstáculos à concessão duma *actio civilis* e nunca pode considerar verdadeiros factos de cuja prova depende a sentença de condenação ou de absolvição. Porém, se por *actio utilis* se entender, como nos parece mais acertada, uma *actio* que integra o *ius* (qualquer que seja o *modus supplendi*), nada impede que as *actiones utiles* do texto de GAIUS sejam as *actiones in factum* que NERATIUS e ULPIANUS concedem em situações análogas. De resto, a referência a NERATIUS é, segundo o critério que seguimos, indício de autenticidade que, na boa lógica, se estende ao último fragmento ¹⁴³.

3. Danos causados (ou sofridos) por animais excitados

A segunda espécie de casos a que a *iurisprudencia* estende a tutela aquiliana através de *actiones utiles* é nos referida em vários fragmentos, dos quais seleccionamos, quatro:

— GAIUS (D. 47,2,51): «*Nam et si praecipitata sint pecora, utilis actio damni iniuriae, quasi ex lege Aquilia dabitur*».

— NERATIUS (D. 9,2,53): «*Boves alienos in angustum locum coegisti, eoque effectum est, ut deicerentur datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio*».

Enquanto GAIUS fala duma *actio utilis*, NERATIUS concede uma *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*. Segundo VALIÑO o texto de GAIUS é substancialmente clássico, mas «no utiliza adecuadamente el término *utilis*» ¹⁴⁴. Como já referimos, recusamos este entendimento: não reconhecendo na *actio utilis* uma *actio* autónoma, com individualidade própria, mas uma *actio* que integra o *ius* e, por isso, é útil, nada nos impede de considerá-la a *actio in factum* referida por NERATIUS.

¹⁴¹ Vid. Alvaro D'ORS, *o.c.* § 52.

¹⁴² Vid. VALIÑO, *ibidem* 21.

¹⁴³ Contra, VALIÑO considera alterado o segundo texto de ULPIANUS (D. 47, 8, 20) quer porque coincide com GAIUS (3, 219) que «es un caso aparte» quer porque «veremos casos de *fame necare* sancionados con acciones *in factum*». Recusamos este ponto de vista porque por *actio utilis* entendemos qualquer *actio* que integre o *ius*, incluindo algumas *actiones in factum*. Vid. VALIÑO, *o.c.* 2931; e SANTOS JUSTO, A «*Actio Ficticia*» e A «*Actio Utilis*», cit. 11481149.

¹⁴⁴ Vid. VALIÑO, *o.c.* 2729.

A. Santos Justo

— ULPIANUS (D. 47, 2, 50, 4): «Cum eo, qui pannum rubrum ostendi fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est; sed etsi non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus; idcirco Labeo scribit, in factum dandam actionem».

— GAIUS (3, 202): «Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecerit (...) In quo numero est (...) oves aut boves tuas fugavit et alius eas exciperet; et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid per lasciviam et non data opera ut furtum committeretur, factum sit, videbimus an utilis dari debeat, cum per legem Aquiliam quae de damno lata (est) etiam culpa puniatur».

De novo ULPIANUS fala duma *actio in factum* e GAIUS, de *actio utilis*. Utilizando o fragmento de ULPIANUS em que refere a *actio in factum* concedida por LABEO, VALIÑO invoca a maior classicidade de LABEO para sustentar a utilização inadequada do termo *utilis* por GAIUS no segundo texto ¹⁴⁵. Também não duvidamos da autenticidade dos dois fragmentos, mas recusamos, pelos motivos já referidos, o uso inadequado de *utilis* por parte de GAIUS. Ambos os textos estão em sintonia: a *actio utilis* de GAIUS é a *actio in factum* de LABEO e de ULPIANUS.

4. Dano causado a *servus* persuadido a subir a arvore ou a descer a poço

Outra situação de dano causado *non corpore corpori* é nos referida por:

— GAIUS (3, 219): «ceterum placuit ita damnum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit, ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, velut (...) si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in putem descenderet, et is, si ascendendo aut descendendo ceciderit, aut mortuus fuerit aut alique parte corporis laesus sit».

— ULPIANUS (D. 11, 3, 3, 1): «Unde quaeritur, si quis servo alieno suaserit in tectum adscendere vel in putem descendere, et ille parens adscenderit vel descenderit, et ceciderit, crusque vel quid aliud fregerit, vel perierit, an teneatur? Et si quidem sine dolo malo fecerit, non tenetur, si dolo malo tenebitur».

— PAULUS (D. 11, 3, 4): «Sed commodius est, utili lege Aquilia eum teneri».

Há coincidência entre GAIUS e PAULUS. Segundo VALIÑO, o fragmento de PAULUS «es un glosema postclásico, torpemente incluído por los compiladores en esta sede, pues en él se hace decir a Paulo todo lo contrario de lo que había dicho Ulpiano en el fragmento anterior». E «de otra parte, la casi identidad con Gai. 3,219 hace sospechar también de Gayo en este último texto» ¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Vid. VALIÑO, o.c. 242,9.

Importa, no entanto, ter em atenção que ULPIANUS põe uma questão em termos dubitativos, que o texto de PAULUS clarifica; por isso, não nos parece que se trate dum glossa pósclássico. Acresce que a coincidência com GAIUS retira a este o uso inadequado de *utilis* que VALIÑO assinala ¹⁴⁷. De resto, a amplitude da referência de GAIUS a *actiones utiles* não afasta as *actiones in factum*; pelo contrário, recusada a *actio ficticia* pela impossibilidade de fingir o que se deve provar, restamnos aquelas *actiones* utilizadas nas situações anteriores.

5. Dano causado por medicamento ou veneno

As fontes referemnos duas situações importantes em que ULPIANUS invoca ora LABEO ora CELSUS, citações que, segundo o critério que seguimos, constituem garantia de autenticidade ¹⁴⁸.

— D. 9, 2, 9 pr.: «*Item si obstetrix medicamentum dederit, et inde mulier perierit, La-beo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse, sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam; quae sententia vera est, magis enim causam mortis praestitit, quam occidit*».

— D. 9, 2, 7, 6: «*Celsus autem multum interesse dicit, occiderit, an mortis causam praestiterit, ut, qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur...*».

No primeiro fragmento, a distinção de LABEO é clara: se o medicamento foi directamente (*manibus suis*) ministrado pela parteira, há lugar para a *actio legis Aquiliae* porque o dano é causado *corpore corpori*; se foi entregue à parturiente que o tomou, então o dano considerase provocado *non corpore* e, por isso, a parteira responde com uma *actio in factum*. No segundo texto, CELSUS faz a mesma distinção entre *occidere* e *mortis causam praestare* e recorre, neste caso, a uma *actio in factum*.

6. Dano causado por fogo que se estende a *res* alheia

E também uma situação contemplada por ULPIANUS:

— D. 9, 2, 27, 9: «*... si alius ignem subiecerit fornaci, alius negligenter custodierit, an tenebitur, qui subiecerit ? Nam, qui custodiit, nihil fecit, qui recte ignem subiecit, non peccavit; qui ergo est ? Puto utilem competere actionem tam in eum, qui ad fornacem obdormivit, quam in eum, que negligenter custodiit...*».

¹⁴⁶ Vid. VALIÑO, *o.c.* 3334.

¹⁴⁷ Vid. VALIÑO, *o.c.* 29.

¹⁴⁸ Contra, sustentando que estes fragmentos se encontram interpolados, vid. ALBANESE, *ibidem* 108111. VALIÑO (*o.c.* 4849) defende a sua autenticidade.

A. Santos Justo

— D. 9, 2, 27, 10: «*Si furnum secundum parietem com munem haberes, an damni iniuria tenearis? Et ait Proculus, agi non posse, quia nec cum eo, qui focum haberet; et ideo aequius puto, in factum actionem dandam, scilicet si paries exustus sit ...*».

Quanto ao primeiro fragmento, ALABANESE entende que a *actio in factum* terá sido substituída pela *actio utilis* ¹⁴⁹. E também VALIÑO recusa a classicidade desta *actio*, embora entenda que não constitui valor probatório a favor da sua hipótese ¹⁵⁰.

No entanto, num *casus* algo semelhante ULPANIUS entende, depois de citar a opinião contrária de PROCULUS, que é mais equitativo conceder uma *actio in factum*. A referência a PROCULUS é um sinal de autenticidade, permitindo a interrogação: porquê a *actio utilis* e a *actio in factum* na tutela de danos causados pela extensão do fogo a *res* alheias? A resposta, parecidos, só pode ser a de que se trata da mesma *actio*.

Produzido pelo fumo é o dano que se traduz na fuga ou morte de abelhas:

— ULPIANUS (D. 9, 2, 49pr.): «*Si quis fumo facto apes alienas fugaverit, vel etiam necaverit, magis causam mortis praestitisse videtur, quam occidisse; et ideo in factum actione tenebitur*».

Embora este fragmento tenha sido provavelmente encurtado ¹⁵¹ a classicidade da *actio in factum* é admitida por VALIÑO ¹⁵². Também aqui a *iurisprudentia* recorreu às *actiones in factum* na tutela de danos *non corpore corpori*.

7. Outras situações. Danos causados por:

7.1. Cão assanhado

Analisamos o seguinte fragmento de ULPIANUS:

— D. 9,2,11,5: «*Item cum eo, qui canem irritaverat, et effecerat, ut aliquem morderet, quamvis eum non tenuit, Proculus respondit, Aquiliae actionem esse; sed Iulianus eum demum Aquilia teneri ait, qui tenuit et effecit ut aliquem morderet: ceterum si non tenuit, in factum agendum*».

O *casus* apresentado neste texto, cujas referências a PROCULUS e a IULIANUS são garantia de autenticidade, é claro: um cão assanhado morde alguém. Segundo PROCULUS,

¹⁴⁹ Vid. ALBANESE, *ibidem* 171.

¹⁵⁰ Vid. VALIÑO, *o.c.* 4045.

¹⁵¹ Este caso assemelha-se ao apresentado em *Coll. XII, 7, 10* com maior desenvolvimento (contém as opiniões de PROCULUS e de CELSUS), embora não se refira a *actio* concedida: tão-só se fala da recusa da *actio legis Aquiliae*. Vid. VALIÑO, *o.c.* 55.

¹⁵² Vid. VALIÑO, *o.c.* 56.

quem o assanhou responde pela *actio legis Aquiliae*, ainda que não o tivesse sob o seu domínio (preso). No entanto, mais preciso, IULIANUS faz depender a concessão desta *actio* do domínio sobre o cão: é necessário que esteja preso; de contrário, recomenda uma *actio in factum*. A opinião de IULIANUS justifica-se pelo carácter *instrumental* do cão que deve estar em contacto físico com o responsável. Neste caso, o dano produzido será ainda *corpore* e, portanto, tutelado directamente pela *actio legis Aquiliae*; de contrário, estaremos perante um dano causado *non corpore* e, por isso, protegido por uma *actio in factum* ¹⁵³.

7.2. Animal (cavalo) espantado

ULPIANUS apresentanos dois *casus* particularmente importantes até pela citação de OFILIUS:

— D. 9,2,9,3: «*Si servum meum equitantes concitato equo effeceris in flumen praecipitari atque ideo homo perierit, in factum esse dandam actionem Ofilius scribit...*»

— D. 9,1,1,7: «*Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit: ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum, qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege Aquilia teneri, utique ideo quia non ipse suo corpore damnum dedit...*»

Os dois fragmentos de ULPIANUS estão em sintonia e, por isso, a autenticidade do primeiro (garantida pela referência a OFILIUS) estendese ao segundo ¹⁵⁴. Estamos perante um dano *non corpore* produzido por um cavalo em consequência de ter sido excitado e, portanto, o autor da excitação responde numa *actio in factum*.

8. Conclusão

Acabamos de ver que, nos danos causados *non corpore corpori*, a *iurisprudentia* romana recorreu a *actiones in factum*, por vezes ditas *utiles* e, outras, *ad exemplum legis Aquiliae*. Se a classicidade de algumas não nos suscita dúvidas, também a das outras não se deverá pôr em causa, sob pena de atribuirmos aos mesmos jurisconsultos contradições insanáveis.

Afastamos a *actio ficticia* porque não é possível considerar (através duma *fictio*) factos de cuja prova depende a condenação ou absolvição do demandado; e tão pouco é fic-

¹⁵³ Vid. também VALIÑO, *o.c.* 5254; e VALDITARA, *o.c.* 844 e 850.

¹⁵⁴ Contra, sustentando que ULPIANUS terá falado de *actio utilis* e não de *actio in factum*, vid. ALBANESE, *Studi sulla Legge Aquilia*, cit. 101 e 121. VALIÑO (*o.c.* 46) considera a *actio in factum* do D. 9, 1, 1, 7 «perfectamente clásica»; e em relação ao D. 9, 2, 9, 3 considera «de importancia capital (...) porque se contiene una cita de Ofilio, que de ningún modo puede estar interpolada» (*o.c.* 51).

A. Santos Justo

ticia a actio ad exemplum que, sendo outra *actio*, não é a *actio directa* que se aplica. Por isso, afastadas também as *actiones translativae*, restamnos, como *utiles*, as *actiones in factum* a que se referem POMPONIUS e PAULUS, cujos fragmentos transcrevemos:

— POMPONIUS (D. 19, 5, 11): «... *sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia redendo actiones in factum accommodatae legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit*».

— PAULUS (D. 9, 2, 33, 1): «*In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio*».

Estarão estes fragmentos interpolados? Só é possível responder afirmativamente se imputarmos aos compiladores tudo o que atribuem a POMPONIUS e a PAULUS...

4.2.4. Os danos causados em pessoas

A tutela aquiliana estava excluída nos danos causados em pessoas (ou seja, homens e mulheres livres) por força do princípio de que «*dominus membrorum suorum nemo videtur*»¹⁵⁵.

Por isso, vale a pena meditar sobre dois fragmentos de ULPIANUS:

— D. 9, 2, 13 pr.: «*Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur ...*»

LENEL considera-o interpolado porque a *actio utilis* deve ter substituído uma *actio in factum*¹⁵⁶. No entanto, CARRELLI considera que «pur non potendo dare una dimostrazione assoluta della classicità dell'azione in esame (...), bisogna (...) riconoscere che (...) essa è molto probabile»¹⁵⁷. E VALIÑO entende que «el texto es sustancialmente clásico»¹⁵⁸ e pensa que provavelmente se referia originariamente a um homem livre que prestou serviço de boa fé¹⁵⁹ e cuja sentença foi proferida depois da *vindicatio libertatis*. Afastada a *actio iniuriarum* porque se considerava escravo e faltava o dolo de injuriar um homem livre, VALIÑO considera que se recorria à ficção «que permite apreciar un dano aquiliano»¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Cf. D. 9, 2, 13pr.

¹⁵⁶ Vid. LENEL, *o.c.* 204.

¹⁵⁷ Vid. CARRELLI, *o.c.* 402.

¹⁵⁸ Vid. VALIÑO, *o.c.* 97.

¹⁵⁹ Segundo VALIÑO (*o.c.* 9798), a «mención del *suo nomine* depone también en favor de esta idea, posto que a propósito de una persona libre (...) sería inútil decir que ejercitaba las acciones *suo nomine*». Vid. también: VALDITARA, *o.c.* 877.

¹⁶⁰ Vid. VALIÑO, *o.c.* 98.

Importa, no entanto, considerar que, sofrendo o dano quando era *servus*, a tutela aquiliana pertencia ao seu *dominus*, como observa FERRINI¹⁶¹. Por outro lado, e ainda que assim não fosse, não se vê o sentido da ficção: fingir «*si liber non esset*» no momento do dano implicava considerar que o homem livre era, afinal, dono dos seus membros, contrariando o princípio «*dominus membrorum suorum nemo videtur*»¹⁶². Por isso, a *actio translativa*, que SOTTY considera, evita, pelo menos, a primeira dificuldade: o *dominus servi* surge na *intentio* da fórmula da *actio legis Aquiliae*; e o do liberto, na *condemnatio*¹⁶³.

É uma hipótese atraente que não afastamos e revela a possibilidade de a *actio utilis* poder ser também *translativa*.

— D. 9, 2, 5, 3: «*Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? Et Iulianus scribit teneri eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina: multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ineguo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docendi: sed lege Aquilia posse agi non dubito*».

Em breve síntese, este fragmento ocupase dum caso em que um mestre feriu ou matou um escravo (alheio) aprendiz durante o ensino. Segundo IULIANUS, aquele incorre em responsabilidade aquiliana. ULPIANUS acrescenta outro caso: também durante o ensino, um sapateiro feriu de tal modo um *filiusfamilias* ingénuo, seu aprendiz, que lhe tirou um olho. IULIANUS recusa a *actio iniuriarum* porque não houve a intenção de injuriar, mas de repreender e ensinar; e duvida da oportunidade da *actio locati* porque ao mestre só é permitido um castigo leve. E ULPIANUS termina: não duvido de que é possível instaurar a *actio legis Aquiliae*¹⁶⁴.

O texto não refere, em qualquer dos *casus*, nem a *actio utilis* nem a *actio in factum*. No entanto, a *actio legis Aquiliae* admitida por ULPIANUS choca com a dificuldade de a *lex Aquilia* não ter previsto danos causados a pessoas livres; por isso, e por analogia com a solução dada por ULPIANUS no fragmento anterior (D. 9, 2, 13pr.), certa doutrina (que

¹⁶¹ Segundo FERRINI, «l'azione *ex lege Aquilia* prende vita dal momento della ferita (...) se pertanto si fosse data un *actio utilis* (...) per le lesioni mortali recate a un uomo libero, essa non avrebbe mai potuto competere nell'ipotesi di un servo manomesso dopo la ferita mortale e morto in libertà. Al momento della ferita si è originata l'*actio directa* a favore del domino». Vid. FERRINI, *o.c.* 168169.

¹⁶² Vid. SANTOS JUSTO, A «*Actio Ficticia*» e a «*Actio Utilis*», cit. 1150, onde consideramos gravíssima a violência de fingir que um *civis* é *servus*.

¹⁶³ Vid. SOTTY, *o.c.* 150151.

¹⁶⁴ Cf. também D. 19, 2, 13, 4 onde IULIANUS concede ao *paterfamilias* a *actio locati* contra o sapateiro que não foi moderado na correção (*castigatio*) do aprendiz.

A. Santos Justo

identifica a *actio utilis* com a *actio ficticia*) considera que, no texto em análise, a *actio legis Aquiliae* terá sido *utilis* ou *ficticia*, com a ficção «*si liber non fuisset*», ou seja, fingiase que o *filiusfamilias* ferido era escravo. É esta a doutrina de ALBANESE¹⁶⁵ e de VALIÑO para quem os compiladores teriam eliminado a referência à *actio utilis*¹⁶⁶.

Tratase, no entanto, duma *fictio* muito estranha: fingir que um cidadão romano, para mais ingénuo, é escravo para se aplicar o *ius populi Romani*, «sarebbe stata ripugnante per i romani», reconhece ARANGIORUIZ¹⁶⁷. É certo que ALBANESE insiste na analogia com a equiparação de um peregrino a cidadão e de um *capite deminutus* a um *capite non deminutus*. Simplesmente, como observa VALIÑO, «estos argumentos, a decir verdad, no son de mucho peso» quer porque tais equiparações constituem casos opostos, quer porque fingir que um *civis romanus* é *servus* implica «un rebajamento de su situación jurídica individual»¹⁶⁸. No entanto, porque entende que ULPIANUS recorreu àquela ficção, VALIÑO apresenta outra justificação: tratase duma *fictio* excepcional que só se utilizava em pessoas que prestaban servicios que, en la sociedad romana, solían realizar los esclavos»¹⁶⁹.

Embora excepcional, esta ficção não deixa de ser violenta e intolerável, circunstâncias que nos aproximam de LENEL que sugere uma *actio in factum* sem o risco de, segundo ARANGIORUIZ, «l'*actio utilis* (quando não *ficticia*) si distinguesse molto male, o forte non si distinguesse formalmente affatto, da una comune *actio in factum*»¹⁷⁰: este risco não existe, na nossa opinião, porque a *actio utilis* também pode ser *in factum*. Através desta *actio*, o sapateiro respondia perante o *paterfamilias* do aprendiz pelas despesas relativas à sua recuperação física (dano emergente) e, quiçá, também pelos ganhos que, *ex operis suis*, provavelmente obteria no futuro se não tivesse sofrido a lesão¹⁷¹.

5. CONCLUSÃO. O DIREITO JUSTINIANEU

A evolução que assinalámos à responsabilidade aquiliana nos seus diversos elementos termina na época justinianeia.

O *damnum*, que na *lex Aquilia* se restringia à perda sofrida pela *res*, adquiriu, sucessivamente, os sentidos de perda e de diminuição patrimonial: ao dano emergente jun-

¹⁶⁵ Vid. ALBANESE, PSI 1449 (Ulp. 32 ad Ed.) e le Testimonianze Ulpiniane già Note em Studi in Onore di Biondo Biondi I (Milão, 1965) 269288.

¹⁶⁶ Vid. VALIÑO, *ibidem* 101 e 112.

¹⁶⁷ Vid. Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Ulpiano, Libro 32 ad Edictum, in una Pergamena di Provenienza Egiziana* no AG CLIII (1957) 151¹⁹.

¹⁶⁸ Vid. VALIÑO, *ibidem* 113114; e ALBANESE, *ibidem* 186²⁸,

¹⁶⁹ Vid. VALIÑO, *ibidem* 114.

¹⁷⁰ Vid. ARANGIO-RUIZ, *ibidem* 15119.

¹⁷¹ Vid. VALDITARA, o.c. 876; e VALENTINO, o.c. 263264.

touse o lucro cessante ¹⁷². Em consequência, a *aestimatio rei* (*pretium corporis*) estendeu-se à *aestimatio* do interesse (*utilitas*) lesado (*id quod interest*) ¹⁷³.

A *iniuria*, que inicialmente teve uma dimensão objectiva de antijuridicidade (*contra ius*) ¹⁷⁴, transformouse num elemento híbrido constituído pela (inicial) vertente objectiva e pela subjectividade que assinala a *culpa*: à falta de situações objectivas, (v.g. a legítima defesa, o estado de necessidade, a *vis maior*, etc.) que a excluía, juntouse a censura a um comportamento que podia e devia ser diferente, afastando a originária responsabilidade objectiva ¹⁷⁵. Tratase, no entanto, de elementos diferentes que exigiam consideração autónoma, como reconhece SCHIPANI ¹⁷⁶ e justificaram o amplo e profundo estudo que a *iurisprudencia* clássica e pósclássica realizou sobre a *culpa*, que o direito justinianeu viria a identificar com a negligência do agente ¹⁷⁷.

A ideia de causalidade, que na *lex Aquilia* traduz uma ligação física, imediata e directa, duma acção qualificada (*occidere, urere, frangere, rumpere*) à *res* danificada que a *iurisprudencia* expressava com os vocábulos *corpore et corpori* ¹⁷⁸, perdeu este sentido restrito e estendeu-se à causa indirecta, mesmo omissiva ¹⁷⁹, deslocandose a ideia de *damnum facere* para *damnum dare* ¹⁸⁰.

E a *actio legis Aquiliae*, que sempre fora uma *actio* penal, embora singular (em vez da *condemnatio* num múltiplo previaa: «*in quanti ea res fuit*») ¹⁸¹, tornou-se fundamentalmente reipersecutória depois duma evolução cujas premissas terão sido criadas na época dos Severos ¹⁸².

¹⁷² Vid. CRIFÒ, *o.c.* 617; BOVE, *o.c.* 144; e VALDITARA, *o.c.* 840.

¹⁷³ Vid. VALDITARA, *o.c.* 866868; e CASTRESANA, *o.c.* 37.

¹⁷⁴ Vid. VALDITARA, *o.c.* 855856; CASTRESANA, *o.c.* 4348; ROTONDI, *o.c.* 953954; SCHIPANI, *o.c.* 90; e CANNATA, *o.c.* 6568 e 7778.

¹⁷⁵ Vid. SCHIPANI, *o.c.* 109, 129131, 275 e 354; CANNATA, *o.c.* 6668 e 7778; VALDITARA, *o.c.* 859861; e CASTRESANA, *o.c.* 49, 5152, 5758, 6768, 7071, 78 e 122123.

¹⁷⁶ Vid. SCHIPANI, *o.c.* 196, 460, 464 e 473; e DE LOS MOZOS TOYA *o.c.* 545. Actualmente, ALMEIDA COSTA observa que «os conceitos de ilicitude e de culpa reflectem aspectos distintos da conduta do agente, posto que intimamente relacionados. Pode dizer-se que a ilicitude encara o comportamento do autor do facto sob um ângulo objectivo, enquanto violação de valores definidos pela ordem jurídica (...) ao passo que a culpa pondera o lado subjectivo desse comportamento, ou seja, as circunstâncias individuais concretas que o envolveram». Vid. Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações* (Alameda/Coimbra, 2001) 530.

¹⁷⁷ Vid. TALAMANCA, *o.c.* 517524; e CASTRESANA, *o.c.* 77. Contra, sustentando que a consideração da *culpa* como negligência no direito justinianeu resulta da interpretação do D. 9, 2, 31 e entendendo que *culpa* se traduz numa conduta voluntária não conforme a uma norma, de per si reprovável, sancionada enquanto causa dano, vid. SCHIPANI, *o.c.* 457458 e 462.

¹⁷⁸ Vid. VALDITARA, *o.c.* 841, 843844, 850 e 853; WARMELO, *o.c.* 354 e 360; ALBANESE, «*Damnum Iniuria Datum*», cit. 164; ROTONDI, *o.c.* 946; e SCHIPANI, *o.c.* 49.

¹⁷⁹ Vid. ALBANESE, *ibidem* 165.

¹⁸⁰ Vid. CANNATA, *o.c.* 114117; e CASTRESANA, *o.c.* 30.

¹⁸¹ Vid. ALBANESE, *Illecito (Storia)* em ED 20 (1970) 8182; VALDITARA, *o.c.* 840, 877878 e 880.

¹⁸² Vid. VALDITARA, *o.c.* 882. Segundo ALBANESE, não surpreende que, sendo «la penalità così fortemente scolorita (...) l'esclusione del cumulo di essa (*actio legis Aquiliae*) con un'azione reipersecutoria sia apparsa possibile ai classici». Vid. ALBANESE, *ibidem* 8182.

A. Santos Justo

Embora considerada *mixta* no direito justinianeu ¹⁸³, é agora uma *actio* cujo carácter penal quase sucumbiu perante a ênfase da função reipersecutória que justifica a consideração civil do delito aquiliano, fora da esfera do direito penal público ¹⁸⁴.

Finalmente, a extensão da *actio legis Aquiliae a non domini* e a pessoas livres ¹⁸⁵ deu à responsabilidade aquiliana a dimensão geral de que a velha *lex Aquilia* se tinha afastado.

Depois de tudo isto, que sentido terá a coexistência da *directa actio legis Aquiliae* com as clássicas *actiones utiles, ficticiae, in factum* e *translativae*? Apenas uma reminiscência histórica que assinala o classicismo de Justiniano ¹⁸⁶.

6. O DIREITO PORTUGUÊS

Nos séculos que precederam o renascimento do Direito Romano, a *lex Aquilia* praticamente foi ignorada. Dominava a vingança privada num sistema em que a responsabilidade era colectiva ¹⁸⁷.

A partir do século XII, assistimos ao interesse de Glosadores e Comentadores ¹⁸⁸ por conceitos como *damnum*, *culpa* e *iniuria* ¹⁸⁹. Porém, o Direito Português mantevese estranhamente alheio àquela *lex* que, nas palavras de MELO FREIRE, «nenhum uso tem hoje entre nós, nem talvez nunca o tenha tido» ¹⁹⁰; porque «não podemos, na acção, pedir o ressarcimento do dano pelo valor que a coisa valia no último ano ou mês»; e porque «não interessa nada que o dano haja sido causado por um corpo ou não»; e porque «não tem uso nenhum a diferença entre acções directas, úteis e *in factum*» ¹⁹¹. MELO FREIRE refere ainda que «os nossos antepassados vingavam, de outro modo, o dano injustamente causado por um homem livre, aplicando, por exemplo, certa multa que revertia, segundo as leis e usos feudais, para o prejudicado e para o Rei»; e escreve que «também não é provada pela praxe dos Pragmáticos» ¹⁹².

¹⁸³ Cf. I. 4,6,18. Vid. VALDITARA, *o.c.* 872 e 880881; e ALBANESE, *ibidem* 82 é 87.

¹⁸⁴ Vid. CASTRESANA, *o.c.* 23 e 37; ROTONDI, *o.c.* 963964 e 967; VALDITARA, *o.c.* 882; ALBANESE, *ibidem* 6364 e 82; e CRIFÒ, *o.c.* 621.

¹⁸⁵ Vid. também VALDITARA, *o.c.* 863 e 877.

¹⁸⁶ Vid. Sebastião CRUZ, *o.c.* 479.

¹⁸⁷ Vid. John GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito*, trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros (Fund. C. Gulbenkian/ Lisboa, 1988) 751752.

¹⁸⁸ Vid. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português* (Almedina / Coimbra, 2000) 210218 e 236239; Ruy de ALBUQUERQUE/ Martim de ALBUQUERQUE, *História do Direito Português I* (Ed. Pedro Ferreira / Lisboa, 1999); e Nuno J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes de Direito* (Fund. C. Gulbenkian/Lisboa, 2000) 197216.

¹⁸⁹ Vid. CASTRESANA, *o.c.* 83 e 86.

¹⁹⁰ Vid. Pascoal José de MELO FREIRE DOS REIS, *Instituições de Direito Criminal Português*, trad. do latim pelo Dr. Miguel Pinto de Meneses no *BMJ* 155 (Abril, 1966) tit. VII § VI.

¹⁹¹ Vid. MELO FREIRE, *ibidem*, tit. VII § VI.

¹⁹² Vid. MELO FREIRE, *ibidem*, tit. VII § VI.

Uma brevíssima apreciação não deixará de destacar a falta de perspectiva histórica que assinala a evolução da responsabilidade aquiliana desde a época da *lex Aquilia* até ao direito justinianeu. Fica o acerto da observação de que as leis portuguesas não se inspiraram na *lex Aquilia*, situação estranha porque o instituto romano é, na parte final da sua evolução, muito superior ao regime praticado entre nós.

COELHO DA ROCHA confirma aquele desinteresse, afirmando que «na legislação pátria pouco se acha sobre a responsabilidade aquiliana». No entanto, afastandose de MELO FREIRE, refere que «entretanto ella é de muito uso no fôro, como todos sabem; e pertence ao direito civil, porque o damno provindo dos delictos póde ser pedido por acção civil»¹⁹³. O eminente civilista percorre vários códigos entretanto promulgados (francês, prussiano, austríaco) e tem sempre presente as fontes romanas que, aliás, os inspiraram.

O carácter extremamente lacunoso do nosso Direito justificava a frequente intervenção da doutrina e da jurisprudência que procuravam no Direito Romano as soluções desejadas. Por isso, não surpreende que o regime justinianeu da responsabilidade aquiliana tenha penetrado no Direito Português antes do Código Civil de 1867 que se limitou a acolher soluções que já se tinham tornado portuguesas. Aí se consagra a obrigação de indemnizar o lesado por todos os prejuízos causados na violação ou ofensa dos direitos de outrem¹⁹⁴; prevê-se a ofensa por factos ou omissão de factos¹⁹⁵; o lesante contrai a obrigação de restituir o lesado ao estado anterior à lesão e de satisfazer as perdas e danos que lhe haja causado¹⁹⁶; etc.

Ainda mais claramente, também o actual Código Civil consagra a responsabilidade aquiliana: à ilicitude da violação do direito alheio (ou de disposição legal que protege interesses alheios) fazse agora especial referência à culpa¹⁹⁷ que, na falta de outro critério legal, é apreciada pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso¹⁹⁸.

As marcas romanas são evidentes: como no Direito Romano, também o Direito Português consagrou, como pressupostos da responsabilidade por factos ilícitos, o *damnum* (que, todavia, pode ser não patrimonial)¹⁹⁹, a ilicitude (*iniuria*), a imputação do facto ao lesante (*culpa*) e o nexo de causalidade entre o facto e o dano²⁰⁰. Só não consagra a classificação romana de *delicta* e *quasi delicta*, que o Código Civil francês ainda mantém²⁰¹.

¹⁹³ Vid. M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez* I (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira/Lisboa, 1917) § 132.

¹⁹⁴ Cf. art.º 2361.º

¹⁹⁵ Cf. art.º 2362.º

¹⁹⁶ Cf. art.º 2364.º

¹⁹⁷ Cf. art.º 483.º n.º 1.

¹⁹⁸ Cf. art.º 487.º n.º 2.

¹⁹⁹ Cf. art.º 496.º

²⁰⁰ Vid. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit. 509-510.

²⁰¹ Cf. Cap. II, tit. IV do livro 3.º

A. Santos Justo

ABREVIATURAS

AG	<i>Archivio Giuridico «Filippo Serafini»</i> (Módena)
AHDE	<i>Anuario de Historia del Derecho Español</i> (Madrid)
AUPA	<i>Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo</i> (Palermo)
BFDC	<i>Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i> (Coimbra)
BIDR	<i>Bulletino dell' Istituto di Diritto Romano</i> (Roma)
BMJ	<i>Boletim do Ministério da Justiça</i> (Lisboa)
COLL.	<i>Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum</i> (FIRA II, 544-589)
D.	<i>Digesta</i> (<i>Corpus Iuris Civilis</i> , vol. I, ed. Theodorus MOMMSEN, Paulus KRÜGER, 16. ^a ed. Berlim 1954)
ED	<i>Enciclopedia del Diritto</i> (Milão)
FIRA	<i>Fontes Iuris Romani Anteiustiniani</i> , 2. ^a ed. (Florença) I (<i>Leges</i> , ed. S. RICCOBONO, 1941); II (<i>Auctores</i> , ed. I. BAVIERA et I. FURLANI, 1940)
GAIUS	<i>Gai Institutionum Commentarii Quattuor</i> (ed. Bernhard KÜBLER, 8. ^a ed. Lipsis, 1935; FIRA II 3 ss.)
I.	<i>Institutiones Iustiniani</i> (<i>Corpus Iuris Civilis</i> vol. I, ed. Paulus KRÜGER, 16. ^a ed., Berlim 1954)
IURA	<i>Iura. Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico</i> (Nápoles)
Labeo	<i>Labeo. Rassegna di Diritto Romano</i> (Nápoles)
NNDI	<i>Novissimo Digesto Italiano</i> (Turim)
RDC	<i>Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni</i> (Milão)
RHDFÉ	<i>Révue Internationale des Droits de l'Antiquité</i> (Bruxelas)
RISG	<i>Rivista Italiana per le Scienze Giuridica</i> (Milão)
SDHI	<i>Studia et Documenta Historiae et Iuris</i> (Roma)
Studia Iuridica	<i>Studia Iuridica. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i> (Coimbra)
SZ	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte römianistische Abteilung</i> (Weimar)

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE, Bernardo, *Illecito (Storia)* em *ED* 20 (1970) 5090 e em *Scritti Giuridici a cura di Matteo Marrone I* (Palumbo, 1955) 793833; *Una Congettura sul Significato di «Iniuria» in XII Tav.* 8,4 em *IURA* 31(1980) 2136 e em *Scritti Giuridici a cura di Matteo Marrone II* (Palumbo, 1955) 15351549; *Sulla Responsabilità del «Dominas Sciens» per I Delitti del Servo* no *BIDR LXX* (1967) 119186; *Studi sulla Legge Aquilia* em *AUPA* 21 (1950) 1344, 101121, 179225 e 307335; *PSI 1449 (Ulp. 32 ad Ed.) e le Testimonianze Ulpiniane* già *Note* em *Studi in Onore di Biondo Biondi I* (Milão, 1965) 269288; *Note Aquiliane* em *Scritti Giuridici a cura di Matteo Marrone I* (Palumbo, 1955), 8185; e «*Damnum Iniuria Datum*» em *Scritti cit. I*, 8185.
- ALBUQUERQUE, Ruy de / ALBUQUERQUE, Martim de, *História do Direito Português I* (Ed. Pedro Ferreira/ Lisboa, 1999).
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das Obrigações* (Almedina / Coimbra, 2001); e *História do Direito Português* (Almedina / Coimbra, 2000).
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Frammenti di Ulpiano, Libro 32 ad Edictum, in una Pergamena di Provenienza Egiziana* no *AG CLIII* (1957) 140-158.
- ARNÒ, Carlo, *Legis Aquiliae Actio Directa Ero Competit* no *BIDR XLII* (1934) 195-218.
- BERNARD, Variétés. *A Propos d'un Article Récent sur le Chapitre 3 de la Loi Aquilia Contenu. Nature de la Réparation* em *RHDFÉ* 16 (1937) 450-460.
- BETTI, Emilio, *De la Interpretación del Derecho* em *SDHI* 32 (1966) 156; *Le Categorie Civilistiche dell'Interpretazione* na *RISG* 2 (1948) 3570; e *Falsa Impostazione della Questione Storica, Dipendente da Erronea Diagnosi Giuridica* em *Studi in Onore di Vincenzo ArangioRuiz IV* (Editore Jovene/Nápoles, 1953) 81-125.
- BIONDI, Biondo, *Arte y Ciencia del Derecho* (Ediciones Ariel/Barcelona, 1953).
- BOVE, Lucio, *Danno (Diritto Romano)* no *NNDI V* (1957) 143-146.
- BURDESE, Alberto, *Note sull'Interpretazione in Diritto Romano* no *BIDR XCI* (1988) 181-207.
- CANNATA, Carlo Augusto, *Il Terzo Capo della «Lex Aquilia»* no *BIDR XLVIII XLIX* (1995/1996) 111146.
- CARRELLI, Odoardo, *La Legittimazione Attiva dell'Actio Legis Aquiliae»* na *RISG IX* (1934) 356420.
- CASTRESENA, Amelia, *Nuevas Lecturas de la Responsabilidad Aquiliana* (Ediciones Universidad Salamanca/ Salamanca, 2001).
- COELHO DA ROCHA, M. A., *Instituições de Direito Civil Portuquez I* 8 (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira /Lisboa, 1917).
- CRIFÒ, Giuliano, *Danno (Storia)* na *ED XI* (1962) 615621.
- CRUZ, Sebastião, *Direito Romano («Ius Romanum»)* I. *Introdução. Fontes* 4 (Ed. do Autor/Coimbra, 1984).

A. Santos Justo

- D'ORS, Alvaro, *Derecho Privado Romano* 9 (Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra, S.A./Pamplona, 1997).
- ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes de Direito* 3 (Fund. C. Gulbenkian/Lisboa, 2000).
- FERRINI, Contardo, *La Legittimazione Attiva nel'«Actio Legis Aquiliae»* na *RISG* XII (1891) 161189.
- GAUDEMET, Jean, *L'Interprétation des Lois et des Actes Juridiques dans le Monde Antique* em *RIDA* 17 (1970) 236.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel J., *Sobre los Verdaderos Limites de la Ficción en Derecho Romano* no *AHDE* 27 (1957) 638.
- GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros (Fund. C. Gulbenkian/Lisboa, 1988).
- IGLESIAS, Juan, *Defensa de los Estudios Romanísticos e Presente y Futuro del Derecho Romano* em *Estudios. Historia de Roma Derecho Romano. Derecho Moderno* (Universidad Complutense de Madrid. Seminario de Derecho Romano. Facultad de Derecho/Madrid, 1985); e *Cultura, Universidad y Derecho Romano en la Encrucijada de Nuestro Tiempo* em *Labeo* 35 (1989) 12.
- IHERING, Rudolph Von, *El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de su Desarrollo*, trad. espanhola de Enrique Príncipe y Satorres (Ed. Comares, S.L. / Granada, 1998).
- KASER, Max, *En Torno al Metodo de los Juristas Romanos* (Valladolid, 1964).
- LA ROSA, Franca, *Il Valore Originario de «Iniuria» nella «Lex Aquilia»* em *Labeo* 44 (1998) 366376.
- LEGAY Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho* (Bosch, Casa Edit S.A./ Barcelona, 1979).
- LENEL, Otto, *Das «Edictum Perpetuum»* (Lípsia, 1927).
- LEVY-BRUHL, H., *Le Deuxième Chapitre de la Loi Aquilia* em *RIDA* V (1958) 507517.
- LOS MOZOS TOYA, José Javier de, *Literatur. Angel Martinez Sarrión, Las Raíces Romanas de la Responsabilidad por Culpa* em *SZ CXXVI* (1996) 543548.
- MASCHI, Carlo Alberto, *Volontà Típica e Volontà Individuale nei Negozi «Mortis Causa»* em *Scritti in Onore di Contardo Ferrini Pubblicati in Occasione della Sua Beatificazione* I (Società Ed. «Vita e Pensiero»/Milão, 1947).
- MELO FREIRE DOS REIS, Pascoal José de, *Instituições de Direito Criminal Português*, trad. do latim pelo Dr. Miguel Pinto de Meneses no *BMJ* 155 (Abril, 1966) tít. VII § VI.
- MERCOGLIANO, Felice, *«Actiones Ficticiae». Tipologie e Datazione. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino* 48 (Jovene Editore/Nápoles, 2001).
- PERRIN, Bernard, *Le Caractère Subjectif de l'Iniuria Aquilienne* em *Studi in Onore di Pietro De Francisci* IV (Dott. Antonino Giuffrè Editore/Milão, 1956) 265284.
- RICCOBONO, Salvatore, *Corso di Diritto Romano. Formazione e Sviluppo del Diritto Romano dalle XII Tavole a Giustiniano. Parte II* (Dott. A. Giuffrè Editore/Milão, 193334); e *La «Volun-*

- tas» nella Prassi Giudiziaria Guidata dei Pontefici em Festschrift Frit Schulz I* (Hermann Böhlaus Nachfolgen/Weimar, 1951), 309.
- RODRÍGUEZ-ENNES, L., *Note e Discussioni. Notas sobre el Elemento Subjectivo del «Edictum de Effusis et Deiectis» em IURA XXXV* (1984) 91-98.
- ROTONDI, Giovanni, *Dalla «Lex Aquilia» all'Art. 1161 Cod. Civ. Ricerche StoricoDogmatiche na RDC XIV* (1916) 942970.
- SANTA-CRUZ TEJEIRO, J., *Influencia de Algunas Disciplinas no Jurídicas en el Derecho Romano no AHDE 2728* (195758) 357372.
- SANTOS JUSTO, *A Crise da Romantística no BFDC LXXII* (1996) 4244; *A «Fictio Iuris» no Direito Romano («Actio Ficticia»)*. *Epoca Clássica I no suplemento do BFDC XXXII* (1988); *Direito Privado Romano I. Parte Geral 2 em Studia Iuridica 50* (2003); *Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações) em Studia Iuridica 76* (2003); *A Vontade e o Negócio Jurídico no Direito Romano. Breve Referência aos Direitos Português e Brasileiro nos Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano. A Autonomia da Vontade e As Condições Gerais do Contrato. De Roma ao Direito Actual* (Fortaleza/ Brasil, 2002) 5993; *Introdução ao Estudo do Direito* (Coimbra Editora/Coimbra, 2003); e *A «Actio Ficticia» e a «Actio Utilis» em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares nos Studia Iuridica 61 ad honorem 1* (2002) 11351138.
- SCHIPANI, Sandro, *Responsabilità «Ex Lege Aquilia». Criteri di Imputazione e Problema della «Culpa»* (G. Giappichelli Editore/Turim, 1969).
- SERRAO, Feliciano, *Interpretazione della Legge (Diritto Romano) em ED XXII* (1972) 244246.
- SOTTY, Richard, *Les Actions Qualifiées d «Utiles» en Droit Classique em Labeo 25* (1979) 139162.
- TALAMANCA, Mario, *Colpa Civile (Storia) na ED VII* (1960) 517533.
- TOMULESCU, C. St., *Les Trois Chapitres de la Lex Aquilia em IURA XXI* (1970) 191196.
- TORRENT, Armando, *Interpretación de la «Voluntas Testatoris» en la Jurisprudencia Republicana: la «Causa Curiana» no AHDE XXXIX* (1969) 175210.
- VALDITARA, Giuseppe, *«Damnum Iniuria Datum» em Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor JoséLuisMurga Gener* (Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A./Madrid, 1994) 825885.
- VALENTINO, Mario, *Dal Danno Aquiliano al Danneggiamento em Labeo 39* (1993) 259265.
- VALIÑO, Emilio, *Acciones Pretorias Complementarias de la Acción Civil de la Ley Aquilia* (Univ. de Navarra/Pamplona, 1973); e *Acciones Utiles* (Pamplona, 1974).
- VONGLIS, B., *La Lettre et l'Esprit de la Loi* (Paris, 1968).
- WARMELO, Paul Van, *Les Actions Autour de la Loi Aquilie em Studi in Onore di Arnaldo Biscardi III* (Istituto Edit. Cisalpino La Goliardica/Milão, 1982) 351361.
- WENGER, Leopold, *Istituzioni di Procedura Civile Romana* (Milão, 1938).

