

A DOCTRINA DA TRIPARTIÇÃO DA CULPA: UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA

A CONTEMPORARY OVERVIEW OF THE THREE FAULT-BASED DOCTRINE

BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ

Professor de Direito Civil do Programa de Pós-Graduação e do Curso de Direito do Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7 (Fortaleza, Ceará). Juiz Federal do Tribunal Regional da 5ª Região. Doutor em Direito Civil – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.
brunolccarra@gmail.com

Recebido em: 14.06.2017
Aprovado em: 08.08.2017

ÁREAS DO DIREITO: Civil; Fundamentos do Direito

RESUMO: O presente artigo tem por objeto a tradicional doutrina da tripartição da culpa. Realiza-se, inicialmente, uma análise de sua evolução histórica a partir do Direito Romano, onde estão suas origens e, posteriormente, seu desenvolvimento sistemático durante a Idade Média. Em seguida, apresenta-se o movimento de declínio da doutrina ocorrida com o racionalismo jurídico. Várias foram as críticas formuladas sobre sua funcionalidade até que ela fosse finalmente desconstruída e, em seu lugar, surgisse um conceito unitário e abstrato de culpa. Por fim, procura-se demonstrar que, nada obstante o discurso de negação da existência de graus de culpa, é mais aparente que real, na medida em que vários ordenamentos jurídicos, embora predicando um critério uniforme para conceituá-la, admitem regras de atenuação que, sob um enfoque moderno, ainda permitiriam a conclusão que, na prática, ainda se realizam nivelamentos sobre a culpa a fim de promover a Justiça de forma adequada.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil – Doutrina da gradação da culpa – Direito Romano e Medieval – Racionalismo jurídico – Culpa em concreto e abstrato – Direito comparado – Estimação variada da culpa.

ABSTRACT: The present article has as its object the traditional doctrine of the three fault-based doctrine. An analysis of its historical evolution is made initially from the Roman Law where lies its origins and, later, its systematic development on Middle Age. Next, is presented the movement of decline of the doctrine, which occurred during the so-called legal rationalism. Several were the arguments carried out against it until it was finally deconstructed and in its place a single, abstract concept of fault emerged. Finally, it is tried to set forth that the standard discourse that denies the existence of degrees of fault is more apparent than real, since a variety of legal systems, despite preaching a uniform criterion to define it admits mitigation rules which, under a modern approach, allows the conclusion that, in practice, fault leveling is still performed in order to promote Justice properly.

KEYWORDS: Tort Law and Law of Obligations – Three Base Fault Doctrine – Roman and Middle Age Law – Legal Rationalism – Fault *in concreto* and *in abstracto* – Comparative Law – Wilde Estimation of Fault.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do Direito Romano a Pothier: as várias formas de culpa. 3. O triunfo da tese unitária: a culpa sob uma concepção monolítica. 4. A França modela um novo paradigma: a culpa *in abstracto*. 5. Uma doutrina esquecida no direito contemporâneo?. 5.1. O Código Suíço das Obrigações de 1911. 5.2. O Código Civil português. 5.3. O Código Civil do Chile e os Códigos Civil e Comercial da Argentina. 5.4. A *Common Law*. 6. A posição do Direito brasileiro. 7. Conclusões. 8. Referências.

Yo soy yo y mi circunstancia y si no la salvo a ella no me salvo yo.
Ortega y Gasset

1. INTRODUÇÃO

A doutrina da tripartição da culpa tem origem remota no antigo critério da *utilitas contrahentium*, entabulado pelo Direito Romano em sua fase clássica. Por meio dele, como bem se sabe, os *prudentes* passaram a racionalizar aquilo que a prática já o recomendava nos juízos diários: a necessidade de se realizar uma gradação, um ponderamento relativamente à fixação das responsabilidades que eram imputadas a alguém. A *regula* tinha conformação simples, predicando apenas que a medição da responsabilidade do devedor seria calculada de forma proporcional à vantagem que para ele deriva do negócio.¹ Bem entendido, fórmula simples na estrutura, porém de extrema densidade em seu conteúdo.

Consoante afirma-se atualmente, três poderiam ser as possibilidades lógicas dela extraídas: a) se a obrigação fosse contraída no interesse exclusivo do credor, o devedor responderia apenas por inadimplemento doloso; se ao contrário, b) fosse realizada no interesse único do devedor, o devedor deveria responder, seja por dolo, seja por culpa ou mesmo por *custódia*; porém, c) quando o contrato fosse sinalagmático, ou seja, no interesse de ambas as partes, então ambos responderiam por dolo ou culpa.²

Com a noção de *utilitas*, permitiu-se a admissão da existência de nuances de responsabilidade que, em definitivo, reafirmavam o próprio compromisso do Direito Romano com a verificação analítica das coisas de modo a dar a cada um o

1. BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of roman law*. Clark: The Lawbook Exchange, 2008. p. 419.
2. VERONESE, Benedetta. *L'utilitas contrahentum nei contratti reali gratutti in diritto romano classico: um modello di responsabilità*. 138 f. Tese (Doutorado em Direito) – Università degli Studi de Padova, Padova, [s. d.]. p. 7. (Disponível em: [http://paduaresearch.cab.unipd.it/4367/1/Tesi_PDF_unita.pdf]. Acesso em: 19.03.2016).

que fora seu. Mercê dessa constante preocupação, as fontes romanas valiam-se das conhecidas expressões *culpa lata*, *culpa latior*, *magna culpa*, *culpa levis* e, segundo os melhores estudiosos, por uma única vez, a *culpa levissima*.

A partir daí, os juristas de Medievo adaptaram o antigo critério para as necessidades de um novo período histórico e inspirados por um maior espírito sistematizador. Dos estratificados comentários de Bartolo de Saxoferrato à *Lex quod Nerva* até os *Commentaria de iure civili* de Hugues Doneau, passando pelas Leis das Sete Partidas, inúmeras foram as narrativas e textos normativos que confirmam a afirmação acima.³

Tinha início, assim, a doutrina da tripartição da culpa, que, indo além da distinção entre esta e o dolo, entabulou a possibilidade de se matizar a ideia mesma de culpa, estabelecendo, por meio disso, diferentes consequências jurídicas para cada uma delas.⁴ Desse modo, o espírito da *utilitas contrahentium* permaneceu vivo na tradição jurídica europeia, embora com adaptações ulteriores. Iniciada por Bartolo, veio a constituir-se, por muitos séculos, como um dos eixos fundamentais da Responsabilidade Civil até o movimento da codificação.

O presente estudo, tomando por base as origens históricas e a estrutura da doutrina da tripartição da culpa, destina-se a tentar melhor compreender as razões para sua *débâcle* ao final do Século XVIII e indagar se o Direito Civil contemporâneo, a despeito das rotineiras afirmações que são feitas, ainda admitiria sob suas regras a vetusta, porém talvez necessária, estimação de níveis de culpa.

2. DO DIREITO ROMANO A POTHIER: AS VÁRIAS FORMAS DE CULPA

Desde sua época clássica, o Direito Romano tributou à *culpa* o critério base de imputação de responsabilidade para os ilícitos civis, embora se saiba que ela não era a única conhecida forma de imputação por eles utilizada.⁵ O gênio dos juristas

3. SANTUCCI. *Diritto romano e diritti europei*. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche. Bologna: Il Mulino, 2010. p. 63.

4. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Responsabilità contrattuale in diritto romano*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1958. p. 250.

5. “È opinione prevalente, anche se oramai contestata, che il diritto romano, nei suoi tempi migliori, abbia conosciuto e applicato estesamente un principio di responsabilità oggettiva; mentre a tempi tardi (e non necessariamente a Giustiniano) sarabbe dovuta l’ammissione generale della responsabilità per colpa che domina nel CC.” (VOCI, Pasquale. “Diligentia”, “custodia”, “culpa” i dati fondamentali. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*. Roma, v. LVI, p. 29. 1990). Nada obstante, Pasquale Voci é, ele próprio, um crítico dessa posição e o trabalho citado destina-se justamente a combatê-la. Ainda assim, em suas conclusões finais é dito que, se bem seja a culpa o critério de imputação por

percebeu, conseqüentemente, que a imensidão das relações jurídicas, em suas mais variadas peculiaridades, estaria a exigir uma nítida graduação de sua aplicação para ajustar (tornar justa!) a sanção a ser imposta a cada uma dessas tantas hipóteses.

Assim, enquanto para determinados assuntos era exigido tão somente um nível de culpabilidade extrema, para outros, o mínimo deslize já era suficiente para ensejar a responsabilidade do devedor (*culpa levis*). As fontes clássicas aludiam a variedades de culpa, as quais, entretanto, foram classificadas e sistematizadas no período pós-clássico.⁶ Assim, temos inúmeras formas de culpa, como por exemplo: *lata*, *levis*, *levissima*, além de critérios que poderiam, conforme a situação concretamente apresentada, agravar a maneira pela qual se daria a imputabilidade, como no caso da *diligentia quam in suis*.⁷

Com José Carlos Moreira Alves, pode-se afirmar que, na *culpa levissima* “o devedor, para não incorrer nela, necessita de agir com cuidado metuculoso, ou de prever fatos somente previsíveis por indivíduos muito atilados.”⁸ A referência mais famosa à *culpa levissima*, provavelmente, é aquela referida por Ulpiano segundo a qual “*in Lege Aquilia et levissima culpa venit*” (D. 9.2.44). Ou seja, uma negligência mínima seria suficiente para caracterizar a falta. A doutrina é praticamente unânime em informar, todavia, que se trata de um fragmento isolado e bastante suspeito de interpolação, cabendo a distinção entre os graus de culpa entre *lata*, *levis* e *levissima*, de fato, aos glosadores.⁹

No primeiro caso, ou seja, no tocante à *culpa lata*, ela é equiparável ao dolo: *culpa lata dolo comparabitur* (D. 11, 6, 1, 1), por ser tão vergonhosa quanto esse, nas não menos conhecidas palavras de Windscheid. É a negligência extrema a que alude o Digesto (D. 50, 16, 213, 2): *culpa lata* é a mínima diligência, *id est, non*

excelência, no Direito Romano, outros, excepcionalmente, existiriam, o que basta para os fins por nós pretendidos.

6. SANFILIPPO, Cesare. *Istituzioni di diritto romano*. 10. ed. Soveria Mammeli: Rubbertino, 2002. p. 111.
7. Sobre a *diligentia quam in suis* escrevem Maria Vital da Rocha e Eliza Cristina Gonçalves Dias: “Através do critério da *diligentia quam suis*, pretendia-se que o devedor, na posse e na administração de coisa alheia, cuidasse dessa coisa como cuidava dos seus próprios negócios. Ou seja, com muita diligência. (...) Entretanto, a *diligentia quam suis* não era uma diligência abstrata, um simples dever geral de cuidado, mas sim uma diligência concreta, por meio da qual o próprio agente causador do dano era o parâmetro para verificar o grau de culpa.” (ROCHA, Maria Vital da; DIAS, Eliza Cristina Gonçalves. O critério da *diligentia quam in suis* no direito romano e no Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 6, ano 3. jan.-mar. 2016. p. 77).
8. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Curso de direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1. p. 406.
9. LA TORRE, Antonio. *Cinquant’anni col Diritto*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 244.

intelligere quod omnes intelligunt. Ou, ainda, a culpa aqui decorre de uma falta tão elementar, conhecida por todos, que vai equiparada ao ato deliberado de má-fé.

Ensina Arangio Ruiz que a *culpa lata*, também conhecida como *magna negligência*, decorreu de uma equiparação tardia, ou seja, não clássica. Segundo o consagrado romanista, a quem se traduz livremente, ela:

Responde ao invés aos critérios bizantinos de uniformidade e mais ainda às tendências moralistas das quais sua obra é permeada, o colocar um conceito de dolo no qual todos os casos fossem igualmente odiosos, igualmente redutível à intrínseca e perversa vontade de cometer um ilícito: para chegar a isso era necessário repelir na culpa de qualquer comportamento que não trouxesse assinalado com a mesma energia o estigma de fazer o mal.¹⁰

Diferentemente da *culpa lata*, a *culpa levis* encarna a noção mesma de negligência, que coincide com a própria ideia de culpa, o que levou, por exemplo, Cesare Sanfilippo a dizer com simplicidade que: “a culpa ao invés se diz *levis* quando a negligência não é de particular gravidade.”¹¹ A culpa *levis* representa a noção geral de culpa, a saber, o não respeito à *diligentia* com a qual deveria proceder o obrigado para evitar o não cumprimento de sua obrigação, seja ela contratual ou extracontratual. A culpa *levis*, deste modo, tomaria por base o grau de diligência habitual do devedor para esta ou aquela situação.¹²

O problema, entretanto, é que as fontes se referem a duas possibilidades de se inferir a culpa *levis*: uma em concreto e outra em abstrato. Com efeito, em certas situações, a culpa era apreciada sob um *standard* de conduta que era construído a partir de uma visão ideal do que era esperado de alguém, vale dizer, a clássica noção do *bonus pater familias*. Já em outras ocasiões, ela era firmada com referência à diligência que ele tivesse em seus próprios negócios: *diligentia quam in suis rebus adhibere solet*, o que, por serem seus, e não de terceiros, admitiriam uma avaliação mais lassa.

Como diz Serpa Lopes: “embora sem ter tido os cuidados de um bom pai de família, contudo estava escusado se entregou nos negócios alheios os mesmos

10. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Op. cit., p. 256.

11. SANFILIPPO, Cesare. Op. cit., p. 111.

12. José Carlos Moreira Alves, a exemplo de outros tantos autores, assim se manifesta no tocante ao assunto: “culpa levis: que pode ser *in abstracto* (quando o devedor não se utiliza da diligência do *bonus pater familias* – tipo médio de *pater familias*), ou *in concreto* (quando para se apurar se o devedor agiu com culpa em sentido restrito, se confronta sua atuação não com um tipo abstrato como o *bonus pater familias*, mas sim com a atitude que o próprio devedor toma em relação às suas coisas ou aos seus interesses.” (MOREIRA ALVES, José Carlos. Op. cit., p. 406).

cuidados habitualmente dispensados aos seus próprios negócios.”¹³ A *culpa in abstracto*, portanto, relaciona-se a um nível ideal de responsabilidade, a ser inferida a partir do que se esperava do homem médio enquanto que a *culpa in concreto* apreciada de acordo com cada caso, com cada situação especificamente trazida à consideração do juiz.

Em relação à culpa levíssima, apenas em uma única oportunidade as fontes romanas a mencionam. Nesse sentido, famoso é o fragmento no qual o jurista Ulpiano declara que no âmbito da responsabilidade extracontratual tem relevância até mesmo a *culpa levissima: in lege aquilia et levissima culpa venit* (Ulp. 42 *ad Sab.*, D. 9, 2, 44 pr.). A questão da culpa levíssima mereceria particularmente um maior aprofundamento da civilística moderna, visto que se costuma apenas mencioná-la sem, ao mais das vezes, que se faça um estudo contextual do fragmento em questão.

Por conta disso, há aqueles que defendem, ainda, que isolada sua menção do Digesto, que o trecho permite uma autorização genérica para a adoção moderna da *culpa in abstracto*, pois a mínima falha de uma especialmente diligente pessoa já ensejaria sua responsabilidade pelo menos em matéria extracontratual. De outro, aqueles que dizem que a *culpa levisima* não poderia ser considerada como um fator de imputação nem mesmo no Direito Romano, sendo, por sinal, “totalmente estranha” a ela.¹⁴

Talvez haja alguma dose de razão na última corrente. Isso porque, só na fase pós-clássica do Direito Romano é que a *Lex Aquilia* passou a constituir-se como um padrão genérico da conduta. Até então, existiam apenas formas típicas de conduta com as correspondentes sanções. A própria Lei Aquilia correspondia apenas a um número limitado de delitos. Só por força de uma demorada evolução interpretativa de seus conceitos é que ela chegou a fornecer a base que hoje chamamos de responsabilidade extracontratual.¹⁵ Isso permitiria concluir que, inicialmente, pelo menos, a *culpa levissima* a ela associada, de fato, não seria propriamente uma *regula* presente nas fontes como padrão geral de conduta.

Mercê do relato das fontes, é possível inferir que o espírito acurado dos juristas romanos enxergava não uma, e sim várias formas de culpabilidade, sem falar que em muitos delitos sequer se cogitava dela para punir o agressor.¹⁶ Nada obstante, elas tinham uma apresentação dispersa, vale dizer, não sistemática. Coube aos glossadores, como já mencionado, o efetivo agrupamento delas sob uma conformação

13. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. Atual. por José Serpa Santa Maria. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2. p. 345.

14. SERPA LOPES, Miguel Maria. Op. cit., p. 345.

15. Sobre o assunto: VALDITARA, Giuseppe. *Damnun iniuria datum*. Turim: Giappichelli, 2005. Passim.

16. VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2008. p. 11.

lógica, quando então se transformaram efetivamente em doutrina da tripartição ou graduação da culpa. Acúrcio, Alciat, Cujas, Heinécio foram alguns dos grandes nomes que dela trataram ao longo da História do Direito Ocidental. Longa tradição essa que teve em Pothier seu último grande cultor.

No comentário constante do § 1º ao art. I do Capítulo II da Parte Primeira de seu *Tratado das obrigações*, ele faz expressa referência ao critério de utilidade e como ele impacta na medição da culpa de cada um dos contratantes. Assim, diz Pothier que quando o contrato concerne unicamente à própria utilidade daquele a quem a coisa deve ser dada ou restituída, o devedor que é obrigado a dar ou restituir não é obrigado a colocar mais que sua boa-fé em sua conservação. Desse modo, é responsável apenas por *uma culpa tão grande que por força de enormidade se repute que agiu com dolo (tenetur duntaxat de lata culpa et dolo proxima)*.¹⁷

Sempre tomando por base o critério de *utilitas*, Pothier enuncia cada uma das três formas de culpa: a *lata*, consistente em não se aportar nos negócios dos outros os cuidados mais básicos, mais elementares que até os mais “estúpidos” costumam fazer; a *levis*, consistente em não se valer da diligência que as pessoas em geral comumente empregam neles e; *levissima*, presente quando não se verifica aquele cuidado próprio que as pessoas mais atentas usam nos seus negócios.¹⁸ Em seguida, o célebre jurista francês enuncia exatamente a correspondência entre cada uma delas e o grau de vantagens que alguém poderia inferir de uma relação negocial, esclarecendo que uma deriva diretamente da outra.

Contudo, chegado o racionalismo jurídico, a doutrina da tripartição da culpa veio a ser diretamente contestada, até finalmente ruir. Dois foram fundamentais para seu ocaso: Christian Gottlob Kreß e M. Le Brun.¹⁹ Far-se-á uma rápida exposição de seus argumentos e o que ocorreu posteriormente a seguir.

3. O TRIUNFO DA TESE UNITÁRIA: A CULPA SOB UMA CONCEPÇÃO MONOLÍTICA

Ao que parece, o primeiro grande arrazoado contrário à doutrina da graduação da culpa surge no ano de 1705, em uma tese perante a Universidade do Halle,

17. POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Trad. Guillermo Cabanellas de Torres. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2007. p. 78-79.

18. POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., p. 527.

19. Serpa Lopes dirá, de forma contrária, que a obra fundamental para a derrocada da teoria da tripartição da culpa foi o estudo de Johann Christian Hasse sobre o assunto: *Die Culpa des römischen Rechts: eine civilistische Abhandlung*. (Cf. SERPA LOPES, Miguel Maria. Op. cit., p. 345). É forçoso considerar, todavia, que os fundamentos necessários para a superação da doutrina da tripartição da culpa já haviam sido formulados por Kreiß e Le Brun nos trabalhos ora referidos.

defendida por Christian Gottlob Krefß. Seu sugestivo título já bem sinalizava o objetivo do autor: *De usu pratico doctrinae difficillimae juris romani de culparum praestatione in contractibus*. O argumento fundamental negava a própria autenticidade ao critério de *utilitas* ao dizer que sua extensão a grau de princípio foi feita por Africano e sem qualquer maior representatividade para os próprios juristas romanos.

Além disso, dizia Krefß, a análise da casuística romana revelaria intermináveis contradições sobre os graus de culpa, o que demonstraria a ausência de sistematicidade e racionalidade da doutrina. Por outro lado, a citada passagem do Digesto sobre a *culpa aquiliana* tornaria desnecessária qualquer análise sobre qualquer outra forma de culpa. Se ela era levíssima, tornando reprovável o mínimo descuido, não adiantava perquirir de outras formas de culpa.²⁰

Não haveria, assim, base jurídica no Direito Romano que permitisse uma graduação, na medida em que sua própria razão de ser estaria comprometida. Do mesmo modo, Le Brun, meio século depois, anotava que a doutrina não apenas tinha pouco efeito prático como era visivelmente assistemática, devendo ser substituída por outra mais racional e mais própria daquilo que era efetivamente praticado pelo Direito Romano.

Le Brun, do mesmo modo que Krefß, dizia que não estava suficientemente comprovado que os jurisconsultos romanos de fato fizessem uso da doutrina que se costuma lhes atribuir. Citando Ulpiano na célebre passagem *contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt; quidam et dolum et culpam*, Le Brun constatava que não se aludia mais que a duas formas de culpa, sendo a culpa grave já equiparada ao dolo. Assim, a culpa leve seria apenas a culpa: “*La faute se mesure sur la diligence par excellence, l’unique diligence qui soit proposée pour modèle à ceux qui sont chargés des intérêts purement d’autrui.*”²¹

Laureta Maganzani, em alentado artigo onde se aborda a temática, descreve que também aqui se operou uma “radical revisitação das fontes à luz da razão”, o que forneceria os instrumentos conceituais necessários para a superação definitiva da doutrina da tripartição da culpa. Com relação ao contrato de depósito, por exemplo, é lembrado ensinamento de Punferdorf, para quem:

Alla tradizionale limitazione della responsabilità del depositario al dolo e alla colpa lata, opponeva l’idea che soltanto una diligenza in astratto, potesse

20. SANTUCCI, Gianni. *Diritto...cit.*, p. 68-70. No ponto, entretanto, é forçoso considerar que o argumento encontra-se na contramão do que falamos antes, a saber, de que inexistia um só padrão de culpabilidade para as várias formas de delito no Direito Romano.

21. LE BRUN. *Essai sur la prestation des fautes*. Paris: Antoine Bavoux, 1813. p. 39-40. (fac símile).

ripagare appieno i sentimenti di fiducia e di amicizia che il depositante ripone nel depositario.²²

Pothier teria, ainda, a oportunidade de rebater às críticas de Le Brun e o veio a fazer com particular desenvoltura numa espécie de apêndice de seu *Tratado das obrigações*, que chamou de “observação geral sobre o precedente tratado e sobre os seguintes”. Nele, realiza uma precisa análise entre os contratos de aluguel e comodato, semelhantes em seus objetos, mas distintos em relação às vantagens auferidas pelos contratantes, para demonstrar que é perfeitamente possível avaliar a “culpa e a negligência” de um contratante de modo mais rigoroso em um (comodato) em comparação com o outro (aluguel).²³

Contudo, nem a influência de Pothier conseguiu impedir o que veio a ser celebrado como o afastamento pelo Direito Contemporâneo da teoria da tripartição da culpa.²⁴ Realmente, o art. 1.137 do Código Civil francês entabulou regra contrária à ideia da *utilitas* e, a partir daí, permitiu a efetiva desconstrução do critério na atualidade, sobretudo, no relativo à teoria da tripartição da culpa (*préstation des fautes*).²⁵

O destacado preceito do *Code* predica norma que determina não importar o tipo de contrato, ou em função de quem a obrigação é constituída, a instituição da culpa é tida como unitária. A norma, ademais, claramente se amolda ao princípio base enunciado em seu não menos famoso art. 1.382, a conhecida cláusula geral de responsabilidade civil: “*Tout fait quelconque de homme qui cause a autre un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé a le réparer.*”

O art. 1.137 enuncia e reconhece, segundo a maioria incondicional de sua doutrina, uma noção unitária de culpa e que, por isso mesmo, não se fazia medir pelo interesse posto na relação jurídica. Ainda lembrando a passagem de Punferdorf,

22. MAGANZANI, Lauretta. La Diligentia Quam Suis del Depositario dal Diritto Romano Alle Codificazione Nazionale. *Collana dela Rivista di Diritto Romano*, p. 67. Disponível em: [www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/Maganzani_3_4-5-6.pdf]. Acesso em: 10.04.2016).

23. POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., p. 530.

24. Nesse sentido, dentre muitos outros, cf.: DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge. les incapables. les obligations*. 2 ed. Bruxelles: Bruylant, 1940. p. 231; BONVICINI, Eugenio. *Responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè, 1971. v. 1. p. 347; SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe; GALGANO, Francesco. *Commentario del Codice Civile*. Bolonha: Zanichelli, 1964. p. 420-421.

25. No original, mercê da relevância: “*L’obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n’ait pour objet que l’utilité de l’une des parties, soit qu’elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins raisonnables. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.*”

citada por Laretta Maganzani, era explicado que predicar a regra geral da culpa a ele não representaria qualquer agravamento excessivo, pois: “*perché al depositario non viene mai richiesta una diligenza attiva ma soltanto l'apprestamento di un locus munitissimus ove la cosa possa riposare al sicuro.*”²⁶

A fórmula francesa logo se espalhou por outros países, como foi o caso da Itália, cujo art. 1224 do Código Civil de 1865 determinava algo idêntico, a saber, que a diligência que se devia empregar no cumprimento da obrigação, tivesse ela por objeto a utilidade de uma das partes ou de ambas, seria sempre a do *bonus paterfamilia*. A regra ainda persiste no ordenamento jurídico peninsular, agora no art. 1176 do atual *Codice Civile*. Além disso, a doutrina não mais escondia seu desalento com a antiga doutrina da tripartição da culpa. As críticas polidas davam lugar a invectivas severas onde se dizia que ela seria uma das mais obscuras em toda a História do Direito por recorrer a ficções inúteis. Alguém do quilate de Vélaz Sarsfield, por exemplo, anotaria que “*toda esta ciencia de nada servía al juez, cuando en los juicios era preciso aplicarla.*”²⁷

Existiu, em todo esse processo, uma clara mudança de perspectiva. A nova noção de culpa tinha muito mais de moral, em seu sentido kantiano de imperativo categórico, que funcional, vale dizer, analítico, como faziam os romanos. A *moralização* da culpa é fenômeno reconhecido por todos os doutrinadores. A título de exemplo, Georges Ripert assinala que nada obstante seja difícil a conceituação da culpa, pode-se partir da ideia de que as faltas são classificadas a partir dos deveres, sendo esses considerados sob o domínio da “ideia moral de que a pessoa e os bens do próximo nos devem ser sagrados”.²⁸

Na mesma ordem de ideias, Geneviève Viney acentua a função da culpa como ação moralizadora como forma de se redobrar nossas atenções em relação aos demais e, desse modo, prevenir desordens. Foi isso, outrossim, que tornou possível transformá-la em verdadeiro princípio geral da Responsabilidade Civil.²⁹ Essa associação, sob um enfoque racional, afastava a possibilidade de gradações, efetivamente. Se a ideia era, de fato, obter-se um padrão geral, um fundamento universal para a reparação civil, este não poderia ser maior ou menor: haveria de ser uno.

26. MAGANZANI, Laretta. Op. cit., p. 67.

27. Disponível em: [www.consejosdederecho.com.ar/codigocivilanotado.htm]. Acesso em: 10.01.2017.

28. RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: LGDJ, 1949. p. 207.

29. VINEY, Geneviève. Op. cit., p. 23. Não se deve confundir, aqui a utilização do termo *moralismo* com a que será empregada quando se falar da *culpa in concreto*, que passa a ter uma acepção bem mais psicológica.

4. A FRANÇA MODELA UM NOVO PARADIGMA: A CULPA *IN ABSTRACTO*

As acepções dadas pela doutrina francesa para a definição da culpa enquanto instituto jurídico passaram a ser no sentido de divisá-la dentro de uma quadra monolítica. Nesse contexto, surgem as primeiras tentativas de redefini-la. Marcel Planiol dará seu conhecido conceito de “descumprimento de uma obrigação preexistente, em relação a qual a lei ordena a reparação quando esse comportamento causa um prejuízo a outrem.”³⁰ Em termos parecidos, René Savatier a conceituará como: “(...) a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. (...) Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase-delito.”³¹

A violação de um dever jurídico e a previsibilidade da conduta do agente, que deixa de adotar soluções idôneas para evitá-lo, passariam a ser, então, os critérios-base sob os quais iria estruturar-se a moderna noção da culpa.³² Mas isso ainda não era tudo. A revisão da ideia de gradação da culpa importou, igualmente, em uma clara tendência em objetivá-la. Esse, por sinal, é um ponto muitas vezes despercebido: ao passo em que se caminhou para a própria superação da culpa, por meio da adoção da teoria do risco, esquece-se de que ela própria, culpa, passou por uma clara modificação destinada a dar-lhe contornos menos subjetivos.

Com efeito, predicar que o descumprimento é involuntário, ou que deveria ser previsível pelo agente, ainda não resolvia satisfatoriamente a equação, pois se tudo dependesse da visão anímica do agente, a constelação de situações possíveis de sopesar inviabilizaria qualquer *standard* que se quisesse seriamente construir. A evolução do tema veio, assim, consolidar uma culpa desvinculada de qualquer elemento psicológico. A *culpa in concreto*, que ainda expunha alguma ligação com a velha doutrina, foi gradativamente sendo excluída, posta de lado, dando lugar à *culpa in abstracto* como padrão natural para a configuração do dever de reparar.

De fato, enquanto que na *culpa in concreto* ainda se indaga do estado anímico do indivíduo (ou mesmo circunstâncias de ordem física, psicológica ou mesmo

30. PLANIOL, Marcel. *Traite élémentaire de droit civil: les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*. 5. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1909. t. II. p. 280.

31. SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français: les sources de la responsabilité civile*. 2. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. t. I. p. 50.

32. Nesse sentido, cf.: DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1931. t. III. n. 220; DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil: direito das obrigações, direito hereditário*. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1934. v. III. p. 103-104; CARINGELLA, Francesco; DE MARZO, Giuseppe. *Manuale di Diritto Civile: ii le obbligazioni*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1954. p. 820.

sociais), na culpa *in abstracto* realiza-se um cotejo tomando em consideração uma de um tipo ideal (o *bonus pater familias* ou mesmo o *reasonable man* da *Common Law*). No dizer de Guido Alpa, enquanto que sob aquela modalidade, chamada na Itália de *culpa subjetiva*, o juiz deve examinar o estado de ânimo do agente, indagando se sua consciência lhe reprovava algo; na segunda modalidade, dita objetiva naquele mesmo país, a pergunta vem a ser sobre o que teria feito uma mesma pessoa (havida como média) na mesma situação.³³

A culpa *in abstracto* foi trabalhada de modo sistêmico, em primeiro lugar pelos irmãos Mazeaud. A referência básica sempre foi o *Code* que, por meio de seus arts. 1.383 e 1.137, dava as necessárias indicações, no sentido de que não haveria mais espaço para qualquer nivelamento ou mesmo subjetivismo na aferição da culpa. Surge uma culpa *despsicologizada*, apenas um padrão objetivamente apreciável que toma por base o homem razoável: “A culpa não intencional pode ser definida como um erro de conduta tal que não tivesse sido cometido por uma pessoa avisada, colocada nas mesmas circunstâncias externas do réu” é a afirmação que sedimenta em definitivo a padronização da culpa contra seu antigo subjetivismo.³⁴

A doutrina francesa hodierna caminha alinhada com os ensinamentos dos Mazeaud. Nada obstante, vários são os, por assim dizer, constrangimentos dos autores quando confrontados com disposições extravagantes ao *Code* e que aparentam mencionar níveis de culpa diversos da tese unitária. Assim, tomando o exemplo dos comentários de Georges Ripert e Jean Boulanger ao tratado de Planiol, menciona-se que, embora não existam graus de culpa, essa classificação poderia, entretanto, representar algum interesse nas seguintes situações:

a) quando a lei especial faça depender da qualificação a incidência de uma regra jurídica específica, como acontece com a Lei de 30 de outubro de 1946 sobre acidentes de trabalho, quando trata de culpa intencional ou inescusável;

b) para saber se houve abuso de direito, ou se há cláusulas de irresponsabilidade que façam menção à cobertura de *culpas latas* ou *levissimas*;

c) finalmente, quando houver concorrência de culpas, a fim de dividir a responsabilidade (*in solidum*) de cada um dos autores do dano.³⁵

De maneira geral, diz-se que a questão foi definitivamente resolvida pela Corte de Cassação quando deliberou, em 09 de maio de 1984, sobre uma série de recursos onde se discutia a responsabilidade civil por atos delitivos praticados por menores,

33. ALPA, Guido. *La responsabilita civile: principi*. Turim: UTET Giuridica, 2010. p. 90.

34. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de Droit Civil: obligations théorie générale*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998. p. 449. t. 2. v. 1

35. RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil: según el tratado de Planiol*. Tradução de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 2002. p. 63-64 t. V.

a saber, *affaires Lemaire*, Derguini e Fullenwarth e Gabillet. O tribunal entendeu que o padrão do *bom pai de família* deveria ser estendido mesmo aos que não fossem maiores de idade deveria ser aplicável.

No caso Lemaire, explicitou-se, sem qualquer sombra de dúvidas, que a apreciação da culpa atenderia a um padrão abstrato ao não considerar reprochável a decisão da Corte de Apelos, que não sindicou da culpa da vítima. Na ocasião, discutia-se se haveria concorrência de culpas ante o fato de o menor ter, também, contribuído para sua morte, ocorrida por eletrocussão acidental. A deliberação foi no sentido de que se poderia realizar essa estimativa com fundamento no art. 1382 do *Code*.³⁶ Nas decisões proferidas nos casos Fullenwarth e Gabillet, a Corte, na verdade, foi além, estabelecendo praticamente uma responsabilidade objetiva em tais situações.

Especialmente em Fullenwarth, a Corte pareceu dizer, entretanto, que deveriam, sim, os juízes haver perquirido sobre a existência de discernimento do menor; entretanto, como o vínculo gerado pela responsabilidade por terceiros, no caso francês pelo art. 1384, 4, correspondente ao nosso 931, I, presumiria o dever de indenizar dos pais de modo objetivo. Nada obstante, em vários julgamentos posteriores, aquele famoso tribunal veio a reafirmar a tese da *culpa abstracta*, excluindo qualquer análise do elemento interno (*discernimento*) para sua configuração.³⁷

Contudo, como demonstra Mireille Bacache-Gibeili, nem sempre vem sendo assim. Em várias ocasiões, até mesmo a rígida tradição da Corte de Cassação francesa sobre o uso da *culpa in abstracto* vem sofrendo temperamentos em função de imperativos de segurança jurídica. Ou seja, em certos momentos realizam-se concessões, de maneira a permitir uma análise *in concreto* da atuação do agente.³⁸ Além das atividades profissionais, onde sempre se menciona o caráter mais severo de responsabilidade, fala-se, também, na melhor adequação desse critério para as atividades esportivas, onde é comumente aceito que os jogadores, por se encontrarem submetidos a regras próprias, possuem uma forma própria de diligência.

Apenas a título informativo, o Direito Inglês, que até então coincidia com o encaminamento dado ao tema na França, mais recentemente aparentou afastar-se dele em parte. Com o julgamento de *Mullin v. Richards*, a Corte de Apelações da Inglaterra e do País de Gales passou a compreender que, embora ainda se devesse tomar

36. Disponível em: [www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007013641]. Acesso em: 10.01.2017.

37. Assim, por exemplo, as decisões proferidas pela Assembleia Plenária de 12 de dezembro de 1984 e de 28 de fevereiro de 1996.

38. BACACHE-GIBEILI, Mireille. *Droit civil: les obligations la responsabilité civile extracontractuelle*. Paris: Economica, 2007, t. V. p. 137-139.

como referência o *reasonable man* como padrão abstrato da conduta, este deveria se referir à diligência que se espera de uma criança de quinze anos de idade, pano de fundo no caso deliberado por aquele tribunal. Assim, se a demanda estaria versando sobre atos praticados por menores, ter-se-ia que aquilatar não a diligência de um adulto, e sim aquela que seria possível esperar de uma criança de idêntica idade.³⁹

Parece, outrossim, ter havido uma apropriação da culpa dita extracontratual sobre a culpa contratual, ressalva feita àqueles que sequer viam no âmbito contratual uma responsabilidade de cunho subjetivo. Melhor dito: como destacado, a doutrina da gradação da culpa nasceu no âmbito das relações contratuais, lembrando, sempre, que em Roma não havia uma única causa jurídica de imputação. Com o advento do racionalismo, nada obstante a distinção que se formulou entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, operou-se a unificação da noção de culpa a partir da ideia de *culpa aquiliana* (*culpa levissima*), quando esta conduzia, em um momento pretérito, apenas à imputabilidade de uma modalidade de delitos.

Essa é a conclusão que se poderá inferir, igualmente, da visão de Henri e Léon Mazeaud, os grandes artífices da concepção abstrata da culpa. Para eles, toda culpa seria levíssima, a partir da indicação genérica do art. 1383 do *Code*, inclusive aquela de natureza contratual. Em todos os casos, ela estaria a exigir uma “muito grande prudência e uma muito grande diligência.” Dessa forma, concluiriam os Mazeauds solenemente: “não existe, portanto, diferença de graus entre a culpa *quase delitual* e a culpa contratual não dolosa”.⁴⁰

Uma vez mais, contudo, há pequenas (?) falhas sistêmicas a corrigir. No caso, não escapou ao gênio dos famosos tratadistas o fato de que se a culpa era uma apenas, ela seria simples culpa, o que quer dizer *culpa leve*, termo que, como já se mencionou, foi adotado pelos primeiros críticos da doutrina da gradação da culpa. Por isso mesmo, destacam que haveria, em estrita apreciação, uma distinção entre a culpa contratual e a extracontratual, pois, enquanto para configuração desta seria necessário o modo *levissimo*, naquela, a apreciação deveria considerar o grau leve. Nada obstante, deixam claro que essa não foi a intenção dos autores do *Code*, razão pela qual seria uma distinção puramente bizantina.⁴¹

Eis o ponto que, de agora em diante, será destacado ao longo da presente narrativa. Embora o discurso padrão advogue a eliminação da existência de graus de culpa, segue existindo de forma clara por meio de disposições que outra coisa não fazem que reproduzir a antiga *regula* de utilidade.

39. Disponível em: [<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/2662.html>]. Acesso em: 10.01.2017.

40. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. Op. cit., p. 449.

41. Idem.

5. UMA DOCTRINA ESQUECIDA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO?

Todas as culpas de antes, agora, eram uma só culpa. Monolítica, padronizada, alheia até mesmo ao elemento anímico de onde lhe tirou o étimo. Uma culpa, como já mencionado, *despsicológica*. A influência da doutrina francesa fez com que muitos autores, inclusive entre nós, incorporassem a visão normativa da culpa, porém, se se parte do pressuposto de que o sistema de graus de culpa concebidos casuisticamente pelos romanos e sistematizado na Idade de Média predicava, não necessariamente, distintas formas de compreendê-la, e sim distintas formas de apreciá-la conforme a situação, talvez tenhamos que o discurso teórico teria, pelo menos, que conviver com uma série de exceções contidas nos códigos da atualidade.

Uma rápida análise da legislação civil de vários ordenamentos jurídicos pode vir a revelar algo importante: a gradação da culpa não totalmente alijada do mundo contemporâneo. Sua presença em muitos dos Códigos permite inferir que ainda conserva elevado grau de influência, influência essa que, consoante propomos, deve ser mais ampliada no direito civil vigente de vários ordenamentos. Uma rápida explicação metodológica, contudo, é necessária.

O apanhado que se verá adiante não tem a pretensão de esgotar o assunto. Sua função é apenas a de dar clara demonstração da hipótese que ora vem a ser formulada. Por isso mesmo, excluiu-se do apanhado o Código Civil Alemão que, por suas origens pandectistas, talvez seja um dos que mais possua regras específicas de gradação da culpa, mas que pela complexidade de suas construções demandaria especial atenção, transbordando o limite do presente texto.

5.1. O Código Suíço das Obrigações de 1911

Um dos casos mais emblemáticos e representativos é o do Direito suíço. Com efeito, a regra constante dos arts. 99.1 e 99.2 de seu famoso Código das Obrigações de 1911 preceitua ser o devedor responsável por qualquer forma de culpa; porém, que tal responsabilidade é mais ou menos estendida de acordo com a natureza do negócio em particular e, ademais, sempre com menos rigor quando esse não se destina a gerar vantagens para o devedor.⁴²

O destaque inicial à legislação suíça tem uma razão especial: é de se notar que a referência ao critério de utilidade é feita de modo genérico, na forma de verdadeiro princípio implícito. Isso é possível inferir, por meio da descrição sintética – não analítica – da norma citada: essa responsabilidade é estendida a maior ou a menor, de acordo com a natureza particular do negócio; ela se aprecia notadamente com

42. “Art. 99.1. *En général, le débiteur répond de toute faute. 2. Cette responsabilité est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire; elle s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur.*”

menos rigor sempre que o negócio não seja destinado a promover uma vantagem para o devedor.⁴³ Desse modo, a doutrina suíça entende que ela possa, obviamente, ser aplicada em casos que já não estejam contemplados no próprio Código, como acontece com o doador (art. 248) e o comodatário (art. 306).

O preceito tem, outrossim, uma relevância particular ao permitir, explicitamente, uma analogia de tais regras, de índole contratual, com a responsabilidade civil aquiliana. O preceito torna-se duplamente representativo, na medida em que expande o critério de utilidade também para eventos de natureza extracontratual. Há, por sinal, um paradigmático julgado do Tribunal Federal Suíço onde a questão foi colocada em discussão:

No caso, uma criança de cerca de quatro anos foi confiada a uma vizinha por sua mãe por alguns momentos, uma vez que ela tinha outros compromissos. A menina caiu em um riacho e sofreu lesões reportadas graves em função das quais veio, anos depois, a falecer. O Tribunal Federal considerou que, no caso, não havia sequer uma obrigação de natureza contratual, senão aquilo que é conhecido na Suíça e também na Alemanha como *actes de complaisance*.

A culpa da vizinha deveria ser considerada, desse modo, dentro de um rigor menor, pois foi em favor da vítima (ou a sua mãe) que a relação foi estabelecida. Segundo o comentário de Jacques de Werra: “Essa disposição (o art. 99. al. 2 CO) aplica-se, também, *a fortiori* aos atos de complacência de sorte que uma obrigação de diligência reduzida é aplicável para esse tipo de ato”.⁴⁴

O mesmo Código Suíço contém, por sinal, outra importante referência que permite concluir por uma atenuação da ideia da culpa como uma unidade monolítica. Dessa vez, trata-se de regra que será reproduzida em vários outros ordenamentos, inclusive o nosso, e que é geralmente elogiada pela doutrina mercê de seu inerente conteúdo de justiça. Trata-se do preceito contido em seu art. 44.2, o qual determina que se o dano não foi gerado intencionalmente (dolo) e nem de uma forma grave de negligência ou imprudência (a regra exclui a imperícia, o que faz reforçar as conclusões que serão mencionadas no capítulo seguinte), e que se essa reparação expusesse o devedor à privação (econômica), o juiz poderá equitativamente reduzir o valor da indenização.⁴⁵

43. Sobre a aplicação dessa regra no Direito suíço, cf.: ENGEL, Pierre. *Traité des obligations en droit suisse*. Dispositions générales du CO. 2. ed. Berne: Staempfli, 1997. p 712-715.

44. Nesse sentido: DE WERRA, Jacques. Droit des contrats. Partie générale et contrats spéciaux. *Journal des Tribunaux II, Droit civil, poursuite pour dettes et faillites et procédure civile*, v. 160, n. 5. 2012. p. 257 (Disponível em: [http://archive-ouverte.unige.ch/unige:21797]. Acesso em: 11.04.2016).

45. Art. 44. “[...] 2. Lorsque le préjudice n’a été causé ni intentionnellement ni par l’effet d’une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts”.

5.2. O Código Civil português

O ordenamento português, por meio da regra contida no art. 494 de seu vigente Código Civil, também enuncia uma limitação do valor indenizatório no caso de “mera culpa”. A ideia continua a mesma: diante da inexistência de maior gravidade da culpa do ofensor, de uma possível dificuldade financeira que o valor da indenização possa gerar, bem como de outras variáveis, permite-se que o importe da reparação seja diminuído em favor deste, e não da vítima.

Assim, diz o dispositivo que, quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indenização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado, e as demais circunstâncias do caso o justifiquem. Ele, nada obstante, deve ser compreendido em conformidade com outro artigo desse Código que, aparentemente, gera uma antinomia. Trata-se do art. 487, 2, que estipula ser toda forma de culpa, salvo existência de critério específico no sentido contrário, medida pela diligência do bom pai de família.

Nesse sentido, portanto, a *mera culpa* deixa de ter a potencialidade que em princípio poderia se colocar como forma distinta de uma possível culpa levíssima, assumindo, assim, a feição de uma modalidade distinta de culpa. Na verdade, não. A leitura do art. 483 do Código Civil Português demonstra que a *mera culpa* é a própria *culpa levíssima*, na medida em que utilizará essa exata expressão para configurar a imputabilidade nas hipóteses de responsabilidade aquiliana. Mera culpa, assim, nada mais é que negligência, omissão de diligência.⁴⁶

Chama atenção, entretanto, o fato de que, no art. 494 citado, utiliza precisamente o termo *grau de culpabilidade do agente*, a fim de fixar a consequente reparação por esses atos. Haveria, então uma distinção a ser efetuada: a) não haveria gradação de culpa para definir a imputabilidade e, com isso, a conformação do dever de indenizar; contudo b) haveria a possibilidade de graduá-la para fixação da indenização pertinente. Essa é a conclusão a que se chega mercê da análise do acórdão 292/2008 do Tribunal Constitucional português ao examinar uma decisão que realizou tal distinção utilizando os termos *culpa inconsciente* e *culpa abaixo da mediana*.

Consciente ou inconsciente, ou seja, tendo mais ou menos o discernimento de que poderia causar um mal, em nada importaria, pois, a mera culpa seria uma só e, de modo global, equivaleria à negligência. Portanto, o adjetivo teria valor puramente qualificativo sem maiores consequências jurídicas. Já no relativo à expressão *culpa abaixo da mediana*, diz a Corte Constitucional portuguesa que ela foi empregada apenas na parte relativa à fixação do montante indenizatório em função da regra constante no art. 494 de seu Código Civil; ou seja: “no momento

46. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed., 2000. v. 1. p. 573.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 13. ano 4. p. 199-229. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

de graduar a culpa e de apreciar a sua gravidade, com o intuito de justificar a redução da indenização.”⁴⁷

É interessante observar, ainda, que o Tribunal irá referir-se à *culpa leve* e à *culpa levíssima*, justamente para servir de parâmetro para a constatação de que alguém agiu *abaixo de uma culpa mediana*. Desse modo, quando a falta de diligência vem a ser mínima, há responsabilidade, porém, o valor da indenização seria equitativo, e não integral. Aqui, surge um paradoxo: os institutos são visivelmente incompatíveis entre si, pelo menos numa lógica estrita. De que adianta transformar a culpa em um padrão, se logo em seguida se atenua a responsabilidade com a mesma ideia de gradação que mal se acabava de censurar?

O caso do Direito Civil português é particularmente interessante para demonstrar o que vem a ser a pedra angular desse texto: que, na verdade, os graus de culpa não foram completamente esquecidos pelos ordenamentos contemporâneos pela simples razão de que deles não se pode prescindir por ser inerente à atividade jurídica fazer ponderações e, com isso, dosar as reprimendas que serão aplicadas pelos tribunais.

5.3. O Código Civil do Chile e os Códigos Civil e Comercial da Argentina

Mais recentemente, Argentina e Chile também fornecem exemplos muito manifestos da persistência da doutrina da gradação da culpa em suas respectivas legislações. O Código Civil do Chile talvez constitua o exemplo mais vívido da permanência da doutrina da gradação da culpa no direito contemporâneo. Seu redator, Andrés Bello, inspirou-se diretamente na obra de Pothier, razão pela qual o texto legal incorporou suas lições de modo integral. Assim, o art. 44 do Código Bello enuncia que são formalmente reconhecidas três modalidades de culpa “ou descuido”, na forma seguinte:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

47. Disponível em: [www.gmcs.pt/pt/acordao-do-tribunal-constitucional-n-2008]. Acesso em: 10.01.2017.

Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

Ainda em conformidade com a tradição clássica sobre o tema, a doutrina chilena não apenas costuma levar a efeito a diferença entre a responsabilidade contratual da extracontratual, afirmando, inclusive, que esta última não admite gradação.⁴⁸ A conclusão guarda exata correspondência com a famosa sentença de Ulpiano, aqui já mencionada: *Legis Aquilia et levissima culpa venit*. Por sua vez, a jurisprudência daquele país andino sempre afirmou o preceito, como informa, por exemplo, acórdão prolatado no ano de 2013 (n. 567-2013) de sua Suprema Corte.

Outro país sul-americano com forte tradição civilística, a Argentina adotou, há pouco tempo, uma nova legislação civil e comercial. O novel Código Civil e Comercial da Nação – CCCN contempla, a seu modo, uma série de dispositivos que igualmente levam à constatação de que o critério unitário da culpa não persiste diante de uma análise mais aprofundada. Os atuais artigos 1724 e 1725 demonstram que a Argentina adota, na prática, uma série de abrandamentos ao conceito unitário da culpa, admitindo, embora não da maneira tradicional, a possibilidade de gradação com base em fatos concretos.

Assim, parece correto afirmar, por um lado, que a Argentina, de longa data, não endossa a gradação, como ensinam os tratadistas daquele país austral em relação à regra constante do art. 512 do Código Civil de 1869, e que foi integralmente reproduzida na fórmula do atual art. 1724. Por outro lado, no entanto, parece igualmente certo dizer que, de modo bastante pragmático, a legislação civil argentina foi além, entabulando norma que matiza ainda mais a apreciação da culpa, fazendo dependê-la de uma série de incontáveis variantes, no dizer de Vélez Sarsfield.⁴⁹

Assim, diz o texto legal que a culpa consiste na omissão da diligência devida segundo a natureza da obrigação e as circunstâncias das pessoas, do tempo e do lugar, compreendendo a imprudência, a negligência e a imperícia na arte ou profissão. Podia-se dizer, como de fato muito se diz, que a experiência argentina apenas abraçou a culpa *in concreto*, mas não necessariamente a ideia de variação da culpa. Nada obstante, o tanto arguto como realista comentário de Jorge Bustamante Alsina deixa as coisas perfeitamente divisadas: trata-se, sim, de uma forma de gradação, menos formal e mais pragmática, mas, de toda forma, uma gradação.

48. RAMOS PAZO, René. *De las obligaciones*. Santiago: Jurídica de Chile, 1999. p. 250.

49. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004, t. I. p. 113-120. Por sinal, a mesma regra do art. 512 do Código Civil argentino de 1869 aparenta ter sido reproduzido pelo art. 1.104 do Código Civil espanhol de 1889.

Embora afaste como regra qualquer possibilidade de distinção entre *culpa grave, leve ou levissima* no Direito Argentino, Bustamante Alsina identicamente refuta qualquer discurso ficcional no sentido de que aprecia-se a culpa de maneira incólume, desconectada das várias nuances do cotidiano. Na verdade, seu discurso é de aproximação entre culpa concreta e culpa abstrata, afirmando que existem coincidências fundamentais entre os dois e que tais sistemas, em definitivo, apenas expressam uma separação na teoria: “*ni uno es suficientemente objetivo o abstracto, ni el otro es absolutamente subjetivo*”.⁵⁰

O que ocorre, ainda, segundo o mestre argentino, é que os juízes terminam por aplicar maior ou menor severidade nessa apreciação em virtude de tais elementos: “*de donde resulta que allí donde debe ponerse menor atención y cuidado la culpa es mayor o sea más grave; y donde debe actuarse con mayor diligencia, la culpa es menor o sea más leve*”.⁵¹ Isso, em nosso pensar, nada mais é do que graduar a culpa com base em um nítido critério de utilidade. Realiza-se, aqui e ali, em última análise, uma ponderação desse fator de imputação mercê dos componentes da relação jurídica e também da pessoa.

Note-se, inclusive, esse expressivo detalhe: não se faz uma análise voltada apenas para o discernimento do agente e suas circunstâncias temporais ou geográficas, mas deve ser avaliado o próprio grau de (maior ou menor) rigor das obrigações estabelecidas. A evidência final para tal demonstração é fornecida pelo seguinte artigo do atual CCCN. Com efeito, o art. 1725, que trata da valoração da conduta enuncia:

Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

Desse modo, repita-se, por mais que se diga o contrário, a essência da doutrina ainda segue viva nos ordenamentos aqui examinados, nada obstante alguns poucos ainda aludirem à tripartição formal entre *culpa lata, leve e levissima*. O CCCN adota, por meio de linguagem distinta, a mesma e idêntica noção de utilidade tornando mais severa a responsabilidade daquele a quem a relação jurídica impõe maior dever de vigilância e menor apreciação dela, quanto mais lassa for a obrigação.⁵²

50. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007. p. 340-341.

51. Idem.

52. Além disso, o CCCN traz em seu bojo a possibilidade de redução da quantia reparatória em face das peculiaridades do caso: “Artículo 1742 – Atenuación de la responsabilidad. El

5.4. A Common Law

A doutrina da gradação da culpa subsistiria, outrossim, nos ordenamentos da *Common Law*. No concernente à *Common Law*, de fato, a estratificação parece ser ainda maior. Não deve ser considerado que a ilicitude estaria reduzida à doutrina da tripartição da culpa. Ao contrário: a lei inglesa reconhecera muito mais do que esses três graus (mínimos) de culpa, na medida em que representariam simplificações de fatiamentos dos possíveis estados da mente.

É o que procura demonstra, por exemplo, Eric Descheemaeker, que associa cada uma das várias formas de *torts* a um elemento próprio de imputação. Desse modo, para além da tradição civil, que organiza os critérios de imputação, de modo geral, por meio do *dolo* e das três modalidades de culpa em estudo, a *Common Law* teria um verdadeiro caleidoscópio de critérios de imputação, cada qual compatível com o *tort* respectivo.⁵³ O argumento é, de fato, compatível com a estrutura inerente da *Tort Law* que, como se sabe, não constitui exatamente um todo lógico.

Cada *tort* possui seus próprios elementos constitutivos e cada um retratando um interesse especialmente protegido pelo ordenamento jurídico. Essa indefinição é o que impede formalmente que a *Common Law* possa contemplar um conceito abstrato de ilicitude e, também, de culpa, permanecendo mais próxima do Direito Romano, nesse sentido, do que os países continentais.⁵⁴ Reinhard Zimmermann, por exemplo, destacará a ausência de um conceito lógico-unitário de Responsabilidade Civil na *Common Law*; vale dizer, que não existe um sistema coordenado, mas tão somente a soma de uma variedade de tipos de ilícitos (*torts*), os quais foram se desenvolvendo dentro de uma casuística característica e de maneira acidental.⁵⁵

Além disso, como entidade de gênero, os *torts* constituem-se como formas de ilícitos civis (*civil wrong*), excluídas as violações dos deveres de natureza contratual, ocasionando perdas de cunho patrimonial, em lesões à integridade física, ou, ainda, a direitos de natureza imaterial. Com efeito, na tradição da *Common Law*, exclui-se do âmbito de incidência dos *torts* o que, para nós, é designado como responsabilidade civil de natureza contratual. A violação a um dever contratual (*breach of*

juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.”

53. DESCHEEMAEKER, Eric. *The division of wrongs: a historical comparative study*. Oxford: Oxford Press, 2009. p. 270.

54. BUCKLAND, William. *Roman law & common law: a comparison in outline*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University, 1952. p. 341.

55. ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligation: roman foundations of the civilian traditions*. Cape Town: Juta & Co., 1992. p. 907.

contract) possui enquadramento autônomo, sendo tratada isoladamente. Não há, portanto, duas modalidades de responsabilidade civil, como se propõe ainda hoje – com críticas, é verdade – nos países de *Civil Law*, já que a esfera extracontratual é a própria ambiência da *Tort Law*.⁵⁶

Desse modo, mercê do próprio caráter não sistêmico da *Common Law*, favorece a compreensão que existem, de fato, várias formas de se apreciar a culpa, o que se leva a efeito, explicando, uma vez mais, em razão do caráter fragmentário dos tipos de ilicitude, onde cada qual requer pressupostos de imputação próprios. Assim, uma antiga decisão da escocesa *Court of Sessions* dirá, por exemplo, que enquanto a *actio iniuriarum*, onde não se pugnava a perda patrimonial, somente era justificada quando fosse demonstrado *dolus malus*, uma ação por perdas patrimoniais poderia ser movida diante da *culpa levissima*.

Por dever de sinceridade, é preciso dizer, entretanto, que o reconhecimento do delito de negligência (*tort of negligence*) alterou substancialmente a noção fragmentária que se tinha em relação aos *torts* e que isso altera a percepção sobre a culpa. Com efeito, com o julgamento de *Donoghue vs. Stevenson*, em 1932, pela *House of Lords*, passa a divisar uma espécie de princípio geral, segundo o qual todos teriam o dever legal de respeitar os interesses das demais pessoas com quem se convive.

Denominado de *neighbour principle*, decorreu do argumento utilizado por Lord Atkin para afirmar que, independentemente de qualquer outra relação jurídica anterior, uma pessoa é compelida pela Moral e, também, pelo Direito, a não incidir em qualquer conduta lesiva a terceiros. Quanto ao *tort of negligence* não há dúvidas, como aqui já referido, que se extrai um conceito unitário fundado no homem médio, o que ficou expresso no famoso *Hall vs. Brooklands Auto Racing Club*, de 1933. Nada obstante, as peculiaridades da *Common Law*, de resto até mais rigorosa que os sistemas continentais, faz com que ainda se continue aludindo à *culpa levissima* para estabelecer alguma diferença entre a *strict liability* muito própria da responsabilidade contratual.⁵⁷

6. A POSIÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

É comum dizer que o Direito brasileiro, desde o Código Civil de 1916, sofreu, no ponto relativo à gradação da culpa, influência direta da crítica formulada pelo racionalismo jurídico, abolindo-a, também, de sua estrutura dogmática. A doutrina brasileira, de modo geral, concorda realmente que houve o afastamento do critério de gradação em razão da fórmula pela qual a indenização seria medida pela extensão do

56. GILMORE, Grant. *The death of contract*. 2 ed. Columbus: Ohio University, 1995. passim

57. SHAPO, Marshall. *Principles of tort law*. 4 ed. St. Paul: West Academic, 2016. p. 611.

dano. Por isso, seria de diminuta importância em nosso ordenamento falar de níveis de culpa já que a reparação teria lugar diante de uma falta mínima (*culpa levissima*), afirmação que é repetida por autorizada plêiade de autores, desde Clóvis Beviláqua.⁵⁸

Ficou, por sinal, bastante conhecida, em nossa doutrina, a acerba invectiva proferida por Caio Mario da Silva Pereira contra ela.⁵⁹ Dizia ele que dos glosadores, até recentemente, era comum dar mais atenção à pessoa do ofensor que à da vítima propriamente. E é isso que estaria em evidência quando se fala de gradação da culpa: não que se desconhecesse a diferença teórica existente, e sim que a imputabilidade resulta mais de um dever violado do que dessas variantes.

Desse modo, a regra constante do art. 1057 do antigo Código de 1916 e pela qual, nos contratos unilaterais, responderia por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveitasse, e só por dolo, aquele a quem não favorecesse, era vista como a confirmação do caráter unitário da culpa em nosso direito. Já nos contratos bilaterais, dizia-se que neles não haveria que se realizar qualquer análise gradativa, pois a simples transgressão já autorizaria a reparação civil. Essa, entretanto, não parece ser o que disse o legislador, que, na primeira parte da regra, falava em *simples culpa* e, na segunda, *culpa*.

Como vimos antes, contudo, simples culpa é *culpa levissima*: demonstração da mais leve falha. A Lei Civil de 1916 determinou que, nos contratos unilaterais, a responsabilidade seria por simples culpa e nos bilaterais por culpa; assim, a referência à simples culpa atrelada aos contratos unilaterais a quem a relação aproveitava e à culpa onde ambos obtivessem vantagens mútuas deixa antever que nestes prevaleceria uma forma de culpa menos severa. Um autor não menos afamado, como é Miguel Maria da Serpa Lopes, pelas exatas razões ora apontadas, defenderá justamente a ideia de que o padrão médio é o da *culpa levis*.

Suas palavras, pela importância que adquirem no contexto do presente trabalho merecem ser integralmente reproduzidas: “a chamada *culpa levis* representa, assim, a regra comum, só posta de lado quando a lei assim o determina expressamente.” E não se para por aí. De conseguinte, são mencionadas várias situações onde, de fato, há clara distinção ou apreciação diferente da culpabilidade dos contratantes, todas ainda com base na Lei de 1916, mas que ainda se encontram vigentes no Código de 2002. Por exemplo: no usufruto; no crédito pignoratício, no crédito anticrético, locação, depósito, mandato e outros.⁶⁰

58. BEVILAQUA, Clóvis. *Código dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10. ed. Atual. Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. v. IV. p. 172-173.

59. PEREIRA, Caio Mário da Silva: *Instituições de direito civil*. Teoria geral de obrigações. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. II. p. 231.

60. SERPA LOPES, Miguel Maria. Op. cit., p. 349.

O Código Civil de 2002 repete idêntica regra, mudando apenas unilaterais e bilaterais por benéficos e onerosos: “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.”

A regra atual como a antiga, por mais que se diga o contrário, ao pronunciar as expressões *simples culpa*; *culpa* e *dolo*, termina positivando em nosso ordenamento a ideia de graus de culpa, como concluirá igualmente Orlando Gomes.⁶¹

Ou seja, a comum afirmação de que, também entre nós, bastaria a configuração de uma displicência mínima para a incidência da responsabilidade civil, necessita ser melhor confrontada sob um olhar realista onde se coloca, nos exatos termos do art. 392 do Código de 2002, o grau efetivo de interesse/vantagem auferido para que se venha a melhor aquilatar a diligência que se espera devida. Nesse contexto, um interessante precedente do Superior Tribunal de Justiça pontuou: “que o dever de indenizar pode resultar da culpa grave, leve ou levíssima e, ainda, que determinado fato pode advir da concorrência de culpas do autor, da vítima e, eventualmente, de terceiros.”⁶²

É meridiano que o julgado não pretende reipristinar no Direito Brasileiro a doutrina da tripartição da culpa da forma, como concebida no passado. Contudo, fica uma vez mais evidente que *a quantidade de responsabilidade*, nela incluída a *quantidade da culpa*, é um imperativo de justiça, o qual, entretanto, deve ser visto de modo comedido, ou seja, quando evidenciada a assimetria entre as posições de contratantes ou dos agentes e das vítimas.

Se tudo isso não bastasse, parece que o argumento definitivo no sentido de que, atualmente, existiria pelo menos alguma flexibilização à ideia de culpa unitária, encontra-se na norma veiculada pelo art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.” A regra foi recebida, por sinal, com certo alvoroço pela doutrina, que logo se deu conta de seu potencial para realinhar tudo o quanto já havia se falado sobre a inaplicabilidade dos graus de culpa em nosso Direito.

Por outro lado, os que resistiam ao discurso unitário, nela viram um alento sem precedentes. A inovação do Código de 2002 foi tratada, assim, por Silvio Rodrigues,

61. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10 ed. Atual. Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p 155.

62. STJ, 3ª Turma, REsp 1474452/SC, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 15.09.2015, *DJe* 18.09.2015.

como verdadeiro bálsamo de justiça, que veio para corrigir a injustiça do regramento anterior, pois não faria sentido que alguém, por um descuido mínimo, tivesse que suportar carga tão pesada.⁶³ O que parece foi que, como já mencionado, a noção de *culpa levissima*, antes só aplicável aos delitos aquilianos, tornou-se padrão geral da Responsabilidade Civil.

Ou seja, de modelo de imputação de uma forma particular de delito, tornou-se padrão de toda responsabilidade extracontratual e, sem que se saiba bem explicar como, tornou-se referência, também, para a responsabilidade contratual. Com isso, toda as gradações antes concebidas na parte contratual simplesmente desapareceram quando, como foi visto, existia regramento próprio admitindo a possibilidade. O padrão único desconsiderava a riqueza do mundo contratual que, por vezes, gera, sim, assimetria entre as obrigações e, logo, entre a responsabilidade.

Não é o caso, aqui, de tratar dos pormenores da aplicação do dispositivo. Interessa apenas demonstrar que, a exemplo dos Direitos suíço, português e argentino aqui citados, sua incorporação, ao falar em gravidade da culpa, torna inevitável a conclusão de que estamos diante da possibilidade de *calibrar* a culpa, é dizer, de fazer um juízo de valor sobre até onde poderia ir o dever de cuidado e de diligência de alguém para os fins de fixar a indenização civil. Ainda que se fale em mitigação à fórmula unitária, como escreve Cláudio Luiz Bueno de Godoy, ou seja, como uma espécie de exceção à regra geral, a doutrina da gradação está de volta.⁶⁴

Interessante observar, todavia, que sob tal perspectiva, observa-se uma tendência na doutrina mais recente de acautelar-se do padrão *in abstracto* de aferição da culpa. Basta, aqui, com Marcelo Calixto, observar que:

Em verdade, percebe-se que a referência genérica ao *bom pai de família* pode simplesmente inviabilizar qualquer apreciação, uma vez que se considere este um padrão único, válido para todos os quadrantes do globo e para todas as suas épocas.⁶⁵

É preciso, todavia, levar a efeito algumas explicações fundamentais para a correta compreensão de tudo quanto foi até agora exposto.

Parece ser muito claro que, por detrás da construção unitária da culpa, estava o desejo de evitar que o ofensor, por meio daqueles discursos sinuosos e melífluos

63. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4. p. 148-150.

64. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Art. 944. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 5 ed. Barueri: Manole, 2011. p. 956.

65. CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 14-15.

do passado, escapasse do dever de indenizar. Toda sua construção, em derradeira análise, pode ser a isso reduzida. E está certo. O discurso da gradação da culpa, tal como historicamente produzido, punha mais em evidência a pessoa do ofensor que da vítima. A sociedade atual, que não raro deixou de adotar a ideia de culpa, passando ao risco, como fato de imputação, não poderia cancelar uma teoria construída sob essa premissa. Não se deseja, portanto, retomar o subjetivismo da gradação, ou o subjetivismo de uma análise em concreto da culpa.

Não há, evidentemente, mais espaço para isso. Contudo, a admissão de um padrão único de referência, explica Maria Celina Bodin de Moraes, igualmente ignora o caráter multifacetário da realidade. Há de ser construído, assim, um novo conceito de culpa normativa que procure acolher e esteja associado a cada uma das inúmeras *personas* que os tempos hodiernos nos obrigam que adotemos.

A nova culpa não se afasta de um *standard* ideal, mas procura compreender que existirão tantos modelos de diligência quanto forem os tipos de conduta (profissional, desportiva, na direção de veículos etc.) presentes no contato humano, de modo que os parâmetros, entre os tipos, serão variáveis.⁶⁶

Correta a análise e que, para fins de reforçar o argumento, coincidirá, integralmente, inclusive com as conclusões de Anderson Schreiber, para quem a definição de um padrão único de diligência é incompatível com uma realidade complexa e plural, como a que caracteriza as sociedades contemporâneas. O arremate não poderia ser mais preciso: “Daí verificar-se, por toda parte, um fenômeno que se poderia designar como fragmentação do modelo de conduta, ou seja, a utilização de parâmetros de comportamento específicos e diferenciados para as mais diversas situações.”⁶⁷

Quando se fala em *fragmentação do modelo de conduta* ou, ainda, de *diferentes modelos de diligência*, em última análise, parece admitir que existam, sim, formas diversas de se apreciar a culpa. E esse parece ser o nó górdio entre a crítica que se faz à doutrina da gradação da culpa e a realidade imponderável. De uma forma ou outra, terminamos por cinzelar, aplainar, martelar a concepção unitária da culpa, seja para não exigir demais de quem não deve ser exigido, seja para não exigir de menos a quem se dever requerer algo a maior.

Estratificar a culpa não significa negar que, do ponto de vista psicológico, ela seja uma *única* estrutura; esse, contudo, era o discurso que estava por detrás das

66. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos-morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 213.

67. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 40.

críticas racionalistas que fizeram prevalecer a estrutura monolítica da culpa, a teor do art. 1.137 do Código Napoleão. Por tal razão, a perspectiva normativista que se gerou em seguida como forma de superação a esse modelo, e que tomou vulto sob a forma da *culpa in abstracto*, em nada conflita com a possibilidade da existência de *formas variadas de culpa*, como bem observa Maria Celina Bodin de Moraes. Antes, é possível que seja com ele mais compatível.⁶⁸

7. CONCLUSÕES

A doutrina atual diz que foi superada a doutrina da tripartição ou gradação da culpa, que foi formulada a partir do princípio de *utilitas contrahentium*. A culpa é, hoje, vista sob um espectro uno e já não mais fracionário, como fez o Direito Romano, embora o tenha formulado apenas em seus períodos finais, e toda a Idade Média. Nada obstante, procurou-se demonstrar justamente o contrário: se analisados de modo sistemático, os ordenamentos modernos revelam uma visível proximidade com a gradação da culpa, muito mais que se imagina. O Direito Contemporâneo não descartou de todo a noção de graus, embora não o faça, evidentemente.

De modo geral, com efeito, todos acordam que se reputa desnecessário qualquer confronto, a fim de nivelar o tipo ou o grau de culpa, pois, uma vez mais, a culpa mais leve já ensejaria a responsabilidade. Nesse ponto, entretanto, é que iniciamos a reflexão a que nos propomos. Se é certo que não há mesmo mais espaço para o reingresso da doutrina da gradação da culpa nos termos como concebidos no passado, a dogmática moderna faz ela própria suas gradações, nivelamentos, ajustes e adaptações, o que, na prática, autoriza concluir que continuamos em alguma medida fazendo estratificações sobre a culpa.

A ideia de graduar termina sendo imponderável, pois permite calibrar, ora agravando, ora relevando, a responsabilidade, seja de um dos contratantes, seja mesmo em eventos de natureza extracontratual, considerando o grau de vantagens que

68. Sob essa premissa, a noção ora proposta de gradação da culpa pode corresponder a vários outros critérios reparação de danos que dificilmente seriam explicados diante da conformação unitária ou simplesmente abstrata da culpa. É o caso, por exemplo, da previsibilidade das perdas e danos prevista no art. 74 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, firmada em Viena em 11 de abril de 1980. Como se sabe, nela, a indenização é limitada tomando por base “a perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter tido conhecimento no momento da conclusão do contrato”. Como destacado pela doutrina, o instituto envolve elementos de natureza tanto objetiva como subjetiva, o que somente poderia ser compreendido dentro de um esquema teórico de gradação das posições assumidas pelos contratantes (cf.: TESCARO, Mauro. A previsibilidade do dano segundo a Convenção de Viena (e não somente?). Trad. Naiara Posenato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, v. 6, ano 3. jan.-mar. 2016. p. 197-224).

obtem diante de determinada relação jurídica. Parece iterativo que a responsabilização seja apreciada de modo mais denso ou cuidadoso sob certas situações que em outras, dada a multiplicidade de texturas e conexões da vida contemporânea. Assim, a doutrina que superou a da gradação, qual seja, a da culpa *in abstracto*, termina, agora, ela própria sendo superada pela necessidade de se reconhecer, nisso tudo, não uma, mas uma incontável massa de relações que tornam vazio o discurso de um padrão ideal de conduta.

Apesar de concebida para evitar o subjetivismo de uma teoria unitária e psicológica da culpa, a posição que a projeta *in abstracto* já não se ajusta mais à realidade atual por ser incapaz de perceber essa infinita riqueza de situações. Por outro lado, ao propor um *bom pai de família* ou um *reasonable man*, termina buscando muito mais um super-homem nietzschiano que alguém do gênero humano normal, ainda que em perspectiva. Melhor seria, então, que simplesmente se viesse a abolir a culpa como fator de imputação. Como em outras ocasiões, em sua preocupação por dar demasiada segurança, esquece-se que, não raro, existem relações que, pela própria conformação, são assimétricas e que, assim, exigem, também por definição, tratamento diferenciado.

A tese unitária, sem aperceber-se, desconsidera o fato de que, nas relações contratuais, várias são as regras que, por força do que acima foi mencionado, constituem deveres e obrigações diferentes. Essas peculiaridades ficam prenhes de significado diante dela, razão pela qual não há como evitar-se o uso de uma gradação da culpa. E, uma vez mais, nunca efetivamente se deixou de aplicá-la. Muitos dos Códigos ou sistemas jurídicos, ainda que de modo velado, recorrem a alguma forma de gradação.

Por outro lado, não se advoga um simples retorno à teoria tal como formulada na Idade Média. *Culpa lata, leve e levissima* não são *standarts* imóveis. Eles próprios nada mais são que institutos de inferência: não excluem a possibilidade de se graduar a culpa de maneira dinâmica, em conformidade com cada situação e seus aspectos correlacionais que, aportando significância à relação jurídica, mereçam ser levados em consideração. Se nós somos nós e nossas circunstâncias, e se para nos salvarmos devemos salvá-las também, na frase conhecidíssima de Ortega y Gasset, que o Direito leve essas mesmas considerações em conta na hora de valorar nossa conduta.

8. REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. *La responsabilità civile: principi*. Turim: UTET Giuridica, 2010.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. 3 ed. Atual. Pietro Maria Putti. Milão: Giuffrè, 2001.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed., 2000. v. 1.

- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Responsabilità contrattuale in diritto romano*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1958.
- BACACHE-GIBEILI, Mireille. *Droit civil: les obligations la responsabilité civile extracontractuelle*. Paris: Economica, 2007. t. V.
- BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of roman law*. Clark: The Lawbook Exchange, 2008.
- BONVICINI, Eugenio. *Responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1971. v. 1.
- BUCKLAND, William. *Roman Law & Common Law: a comparison in outline*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 1952.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 14-15.
- CARINGELLA, Francesco; DE MARZO, Giuseppe. *Manuale di diritto civile: ii le obbligazioni*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1954.
- DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1931. t. III.
- DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge. Les incapables. Les obligations*. 2. ed. Bruxelles: Bruylant, 1940.
- DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil: direito das obrigações, direito hereditário*. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1934. v. 3.
- DESCHEEMAEKER, Eric. *The division of wrongs: a historical comparative study*. Oxford: Oxford Press, 2009.
- DE WERRA, Jacques. Droit des contrats. Partie générale et contrats spéciaux. *Journal des Tribunaux II, Droit civil, poursuite pour dettes et faillites et procédure civile*, v. 160, n. 5, p. 257. 2012 (Disponível em: [<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:21797>]). Acesso em: 11.04.2016).
- ENGEL, Pierre. *Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO*. 2. ed. Berne: Staempfli, 1997.
- GILMORE, Grant. *The death of contract*. 2. ed. Columbus: Ohio University, 1995.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Art. 944. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 5. ed. Barueri: Manole, 2011.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10. ed. Atualizada por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- LA TORRE, Antonio. *Cinquant'anni col Diritto*. Milano: Giuffrè, 2008.
- LE BRUN. *Essai sur la prestation des fautes*. Paris: Antoine Bavoux, 1813. (fac símile).
- MAGANZANI, Lauretta. La diligentia quam suis del depositario dal diritto romano alle codificazione nazionale. *Collana della Rivista di Diritto Romano*, p. 67. Disponível em: [www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/Maganzani_3_4-5-6.pdf]. (Acesso em: 10.04.2016).
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil: obligations theorie générale*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998. v. 1. t. 2.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos-morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. I.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004, t. I.
- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil: les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*. 5. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1909. t. II.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Trad. Guillermo Cabanellas de Torres. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2007.
- RAMOS PAZO, René. *De las obligaciones*. Santiago: Jurídica de Chile, 1999.
- RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: LGDJ, 1949.
- RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil: según el tratado de Planiol*. Trad. Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 2002. t. V.
- ROCHA, Maria Vital da; DIAS, Eliza Cristina Gonçalves. O critério da *diligentia quam in suis* no direito romano e no Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*., v. 6, ano 3, p. 75-88. Jan.-mar. 2016.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.
- SANTUCCI, Gianni. “Diligentia”, “custodia”, “culpa” i dati fondamentali. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*. Roma, v. LVI, p. 29. 1990).
- SANFILIPPO, Cesare. *Istituzioni di diritto romano*. 10. ed. Soveria Mammeli: Rubbertino, 2002.
- SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe; GALGANO, Francesco. *Commentario del Codice Civile*. Bolonha: Zanichelli, 1964.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. Atual. José Serpa Santa Maria. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 2.
- TESCARO, Mauro. A previsibilidade do dano segundo a Convenção de Viena (e não somente?). Trad. Naiara Posenato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*., v. 6, ano 3, p. 197-224. Jan.-mar. 2016.
- VALDITARA, Giuseppe. *Damnun iniuria datum*. Turim: G. Giappichelli, 2005.
- VERONESE, Benedetta. *L'utilitas contrahentum nei contratti reali gratuiti in diritto romano classico: um modello di responsabilità*. Tese (Doutorado em Direito) – Università degli Studi de Padova, Padova, [s. d.]. p. 7. (Disponível em [http://paduaresearch.cab.unipd.it/4367/1/Tesi_PDF_unita.pdf]. Acesso em: 19.03.2016).
- VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2008.
- VOCI, Pasquale. *Diritto romano e diritti europei*. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche. Bologna: Il Mulino, 2010.
- SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français: les sources de la responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. t. I.

SHAPO, Marshall. *Principles of tort law*. 4. ed. St. Paul: West Academic, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligation: roman foundations of the civilian traditions*. Cape Town: Juta & Co., 1992.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A culpa e o surgimento da responsabilidade objetiva: evolução histórica, noções gerais e hipóteses previstas no Código Civil, de Cristiane de Marchi – RT 964/215-241 (DTR\2016\226);
- Culpa x Risco, de Orlando Gomes – RDCC 11/349-358 (DTR\2017\1677); e
- Um panorama histórico sobre a evolução da responsabilidade civil objetiva, de Rafael Maringelo – RIASP 33/55-96 (DTR\2014\8719).