

*EL ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD EN EL DERECHO  
PRIVADO ROMANO, DE RUDOLPH VON JHERING, COM  
TRADUÇÃO DE JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA*

---

*EL ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD EN EL DERECHO  
PRIVADO ROMANO, BY RUDOLPH VON JHERING,  
TRANSLATION BY JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA*

**THALLES RICARDO ALCIATI VALIM**

Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil por USP e *Université de Lyon*. Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas e Professor de Direito Civil na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG – Ituiutaba).  
thalles.valim@uemg.br

**DADOS BIBLIOGRÁFICOS:** JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideú: B de F, 2013.

Em se tratando do conjunto de obras de Rudolph von Jhering, um dos principais juristas do século XIX, é difícil encontrar um trabalho que já não tenha sido objeto de tradução para o inglês ou uma das línguas românicas, pelo menos. Títulos como *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, *Der Kampf um's Recht*, *Der Zweck im Recht*, entre outros, são amplamente conhecidos fora do mundo germanófono, devido, em parte, às diversas versões para outras línguas.

Há não muito tempo, um opúsculo do Autor recebeu a primeira tradução de que se tem notícia para uma língua neolatina. José Luis Guzmán Dalbora, Catedrático de Direito Penal e de Introdução à Filosofia Jurídica e Moral da Universidade de Valparaíso (Chile), verteu *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* para o castelhano. O tradutor oferta, junto com a sua versão castelhana da obra de Jhering, um estudo preliminar extenso, que procura contextualizá-la no percurso acadêmico do jurista alemão.

Na língua alemã, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* conheceu duas edições. A primeira, de 1867, foi publicada como uma separata em homenagem aos cinquenta anos de docência do decano da Universidade de Giessen, o criminalista

e jusfilósofo Johann Michael Franz Birnbaum<sup>1</sup>. Embora Jhering tenha reconhecido tratar-se de uma “investigação rigorosamente civilista”, há uma evidente conexão do estudo com a doutrina penalista, tema de predileção do homenageado. A importância da obra resenhada, para o Direito Penal, é reconhecida até os dias presentes, pois se atribui a uma passagem sua o primeiro momento em que a antijuridicidade é delineada como um dos elementos estruturantes do ato ilícito<sup>2</sup>. O interesse da doutrina penalista pelo escrito de Jhering também se confirma pela cátedra do tradutor.

A segunda edição da obra apareceu em uma coletânea de textos jurídicos do Autor, intitulada *Vermischte Schriften Juristischen Inhalts* e publicada em 1879<sup>3</sup>. Junto ao texto original, Jhering incluiu um apêndice, no qual reviu parte de suas conclusões. Por essa razão, José Luis Guzmán Dalbora optou por traduzir a edição revista e ampliada.

O fio condutor do estudo de Jhering encontra-se no progressivo abandono do caráter punitivo das *actiones* do Direito privado romano. Nas primeiras páginas, o Autor já ressalta a necessidade de uma análise civilista do conceito de pena, que, segundo ele, é um tema subestimado pelos privatistas<sup>4</sup>. Logo adiante, apresenta aquela que é a principal tese do trabalho: “A história da pena é a de sua ininterrupta extinção”<sup>5</sup>. Para Jhering, essa conclusão não só se aplica ao Direito privado romano, mas tende à universalidade, pois representa “o avanço da Humanidade, a partir da paixão, selvagem e cega, e da sede de vingança; rumo à moderação, ao autocontrole e à justiça”<sup>6</sup>.

1. JHERING, Rudolph von. *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht: eine Festschrift*. Gießen: Emil Roth, 1867.
2. CIAN, Giorgio. *Antigiuridicità e colpevolezza: saggio per una teoria dell'illecito civile*. Padova: CEDAM, 1966, p. 38; WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 73; MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1978, p. 321-322.
3. JHERING, Rudolph von. *Vermischte Schriften Juristischen Inhalts*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1879.
4. “La separación que trazamos hoy entre los Derechos penal y civil, por justificada que esté desde el punto de vista del sistema del Derecho actual, há traído consigo, empero, el inconveniente de que nuestra ciencia no há dedicado al concepto de la pena dentro del Derecho civil la atención que le corresponde”, JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Tradução José Luis Guzmán Dalbora. Montevideú: B de F, 2013, p. 57.
5. “La historia de la pena es la de sua ininterrumpida extinción”, JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Tradução José Luis Guzmán Dalbora. Montevideú: B de F, 2013, p. 58.
6. “El avance de la humanidad desde la pasión salvaje, ciega y la sed de venganza, hacia la moderación, el autodomínio, la justicia”, JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Tradução José Luis Guzmán Dalbora. Montevideú: B de F, 2013, p. 58.

Jhering estima que a fase da “paixão cega” e da “sede de vingança” não teria permitido aos romanos, na época primitiva, apartar a antijuridicidade, que ele chama de “injusto objetivo”, da culpabilidade, o “injusto subjetivo”. Essa distinção só se tornaria possível, ainda de acordo com o Autor, quando o Direito privado romano deixasse de se concentrar na vítima do ato ilícito, bem como nos efeitos por este causados, e passasse a se preocupar com o agente do ato ilícito e, por conseguinte, com os elementos desse último. Nesse momento, Jhering apresenta uma metáfora bastante didática, comparando o Direito privado romano primitivo a uma criança que, golpeada por uma pedra, reage instintivamente, ao sentir a dor, golpeando o objeto que a atingiu: “Assim como a criança golpeia a pedra em que tropeçou, (...) sob a primeira sensação de dor, experimenta instintivamente um arranque de indignação e amargura contra a causa inocente daquela, (...) também o sentimento jurídico do homem primitivo está completamente sob o jugo da dor”<sup>7</sup>.

De acordo com Jhering, o elemento de culpabilidade passa a ser depurado, no Período Clássico do Direito privado romano, mediante conceitos como os de *mala fides*, *dolus*, *culpa* e *mora*<sup>8</sup>. Especificamente no que diz respeito à *mala fides*, surge o exemplo apontado pelos penalistas como a primeira semente para a tripartição do ato ilícito, mediante o delineamento da antijuridicidade. Jhering busca explicar a distinção de tratamento para os possuidores de boa e má-fé. Há uma sanção contra ambos, o que o leva a concluir que a situação ocupada pelo possuidor de boa-fé não é justa. Todavia, não se equipara à daquele que possui objeto alheio de má-fé, pois as reações jurídicas são diversas. Isso seria justificado, precisamente, pelo fato de a situação de posse de boa-fé consistir, apenas, em um “injusto objetivo”, no qual, ausente o elemento da culpabilidade, haveria apenas a preocupação de se eliminar a contrariedade ao Direito. A reação seria, destarte, a de desconstituição do ato ilícito. Por outro lado, a posse de má-fé indicaria a presença da culpabilidade, razão pela qual, sendo um “injusto subjetivo”, representaria “uma *ofensa jurídica*, isto é, a lesão consciente e deliberada ao nosso direito”<sup>9</sup>. Essa “ofensa jurídica” justificaria uma

7. “Así como el niño golpea la piedra com que tropezó, y el mismo adulto, bajo la primera sensación de dolor, experimenta instintivamente un arranque de indignación y encono hacia la causa inocente de éste – arranque que en los individuos incultos e irascibles desemboca con gran facilidad en vías de hecho –, así también el sentimiento jurídico del hombre primitivo está completamente bajo el predominio del dolor”, cf. JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Tradução José Luis Guzmán Dalbora. Montevideu: B de F, 2013, p. 65.

8. JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Tradução José Luis Guzmán Dalbora. Montevideu: B de F, 2013, p. 82.

9. “En otras palabras, el elemento de la inculpación subjetiva no es cosa esencial para esta pretensión, la que tiene como objeto nada más que la ilicitud de un *estado objetivo* en la persona

resposta mais severa do ordenamento, mediante a reparação de todos os efeitos jurídicos decorrentes do ato ilícito<sup>10</sup>.

Encaminhando-se para o fim de sua exposição, Jhering sistematiza três características que, para ele, indicam o aperfeiçoamento do elemento da culpabilidade pelo Direito privado romano: (i) a culpa como pressuposto da obrigação de indenizar; (ii) a gradação da culpabilidade; e (iii) a proporção entre culpa e sanção jurídica<sup>11</sup>.

A primeira característica indica a superação do que Jhering chama “causalidade externa”, que se contentaria apenas com os efeitos observados externamente, sem conseguir distinguir o *actus* do *casus*. Em seu lugar, adota-se a “causalidade interna”, pela qual a obrigação de indenizar surge “não do agir exterior, mas da *ação*, isso é, da causalidade do feito pela vontade humana, e tampouco da ação em si mesma, mas apenas quando puder ser atribuída uma reprovação à vontade”<sup>12</sup>. A conexão entre

---

del demandado. En cambio, la demanda contra el ladrón se basa esencialmente en el reproche de una *ofensa jurídica*, esto es, la lesión consciente y deliberada de nuestro derecho; el elemento de la inculpación subjetiva le es indispensable, pues no existe hurto alguno sin intención”, cf. JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Tradução José Luis Guzmán Dalbora. Montevidéo: B de F, 2013, p. 59.

10. “El motivo determinante de ella lo hemos encontrado, hasta este punto, en el elemento de la *culpabilidad*; lo injusto objetivo es una lesión jurídica culpable, lo injusto objetivo, una lesión jurídica inculpable. A esta diferencia em los *presupuestos* de uno y otro se enlaza, naturalmente, la siguiente oposición em sus *efectos*. La consecuencia natural de toda lesión culpable de un derecho ajeno es la obligación de suprimir las secuelas nocivas del hecho, o sea, la reparación de los perjuicios, independientemente de si y cómo el culpable se enriqueció o no com aquél. En cambio, la consecuencia de la lesión jurídica inculpable, conforme a la idea de la justicia, sólo puede consistir em la supresión del estado objetivamente ilícito; por consiguiente, aqui existe una pretensión em tanto em cuanto se dé aquel estado”, cf. JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Tradução José Luis Guzmán Dalbora. Montevidéo: B de F, 2013, p. 62.
11. “Hay tres puntos de vista a los que me permito reducir lo característico y significativo de la teoría de los juristas romanos, a saber:
  - 1) El cumplimiento riguroso de la proposición de que únicamente la inculpación, no el daño em cuanto tal, fundamenta la responsabilidad por el hecho y, por tanto, el deber de indemnizar.
  - 2) La distinción de las diversas clases y orientaciones de la culpabilidad.
  - 3) El equilibrio entre inculpación y pena”, cf. JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Tradução José Luis Guzmán Dalbora. Montevidéo: B de F, 2013, p. 105.
12. “Para la cuestión de la indemnización de perjuicios esto consistió em imponer ante el criterio de la *causalidad externa del hecho*, el de la *causalidad interna* de la inculpación. Para la nuda mirada es autor y, por consiguiente, responsable de su hecho, aquel que lo efectuó exteriormente; según la doctrina de los juristas romanos, es aquel a cuya culpabilidad el hecho puede ser atribuido. Obliga, no el obrar exterior, sino la *acción*, esto es, la causalidad del hecho em

causalidade e culpabilidade, estabelecida por Jhering, além de, por si só, ser relevante para a compreensão dos pressupostos do ato ilícito, põe às claras o caráter eminentemente jurídico do juízo de causalidade.

No que concerne à segunda característica, conquanto outros conceitos jurídicos sejam expressão da culpabilidade (e.g. má-fé, dolo e mora), a gradação ocorreu através da culpa, que, para Jhering, era um conceito mais maleável do que os demais. Assim, surgiram noções tais como *culpa in faciendo* e *in non faciendo*; *culpa lata*, *culpa levis* e *diligentia in quam suis*. No âmbito da responsabilidade contratual, a gradação da culpa teria sido empregada na aplicação do interesse contratual como fundamento para a distinção de regime entre os contratos gratuitos e onerosos. Isso significaria que “quem ganha ou pretende obter lucro, deve ter cuidado”<sup>13</sup>. Nessa hipótese, exigir-se-ia um grau elevado de diligência, razão pela qual, nos contratos gratuitos, apenas quem recebeu a vantagem responderia por *culpa levis*, enquanto, nos onerosos, ambas as partes teriam o mesmo grau de responsabilidade. Semelhante regra ainda pode ser encontrada no Direito contemporâneo, estando presente no art. 392 do Código Civil brasileiro<sup>14</sup>.

Finalmente, a terceira característica é extraída por Jhering, sobretudo, de um fragmento do Digesto que distingue acerca das despesas a serem ressarcidas pelo alienante ao alienatário evicto, conforme aquele soubesse, ou não, que a coisa era alheia<sup>15</sup>. Para Jhering, o exemplo seria evidência de que “o dolo obriga, por si só, pela

---

la voluntad humana, y tampoco la acción sin más, sino sólo cuando puede ser achada como reproche a la voluntad. Sin este presupuesto, el daño se somete al mismo criterio del causado al hombre por el granizo; es un suceso natural, cuyas secuelas perjudiciales há de soportar el afectado por ellas; en el lenguaje jurídico, un *casus*”, cf. JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Tradução José Luis Guzmán Dalbora. Montevideu: B de F, 2013, p. 106.

13. “Este punto, empero, es el pensamiento de que quien gana o pretende salir ganancioso, debe tener cuidado. La base del negocio condiciona también el cuidado del comerciante (“*diligens paterfamilias*”). De ahí que em todos los contratos onerosos ambas partes responden de *culpa levis*, y sólo en los que entre ellos fundamentan o presuponen cierta próxima relación personal, como la sociedad o la dote, la *culpa levis* se reduce a *diligentia quam in suis rebus*. Por el contrario, en las relaciones a título gratuito resulta tan natural que quien recibe la complacencia, por tanto, quien gana, responda de *culpa levis*, como que el que presta el favor y, por tanto, hace el sacrificio, salga meramente fiador de la *culpa lata*”, cf. JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Tradução José Luis Guzmán Dalbora. Montevideu: B de F, 2013, p. 122.
14. Código Civil, art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.
15. D. 19, 1, 45, 1. PAULUS *libro V Quaestionum*. Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit: nam quia possim

indenização total dos prejuízos; a culpa, apenas dentro de *certos limites*<sup>16</sup>. É interessante notar que essa linha de argumentação já havia sido apresentada por Pothier, no século anterior, em análise do célebre caso das vacas pestilentas<sup>17</sup>. O fundamento apontado por ambos acabou fundando a regra presente no art. 443 do Código Civil, que trata distintamente da responsabilidade do alienante pelo vício redibitório, a depender do conhecimento, ou não, daquele em relação aos vícios redibitórios<sup>18</sup>.

Os breves paralelos, ora traçados, entre os exemplos tratados na obra resenhada e as regras presentes no Direito brasileiro contemporâneo demonstram o permanente interesse nos estudos de Direito romano e, particularmente, na bibliografia de Rudolph von Jhering. Decorrido um século e meio desde a sua primeira edição, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* continua sendo uma obra atual e indispensável para se compreender não só o Direito Privado, mas também o Direito Penal. Questões como a da antijuridicidade, enquanto elemento componente do ato ilícito, voltam a atrair a atenção da doutrina civilística<sup>19</sup>.

A atualidade da obra pode ser sentida até mesmo no seu apêndice, incluído por Jhering na segunda edição, quando, surpreendentemente, o Autor desautorizou grande parte de sua tese e, diante do contexto em que escrevia, passou a entender ser necessária a retomada das penas civis. Em certa medida, essa mudança faz parte da “conversão” maior pela qual Jhering passou em sua carreira acadêmica, afastando-se progressivamente da Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*):

---

petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat. quod et in servo dicendum est, si in servitutum, non in libertatem evinceretur, ut dominus mercedes et impensas praestare debeat. quod si emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto habebit actionem. in omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet.

16. “sino que la medida de la culpabilidad determina la de la *responsabilidad*: el dolo obliga sin más la indemnización total de los perjuicios; la culpa, sólo dentro de *ciertos limites*”, cf. JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Tradução José Luis Guzmán Dalbora. Montevideu: B de F, 2013, p. 125.
17. «Les principes que nous avons établis jusqu'à présent n'ont pas lieu, lorsque c'est le dol de mon débiteur qui a donné lieu à mes dommages et intérêts; en ce cas le débiteur est tenu indistinctement de tous les dommages et intérêts que j'ai soufferts, auxquels son dol a donné lieu», cf. POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*. Paris: Debure, 1764, t. 1, p. 190.
18. Código Civil, art. 443. Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato.
19. A título de exemplo, dentre outros, cf. SILVA, Rafael Peteffi da. Antijuridicidade na Responsabilidade Civil extracontratual: problemas terminológicos e amplitude conceitual. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (coord.). *Responsabilidade Civil: novas tendências*. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 257-274.

“Acerca do deslocamento constatado, do princípio penal em prol do princípio da indenização dos danos no campo do Direito Privado, hoje sou de outra opinião do que outrora e, em meu *A luta pelo Direito*, 5. ed., Viena, pp. 72-78, já havia expressado a mudança em meu entendimento avançando em favor do reavivamento da pena privada naqueles casos em que os pressupostos necessários estejam presentes. A indisciplina de nossa época, no comércio e na indústria, tem, em grande medida, sua raiz nos poucos riscos jurídico-privados da improbidade, ou, por que não dizer, da trapaça. (...) Confesso-me partidário da teoria de intimidação também no Direito Civil, e não desejaria nada mais do que viver o bastante para ver a nossa Justiça civil, hoje complemente sob o símbolo da balança, dar um giro em direção ao símbolo da espada e, ao invés de ponderar, finalmente golpear onde se deve”<sup>20</sup>.

Para além de toda a discussão acerca do caráter punitivo da Responsabilidade Civil e da possibilidade (ou não) de adoção dos chamados *punitive damages* nos países de *Civil Law*<sup>21</sup>, a passagem citada é um belo exemplo de honestidade intelectual, vindo de um jurista que não se acanhava em apontar o que considerava erros seus. Por essa razão, concordando-se ou não com as teses sustentadas por Jhering, a obra já merece a nossa recomendação.

- 
20. “Sobre el desplazamiento constatado allí del principio penal por el principio de la indemnización de perjuicios en el campo del Derecho privado, ahora soy de otra opinión que entonces, y en mi *Lucha por el Derecho*, 5ª ed., Viena, pp. 72-78, ya he expresado el cambio en mi convicción y roto una lanza en pro de la reanudación de la pena privada en aquellos casos en que se dan los presupuestos para ello. La indisciplina de nuestra época en el comercio y la industria tiene en gran parte su raíz en los pocos riesgos jurídico-privados de la improbidad, por no decir de la trapacería. (...) Me confieso partidario de la teoría de la intimidación también en el Derecho civil, y nada desearía más que vivir lo bastante como para ver que nuestra Justicia civil, hoy completamente bajo el símbolo de la balanza, hace un giro hacia el símbolo de la espada y, en vez de ponderar, da por fin un golpe allí donde hace falta”, JHERING, Rudolph von. *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Tradução José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo: B de F, 2013, p. 152-153.
21. Trata-se de outro exemplo de questão bastante atual e que provocou o surgimento de estudos recentes, tais como: HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; PIZZOL, Ricardo dal. *Responsabilidade Civil: funções punitiva e preventiva*. Indaiatuba: Foco, 2020.

---

VALIM, Thalles Ricardo Alciati. *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*, de Rudolph von Jhering, com tradução de José Luis Guzmán Dalbora. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 30, ano 9, p. 467-473. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2022.