

TRAÇOS DO CRITÉRIO DA *DILIGENTIA QUAM IN SUIS* NO DIREITO ROMANO E NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Maria Vital da Rocha
Faculdade 7 de Setembro

Eliza Cristina Gonçalves Dias
Faculdade 7 de Setembro

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. A reponsabilidade no direito romano: o critério da *diligentia quam suis*. – 3. O dever de diligência no Código civil brasileiro. – 3.1. A diligência no contrato de comodato. – 3.2. A diligência no contrato de depósito. – 3.3. O dever de diligência do administrador de sociedade empresarial. – 4. Conclusão.

1. Introdução

Alterum non laedere, preceito geral do direito romano, expresso de forma negativa, que significa não lesar o outro. Era um preceito que fundamentava o dever de cuidado que as pessoas deveriam ter, no âmbito de suas relações sociais, a fim de não causar prejuízo a ninguém¹.

Como princípio, permeou o direito romano antes do advento da *lex Aquilia*, plebiscito do final do século III, que regulou o dano genérico ou *damnum iniuria datum*² e que é considerado o marco inicial da responsabilidade civil extracontratual moderna.

A responsabilidade civil pode ter como fato gerador uma ação ou omissão e pode pautar-se em critérios objetivos ou subjetivos de responsabilização.

Os critérios objetivos são aqueles em que a conduta e o elemento psicológico do agente não são valorados. Independente de dolo ou culpa, se existir a prova do fato que ocasionou a lesão e o nexo causal, surge o dever de indenizar.

¹ D. 1.1.10.1 (Ulp. 1 reg.): *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

² Vide: D. 9.2: *Ad legem Aquiliam; Responsabilidade civil no direito romano*, in O.L. RODRIGUES JUNIOR, G. MAMEDE, M. VITAL DA ROCHA (coord.), *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*, São Paulo, 2011, pp. 1-16.

Na responsabilidade civil subjetiva é necessário que ocorra ação ou omissão dolosa ou culposa do agente e que esta ação gere um dano a outrem. Percebe-se, nesse caso, que o elemento psicológico é valorado, no evento danoso.

A *diligentia quam suis* foi um critério utilizado no direito romano para avaliar a responsabilidade subjetiva do agente. Trata-se de instituto desenvolvido no âmbito das obrigações contratuais e que media e valorava a responsabilidade do devedor.

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. Desse modo, se a coisa apresentasse um defeito, falava-se em culpa levíssima. Mas, se fosse constatado que o defeito era decorrente da inobservância do critério da *diligentia quam suis*, a responsabilidade era agravada consideravelmente.

Diligência é o antônimo de negligência, quem é negligente age em contrariedade ao dever de diligência e, portanto, fica adstrito a reparar o dano causado por meio de sua conduta.

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.

Apenas danos patrimoniais eram aferidos por meio do critério de diligência.

O presente trabalho pretende demonstrar a presença do critério *diligentia quam suis* no Código civil brasileiro, em face da influência do direito romano.

2. A responsabilidade no direito romano: o critério da *diligentia quam suis*

Nos textos Justinianêos a *diligentia quam suis* aparece em fragmentos que tratam de matérias distintas, revelando que sua aplicação era heterogênea e variada.

Tratava-se de padrão de responsabilidade, que era exigido ao devedor no adimplemento da obrigação e que servia para medir a sua responsabilidade por culpa, nas hipóteses de inadimplemento ou se adimplemento de maneira insatisfatória.

O ponto característico comum dos fragmentos do *Corpus iuris civilis*, que tratam do critério da diligência, é o fato de discorrerem acerca de relações contratuais e das obrigações que delas emanavam, além do caráter *intuitu personae* destas. A personalidade justifica o instituto, uma vez que utilizava-se a pessoa do devedor como referência para avaliar a responsabilidade pelo dano causado, como observa-se nos trechos colacionados a seguir.

Em I. 3.14.2, lê-se que se aquele que recebeu uma coisa em mútuo, vier a perdê-la, por qualquer caso fortuito, como incêndio, ruína, naufrágio, ou ataque de ladrões ou inimigos, permanece obrigado, não obstante a causa. Porém, o que recebeu a coisa em custódia, está obrigado a empregar o cuidado que tem com as suas pró-

prias coisas. A responsabilidade aumentará se for verificada que outra pessoa poderia ter sido mais cuidadosa na conservação da coisa³.

Gaio, em D. 17.2.72 (Gai. 2 *cott. rer.*), trata do padrão de diligência necessário ao sócio da *societas* romana, quando diz que o sócio também se obriga perante o outro sócio, por culpa, fundada na desídia e na negligência. Mas a culpa não deve ser examinada com base na diligência concreta, porque, para evitar o dano, faz-se necessária a diligência com que se cuida das próprias coisas⁴.

E, ao final, uma ironia do jurisconsulto, quando ele diz: *quia qui parum diligentem sibi socium adquiret, de se queri debet*. Ou seja, quem procura um sócio pouco diligente, deve queixar-se de si mesmo.

O que se observa no fragmento supra citado é a demonstração de que o sócio na administração dos bens da sociedade, respondia por dolo e, também, se obrigava pela culpa decorrente do «comportamento contrário aos deveres de lealdade e *diligentia*, prevalecendo o interesse social sobre o interesse particular do sócio»⁵.

Logo, os sócios deviam escolher bem com quem se associar, uma vez que a má escolha acabava surtindo efeitos negativos comuns.

Em D. 27.3.1 pr. (Ulp. 36 *ad ed.*), referindo-se à ação de tutela e da prestação de contas, em face da administração dos bens do pupilo, Ulpiano afirma que o tutor dará conta daquilo que fez, embora não devesse fazer e, também, do que não fez, quando era devido fazer, respondendo por dolo, culpa e por não ter prestado a diligência necessária, semelhante à que prestava aos seus próprios bens⁶.

Percebe-se no texto Ulpiano, que ele apresenta três critérios para dimensionar a responsabilidade: culpa, dolo e falta da *diligentia quam suis*.

Apesar disso, os autores divergem acerca da possibilidade da *diligentia quam suis* se considerada um terceiro critério para avaliar a responsabilidade subjetiva ou se se trata apenas de medida inserta no conceito de culpa mais ampla – culpa *latior*. O presente trabalho filia-se a esta segunda opinião.

Embora Ulpiano trate da *diligentia* em conjunto com os dois outros componentes da responsabilidade, no caso, o dolo e a culpa, a intenção extraída do texto é que

³ I. 3.14.2: *et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio ruina naufragio aut latronum hostiumve incurso, nihilo minus obligatus permanet. at is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire [...].*

⁴ D. 17.2.72 (Gai. 2 *cott. rer.*): *Socius socio etiam culpa nomine tenetur, id est desidia atque negligentiae. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquiret, de se queri debet.*

⁵ R.V. RIBEIRO, *Aspectos da societas romana*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Jan./Dez. 2006, v. 101, pp. 627-649, p. 645.

⁶ D. 27.3.1 pr. (Ulp. 36 *ad ed.*): *In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam.*

a culpa do tutor é mais ampla e, por isso, abarca um padrão de concreção e não de abstração como a *diligentia* do bom *paterfamilias*⁷.

Em D. 16.3.1.35 (Ulp. 30 *ad ed.*), Ulpiano, ocupando-se da ação de depósito, refere-se, mais uma vez o critério *diligentia quam suis*, desta vez, citando o jurisconsulto Juliano, quando diz que o depositário obriga-se em reparar o dano causado à coisa ou à quantidade depositada, por dolo, por culpa e pela custodia. Mas, não se responsabiliza por *casus fortuitos*⁸.

Recorda-se, aqui, a controvérsia entre Nerva e Proculo, citada por Celso, sobre o encargo do depositário, que, inicialmente, estava restrito ao dolo⁹.

Nerva defendeu que devia haver a extensão para englobar também a culpa latior – por meio da *diligentia quam suis*. Próculo considerava que a utilização desse juízo para ponderar a atitude do depositário, poderia chegar ao extremo de não considerar como violadora da *bona fides* uma atitude descuidada com a coisa alheia, se a pessoa também fosse descuidada com as suas próprias coisas.

Sobre a questão, Reinhard Zimmermann, apoiando-se em D. 16.3.1.32 (Ulp. 30 *ad ed.*), afirma que o jurisconsulto Celso seguiu a opinião de Nerva e introduziu um conceito relativo de dolo, pois a pessoa que tem o depósito da coisa viola a boa fé, quando é mais descuidada com a propriedade do depositante do que com a sua própria coisa, ou seja, quando não emprega a mesma diligência que empregaria aos seu próprio negócio¹⁰.

Este também era o cuidado que o marido deveria dispensar aos bens do dote, pertencentes à sua mulher, isto é, a mesma maneira com que cuidava dos seus próprios bens. É o que afirma Ulpiano, em D. 24.3.24.5 (Ulp. 33 *ad ed.*), quando diz que se marido foi cruel com os escravos que recebeu a título de dote, poderá ser demandado por isso. Se foi cruel só com os escravos da mulher também fica obrigada a responder. Se foi cruel com os dele e com os da mulher, também deve responder pela sevícia que

⁷ «La *diligentia* che doveva osservare il debitore era quella del buon *paterfamilias*, del *vir bonus*; ma in alcuni contesti i giuristi si rifacevano alla diligenza concretamente impiegata nei propri affari dal debitore, la c.d. *diligentia quam in suis*, la cui assenza, secondo la terminologia medievale, porta ad una *culpa in concreto*, contrapposta alla *culpa in abstracto*, provocata dalla mancanza della *diligentia* del buon padre di famiglia». M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2013², p. 329.

⁸ D. 16.3.1.35 (Ulp. 30 *ad ed.*): *Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit, periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.*

⁹ D. 16.3.32 (Cels. 11 *dig.*): *Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.*

¹⁰ «Celsus, however, sided with Nerva and introduced what one might call the concept of relative dolo: a careless person, too, acts in breach of good faith (= *dolo malo*), if is more careless with regard to the depositor's property than with regard to his own». R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 211.

cometeu, porque a única coisa que a mulher esperava era que ele tivesse cuidado dos seus escravos com a mesma diligência com que devia cuidar dos dele.

Em D. 10.2.25.16 (Paul. 23 *ad ed.*), Paulo apresenta outra situação jurídica abrangida pelo critério de diligência, que era a do coerdeiro, em relação aos bens da comunhão.

Embora não se trate de relação contratual, afirma-se que o coerdeiro pode responder por dolo ou por culpa, em relação ao dano causado à universalidade, coisa que deve cuidar com a mesma diligência empregada em suas próprias coisas¹¹.

O que conclui-se, com a breve exposição, é que, no direito romano o dever de diligência era derivado de relações obrigacionais contratuais, embora pudesse existir exceções, como no caso do coerdeiro, e que permitia dosar o grau de responsabilidade subjetiva do devedor, por meio da culpa em sentido mais amplo, utilizando critérios baseados na sua própria conduta.

Em relação às coisas que detinha em sua posse e administração, o devedor deveria agir com o mesmo cuidado e zelo que dispensava às coisas que lhe pertencia.

Não é um parâmetro difícil de mensurar, uma vez que não estava baseado em conceitos abertos e de difícil definição, como ocorria com a diligência de um bom pai de família. A pessoa do devedor era a base de avaliação, se a pessoa era responsável e cuidadosa com seus bens, ela devia, conseqüentemente, empregar a mesma conduta com os bens que estivessem sob o seu poder. Em contrapartida, se a pessoa fosse desleixada com suas coisas e da mesma forma agisse com os bens que lhe fossem confiados, era necessário que se averiguasse uma possível violação da *bona fides* ou de outros elementos componentes da relação obrigacional que permitissem a culpabilidade do devedor.

3. O dever de diligência no Código civil brasileiro

O direito romano influenciou muitas codificações civis de países com base na *civil law*. Não é raro constatar a presença de institutos da época romana incorporados aos códigos contemporâneos, que permanecem imutáveis.

Na realidade globalizada em que vivemos, onde as fronteiras entre os países se reduziram, devido às facilidades de disseminação de informação, e que nos traz novos problemas jurídicos, pode parecer que os institutos romanos tornaram-se obsoletos ou insuficientes. Entretanto, como observar-se-á, por meio da presente investigação,

¹¹ D. 10.2.25.16 (Paul. 23 *ad ed.*): *Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens pater familias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit: talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. eadem sunt, si duobus res legata sit: nam et hos coniunxit ad societatem non consensus, sed res.*

que trata da *diligentia quam suis*, a sociedade moderna continua utilizando o direito romano como fonte de inspiração, na elaboração de suas leis.

O dever de diligência permeia o Código civil brasileiro, de forma não homogênea, em institutos variados, à semelhança do que observou-se no *Corpus iuris civilis*. Mostraremos, a seguir, alguns casos de incidência deste critério.

3.1. A diligência no contrato de comodato

O comodato é um contrato de empréstimo gratuito, de coisa infungível para que a pessoa utilize e depois restitua a coisa. É um contrato unilateral que gera obrigações apenas para o comodatário.

Ao comodatário surge a obrigação de conservar o bem e utilizá-lo de acordo com a sua natureza e com os fins acordados. Se assim não agir, responderá pela perda e deterioração da coisa.

Ao tratar das obrigações do comodatário, o Código civil exige a mesma diligência que ele emprega no cuidado de seus bens pessoais, como ocorria no direito romano.

A legislação brasileira vai além e determina que em situação de risco conjunto dos bens pessoais e dos bens sob o regime de comodato, não pode, o comodatário, salvar apenas os seus e abandonar os do comodante¹²:

Art. 582: *O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.*

Art. 583: *Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior¹³.*

O parâmetro de zelo e cuidado que deve ser observado pelo comodatário é o de um proprietário. Sua obrigação é a de conservação do bem como se fosse dono do mesmo, não podendo negligenciar nos deveres de cautela em relação à coisa que lhe foi

¹² Nosso Código «exige que o comodatário lhe dê o tratamento que dispensa às coisas suas, não lhe servindo de escusativa, obviamente, ser habitualmente desleixado. A rigor exige ainda maiores cuidados, pois que responde por perdas e danos o comodatário se, correndo igual risco a coisa sua e a comodada, der preferência àquela no salvamento (Código Civil, artigo 583), ainda que provenha de caso fortuito ou força maior». C.M. DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil. Contratos*, Rio de Janeiro, 2014, p. 328.

¹³ BRASIL. *Código civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, consultado em 15 de março de 2015.

dada em comodato, tendo a obrigação de defender a posse do bem, se houver algum tipo de ameaça¹⁴.

3.2. A diligência no contrato de depósito

Depósito é um contrato real mediante o qual alguém entrega um bem móvel para o depositário, que o terá em sua guarda até que o depositante o reclame para si.

O depositário tem a custódia da coisa, devendo dispensar à mesma o cuidado e a diligência que teria com suas próprias coisas e ainda devolvê-la, com frutos e acréscimos gerados durante o período de depósito, se isto for acordado entre as partes, como determina o Código civil:

Art. 629: *O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscimos, quando o exigir o depositante.*

O principal dever do depositário é o de *diligentia quam suis* que é «tão característico deste negócio jurídico que se considera a obrigação típica deste contrato, e tão relevante que se erige em seu elemento técnico»¹⁵.

As decisões dos tribunais brasileiros acompanham a legislação civil e confirmam a necessidade de o depositário zelar os bens sob sua custódia, conforme se ver, a seguir:

TJSC. Contrato de depósito. Guarda-volumes de casa noturna. Aplicação dos arts. 627 e 629 do CC/2002. Uma vez demonstrada, mediante prova testemunhal, a ocorrência da traditio de bem a preposto de casa noturna responsável pelo serviço de guarda-volumes, caracterizado está o contrato de depósito (CC/2002, art. 627), produzindo todos os efeitos jurídicos que lhe são peculiar, mormente o atinente à obrigação de guardar e conservar a coisa que está sob sua custódia com diligência como se sua fosse – *diligentiam suam quam suis* (CC/2002, art. 629), respondendo o depositário por sua perda ou deterioração quando evidenciada sua conduta culposa¹⁶.

¹⁴ A negligência na defesa do bem não seria uma atitude típica do proprietário. «Assim, se, por exemplo, terceiros esbulham ou usurpam a posse do bem, cabe ao comodatário defendê-la pelos meios apropriados, dando de tudo ciência ao comodante». F. ULHOA COELHO, *Curso de direito civil*, III, *Contratos*, Saraiva, 2013⁶, p. 257.

¹⁵ C.M. DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil. Contratos*, cit., p. 347.

¹⁶ Acórdão: Apelação Cível n. 2006.013963-9, de Balneário Piçarras. Relatora: Des. Saete Silva Sommariva. Data da decisão: 10.10.2007. Publicação: DJSC Eletrônico n. 349, edição de 11.12.2007, p. 130.

O acórdão acima classifica a negligência do depositário como caracterizadora do elemento culpa da responsabilidade subjetiva, em que é analisado o componente psicológico do agente, da mesma maneira que o faziam os jurisperitos romanos, estando a ausência de diligência dos bens, como se fosse proprietário, compreendida na culpa ampla.

3.3. O dever de diligência do administrador de sociedade empresarial

O último instituto do direito brasileiro que incorporou a *diligentia quam suis* foi a sociedade empresária.

Aos administradores de sociedades empresárias é imposto o dever de bem gerir o patrimônio alheio, zelando como faria um bom *paterfamilias* na administração de seus negócios, como preceitua o artigo:

Art. 1011: *O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios*¹⁷.

Portanto, na administração de empresa, não basta o critério abstrato do bom pai de família ou homem probo, como entoa o Código civil. Adentrando na concretude, o Código exigiu do administrador da sociedade a mesma diligência que seria por ele empregada na administração de seu patrimônio pessoal.

Fabio ULHOA ressalta que, em se tratando de sociedades empresárias, em que são necessários conhecimentos técnicos, o mais apropriado seria a operacionalização do dever de diligência, por meio de conhecimentos da ciência da administração. «Diligente, de acordo com essa solução, é o administrador que observa o postulado daquele corpo de conhecimentos tecnológicos, fazendo o que nele se recomenda e não fazendo o que se desaconselha»¹⁸.

Nas sociedades empresárias, além do mero dever negativo de o administrador não agir com negligência, é necessário a caracterização de um dever positivo de diligência qualificada pela junção dos padrões do bom pai de família, do diligente com o patrimônio alheio da mesma forma que é com seu patrimônio e do conhecedor de técnicas empregadas pela ciência da administração.

Nota-se que diligência especial exigida nas sociedades empresárias brasileiras é a do administrador e não a dos sócios, como ocorria na *societas* romana.

¹⁷ BRASIL. *Código civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, consultado em 15 de março de 2015.

¹⁸ F. ULHOA COELHO, *Curso de direito comercial, II, Direito de empresa*, São Paulo, 2012¹⁶, p. 274.

4. Conclusão

O codificador brasileiro não determinou o conceito de diligência, da mesma maneira que não encontra-se nos textos romanos a definição de *diligentiam quam suis*. Entretanto, pela interpretação e exegese dos textos romanos e brasileiros, pode-se concluir que não se trata de um parâmetro rígido, mas de um preceito de comportamento social, que reflete nas categorias jurídicas abordadas no presente trabalho.

Enquanto fenômeno jurídico, o dever de diligência impõe um padrão de comportamento desejável e um critério para valorar a culpa do devedor pelo inadimplemento da obrigação.

A *diligentia quam suis* é o modo de agir do bom devedor, assumindo uma posição de zelo e de resguardo com a coisa alheia, do modo que teria com a sua própria coisa, e que tem-se por desejável, desde a época romana até os dias atuais, fundamentando a responsabilidade por culpa, em relações jurídicas equivalentes e até iguais, no direito brasileiro e no direito romano. Sem dúvida um critério desejado e oportuno, nas relações negociais, na sociedade globalizada.

