

Os Fatores de Atribuição na Responsabilidade por Danos

ANDRÉ FONTES

Procurador Regional da República. Professor na Universidade do Rio de Janeiro - Uni-Rio

§1º Metodologia - Nas “Quintas Jornadas de Direito Civil” da Argentina, realizadas em 1971, na cidade de Rosário, a Quinta Comissão aprovou como conclusão que “a obrigação de ressarcir reconhece como regra os seguintes pressupostos: I) antijuridicidade; II) danos; III) causalidade; IV) fatores de atribuição”¹.

Passados vinte e sete anos desde a sua aprovação, continua desconhecida no Brasil a conclusão acerca dos “fatores de atribuição”.

Este ensaio visa a colmatar essa lacuna na literatura brasileira e a ordenar a sua compreensão sistemática. O trabalho se inicia com a determinação de um conceito. Partiu-se da premissa de que todo o conhecimento é conceitual, seja ele científico ou do senso comum². Por conceito entendeu-se o significado que os fatores de atribuição teriam para o Direito³.

Considerou-se que este conceito seria substancial e fundado, expressando um valor de aplicação como regra de conduta social⁴, ainda que os conceitos jurídicos sejam predominantemente indeterminados⁵. A generalização do conceito e a sua capacidade de atender a vários ramos da Ciência Jurídica atribuem aos fatores de atribuição o predicado de verdadeira categoria jurídica⁶, porque aqui se propõe que eles sejam tidos como

¹ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 111.

² COSTA, Newton da. *Lógica Indutiva e Probabilidade*. São Paulo: Hucitec, 1993. p. 11.

³ COSTA, Cláudio Ferreira. *Filosofia Analítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992. p. 14.

⁴ BIELSA, Rafael. *Metodologia Jurídica*. Santa Fé: Editora Castellvi, 1961. p. 69.

⁵ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 208.

⁶ RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 56.

conceitos fundamentais com relação a certa ordem, servindo de apoio para a compreensão de determinada esfera do conhecimento⁷. Mas não se trata de categoria puramente abstrata, que mais se situaria no campo da lógica, e sim de categoria concreta, baseada em componentes factuais, como toda base mesma do sistema categorial jurídico⁸.

A existência de um nome ou designação (*rectius*: termo), representando aquele conceito⁹, isto é, distinguindo o conceito da sua expressão verbal ou simbólica, é algo determinante. Aqui o termo é usado como expressão de um conceito¹⁰. A fim de tornar mais preciso o objeto, empregou-se um termo particular¹¹ ou singular¹² para os “fatores de atribuição”. Entendeu-se por termo particular um nome específico. Dessa forma, permitiu-se que os “fatores de atribuição” assumissem uma existência própria por meio da linguagem¹³. A designação é decisiva para a afirmação de uma teoria e tão difícil quanto instruí-la é nominá-la¹⁴, pois o homem tem mais propensão para idéias do que para inventar palavras¹⁵.

Adotou-se como critério de classificação dos fatores de atribuição o conteúdo¹⁶, já usado na literatura argentina, pois o instituto é unicompreensivo dos seus aspectos subjetivos e objetivos¹⁷.

Nosso método de investigação baseou-se na chamada Teoria Perspectivista. Assim, na elaboração deste ensaio considerou-se o conjunto de pontos de vista, desde os quais esta adquire uma significação potenciada, esgotando, até os limites do possível, a totalidade da visão do tema¹⁸. Dentre

⁷ TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del Derecho*. 5ª ed. Cidade do México: Editorial Penna, 1971. p. 87.

⁸ DIMAS, Lemus. *Hacia una Teoria General del Patrimonio*, trabalho guatemalteco perante o XII Congresso Internacional de Notariado Latino. Buenos Aires, 1973. p. 25.

⁹ HEMPEL, Carl G. *Filosofia da Ciência Natural*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970. p. 109.

¹⁰ VIRIEUX-REYMOND, Antoinette. *La Logica Formal*. Buenos Aires: Libreria El Ateneo Editorial, 1976. p. 14.

¹¹ HEMPEL, Carl G.. *Op. cit.* 109.

¹² LIARD, L.. *Lógica*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1963. p. 15

¹³ CUPIS, Adriano de. *Osservatorio sul Diritto Civile*. Milão: A. Giuffrè, 1992. p. 39.

¹⁴ RUMNEY, Jay, MAIER, Joseph. *Manual de Sociologia*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979. p. 164.

¹⁵ DE TOCQUEVILLE, citado por Rumney e Maier, *op. cit.* p. 164.

¹⁶ BIELSA, Rafael. *Op. cit.* p. 188.

¹⁷ VÁZQUEZ Ferreyra, Roberto A.. *Op. cit.* p. 195.

as perspectivas possíveis no Direito, optou-se pela jurídico-positiva¹⁹.

§2º Introdução - O prejuízo que alguém causa a outrem constitui um dano²⁰. Como, em sentido amplo, toda atividade determina algum sacrifício ou prejuízo, normalmente esse dano integra o conteúdo do tráfico jurídico como dano de natureza econômica²¹. Entretanto, os riscos do tráfico compreendem outros danos, causados por prejuízos injustos²², que causam a lesão a um interesse merecedor de tutela jurídica²³ e atingem o equilíbrio das relações exigindo a sua recomposição. São danos que derivam de um comportamento anômalo que atingem a esfera jurídica alheia²⁴. A probabilidade de esses danos ocorrerem se agrava pela complexidade dos casos resultantes do constante progresso social²⁵, que torna impossível a precisa indicação, por meio de tipos legais, da pluralidade dos fatos que devem ser qualificados como injustos, e que impõe, no enunciado legal, a diretriz máxima de duas cláusulas gerais: o princípio da atipicidade do ilícito civil²⁶ e o princípio do ressarcimento de todo dano qualificado como injusto²⁷. Esse ressarcimento é de cariz tão-somente indenizatório e não preventivo ou punitivo²⁸, motivo pelo qual jamais deve se tornar um meio de enriquecimento ilegítimo para a vítima²⁹.

¹⁸ MARIN PEREZ, Pascual. *Manual de Introduccion a la Ciencia del Derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1968. p. 68.

¹⁹ MARIN PEREZ, Pascual. *idem*. p. 27.

²⁰ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*. 12ª ed. Milão: Giuffrè. p. 695.

²¹ ALPA, Guido. *Istituzioni di Diritto Privato*. 2. ed. Turim: UTET, 1997. p. 1096.

²² TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Privato*. 31ª ed. Pádua: CEDAM, 1990. p. 189.

²³ BARBERO, Domenico. *Il Sistema del Diritto Privato*. 2ª ed. Turim: UTET, 1992. p. 854.

²⁴ BESSONE, Mario *et alii*. *Istituzioni di Diritto Privato*. 3ª ed. Turim: Giappichelli, 1996. p. 945.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 363.

²⁶ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Op. cit.* p. 695.

²⁷ GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. 5ª ed. Pádua: Edizioni Cedam, 1988. p. 341.

²⁸ ASÚA GONZÁLEZ, Clara *et alii*. *Manual de Derecho Civil*, vol. II. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1996. p. 450.

²⁹ GEORGIN, Charles. *Notions Élémentaires de Droit Civil*. 7ª ed. Paris: Éditions Eyrolles, 1947. p. 337.

Do fato causador do dano injusto nasce a obrigação de indenizar. Essa relação obrigacional vista da parte do credor é qualificada como direito subjetivo³⁰. Na concepção civilística, esse credor tem duas espécies de poderes: (a) o direito à prestação (direito subjetivo) e (b) o poder de exigí-la (pretensão). Ao direito subjetivo de ser indenizado corresponderá uma pretensão³¹ (ou mesmo múltiplas pretensões³², ou seja, o poder de exigir a indenização do causador³³).

Sujeitam-se a esse tipo de injusto duas classes de situações: (a) a situação econômica (gerando o dano patrimonial) e (b) a situação psicofísica (gerando o dano moral). A ambas assegura-se a reparação dos danos mediante indenização pretendida pelas vítimas ao causador do prejuízo. O agressor sujeita-se ao dever de indenizar com base na idéia de que a liberdade do homem traz implícita a responsabilidade - inclusive patrimonial - por seus atos³⁴.

Todo esse fenômeno é designado de responsabilidade por danos³⁵.

§3º A responsabilidade por danos - A responsabilidade é uma conquista da civilização³⁶. Evoluiu de sua forma clássica, fundamentada na culpa e vem se sujeitando a inovações conceituais e se moldando em torno da Teoria do Risco. Deste modo, hoje se caminha no sentido de exigir tão-somente a existência de nexos causal entre o evento ocorrido e o dano conseqüente³⁷. Até mesmo o seu fundamento começa a ser alinhado a partir de novas concepções filosóficas, como o personalismo ético, entendido aqui

³⁰ CZACHÓRSKI, Witold. *Il Diritto delle Obbligazioni*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1980. p. 29.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Natureza do Prazo Extintivo da Ação de Nulidade do Registro de Marcas*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, 77. p. 58.

³² KOHLER, Josef. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. Berlin und Leipzig: Dr. Walther Rothschild, 1909. p. 56.

³³ MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 4., neubearbeitete Auflage. Heidelberg: Müller, Jur. Verl., 1990. p.34.

³⁴ WOLF, Ernst. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. Lehrbuch. 3., erw. Aufl. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymann, 1982. p. 120.

³⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Panorama del Derecho Civil*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1973. p. 221.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997. p. 363.

³⁷ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *Op. cit.* pp. 362-363.

como forma de ter o agente responsabilidade, por assumir as conseqüências do próprio agir segundo as bases éticas³⁸.

Entretanto, a responsabilidade por danos é regularmente tratada como um complexo de três requisitos: (a) uma atividade (requisito subjetivo), (b) um nexo de causalidade (requisito formal) e (c) um dano (requisito objetivo). No Direito Privado o primeiro requisito (a atividade) deve ser qualificado normalmente como culposo.

No atual conhecimento do tema, entende-se serem funções da responsabilidade por danos: (I) a afirmação do poder estatal; (II) a sanção; (III) a prevenção; (IV) o ressarcimento³⁹.

Nessa perspectiva, as mudanças sociais e o anseio de justiça ideal impõem a evolução desses conceitos, bem como exigem que a responsabilização busque soluções que não se afastem dos seus próprios fundamentos, logrando sempre a reparação de todo o dano injusto, e não simplesmente sancionar a culpa⁴⁰, o que exigiria a própria superação do termo “responsabilidade civil” por “responsabilidade por danos”⁴¹, preferido na designação deste trabalho.

§4º Os fatores de atribuição - Por “fatores de atribuição” se entende “o fundamento da obrigação indenizatória que atribui juridicamente o dano a quem deve indenizá-lo”⁴². Diante de um dano injusto ocorrido, “o fator de atribuição nos dará a última resposta acerca de quem e porque o deve suportar”⁴³. “Ao se falar de fator de atribuição se faz menção ao fundamento de que a lei toma em consideração para se atribuir juridicamente a obrigação de indenizar um dano, fazendo recair seu peso sobre quem em justiça corresponde”⁴⁴. Constitui a “razão especial” que estabelecerá a quem se deve

³⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil brasileiro. Introdução*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991. p. 596.

³⁹ ALPA, Guido. *Op. cit.* 1096.

⁴⁰ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *Op. cit.* p.245

⁴¹ *idem.* p. 245.

⁴² VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.. *Op. cit.*, p. 194

⁴³ *idem.* p. 193.

⁴⁴ *idem.* p. 193.

impor as conseqüências do dano⁴⁵. Constituem os fatores de atribuição a resposta à seguinte questão: por que da obrigação de indenizar?⁴⁶

Seriam, pois, os “fatores de atribuição” um pressuposto da obrigação de ressarcir, junto com a ilicitude, o dano, a causalidade e outras partes de natureza complementar integrante do sistema jurídico⁴⁷.

Sob certa ótica, os “fatores de atribuição” poderiam ser compreendidos como um risco criado pela existência ou atuação de determinado grupo⁴⁸.

O termo no plural se justificaria na idéia de um catálogo amplo e aberto no qual se incluem critérios subjetivos e objetivos⁴⁹. Assim, não se limitariam aos casos de responsabilidade subjetiva⁵⁰.

A evolução da responsabilidade por danos alcançaria, assim, com os “fatores de atribuição”, a última etapa de seu desenvolvimento, substituindo a culpa (fundamento comum inicial) como critério básico do sistema ressarcitório, dada a insuficiência dos seus resultados⁵¹.

A culpa é compreendida como um dos fatores de atribuição, ao lado do risco criado, a equidade, a garantia dentre outros⁵².

Os “fatores de atribuição” subjetivos se baseiam exclusivamente na culpa e no dolo⁵³. Porém, é de se notar que a referência aos fenômenos que compreendem o conteúdo dos “fatores de atribuição” objetivos (como a solidariedade e a equidade, dentre outros) é meramente enunciativa, sujeita a constante expansão.

⁴⁵ idem. p. 193.

⁴⁶ idem. p. 193.

⁴⁷ BAIGÚN, David e BERGEL, Salvador Dario. *El fraude en la administración societaria*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1988. p. 104.

⁴⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 1992. p. 59

⁴⁹ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *Op. cit.* p. 113.

⁵⁰ idem. p. 113.

⁵¹ GESUALDI, Dora Mariana. *Responsabilidad civil: factores objetivos de atribución, relación de causalidad*. Buenos Aires: Ed. Ghersi-Carozzo, 1987. pp. 15-16.

⁵² Para um exame do processo histórico que redundou nos fatores de atribuição, veja-se PIZZARRO, Ramón Daniel. *Responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa*. Buenos Aires: Universidad, 1983.

⁵³ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.. *Op. cit.* p. 197.

§ 5º Os fatores de atribuição subjetivos - Por fatores subjetivos de atribuição se entende aqueles “que têm em conta a análise valorativa da conduta do autor do prejuízo”⁵⁴. Decorrem de qualquer ato voluntário dirigido ao fato causador do dano⁵⁵, podendo tal comportamento danoso ser reprovado a título de culpa ou ainda de dolo.

Os únicos fatores subjetivos de atribuição são: (a) a culpa e (b) o dolo⁵⁶. Esses, por sua vez, são modalidades fundamentais que compõem a culpa em sentido amplo⁵⁷, já que se torna inicialmente irrelevante a distinção em Direito Civil, por mensurar-se o dano e não o ânimo do agente⁵⁸. Em sentido lato, a culpa é pressuposto e medida da imputabilidade⁵⁹, mesmo entendida como fator de atribuição⁶⁰. No entanto, por não constituírem requisito presente em toda e qualquer responsabilidade, os fatores subjetivos não são exigidos na responsabilidade objetiva: em verdade, são eles forma de classificação de conhecimento do fenômeno, e não meio de sujeição da realidade.

§ 6º Os fatores de atribuição objetivos - Em linhas gerais recebem a designação de fatores objetivos de atribuição toda série aberta de critérios legais de imputação que justificam a imposição de dano a determinado agente⁶¹.

São assim designados porque contrastam com os fatores subjetivos⁶². Estão categorizados como objetivos porque dispensam a valoração da conduta do agente causador do dano⁶³, tornando irrelevante a voluntariedade e a

⁵⁴ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.. *Op. cit.* p. 196.

⁵⁵ *idem.* p. 196.

⁵⁶ *idem.* p. 196.

⁵⁷ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 341.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. pp. 452-453.

⁵⁹ DUSI, Bartolomeo. *Istituzioni di Diritto Civile*. 2ª ed. Turim: G.Giappichelli, 1937. p. 168.

⁶⁰ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *Op. cit.* p. 248.

⁶¹ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.. *Op. cit.* p. 207.

⁶² *idem.* p. 196.

⁶³ *idem.* p. 207.

culpabilidade⁶⁴, pois o fundamento da reparação está assentado numa causa externa, diversa do juízo de valoração que exigia o comportamento danoso⁶⁵.

Não se esgotam no fenômeno denominado de “risco criado”⁶⁶, pois constituem um catálogo aberto e dinâmico que se amplia por toda obra legislativa ou mesmo jurisprudencial ou doutrinária⁶⁷, ainda que essa não-taxatividade seja dirigida ao futuro⁶⁸.

Tendem os fatores de atribuição em sentido objetivo a serem relatados apenas em rol enunciativo, pela dinâmica na inclusão dos novos critérios decorrentes da criação jurisprudencial, que vem reconhecendo os novos e avançados fatores objetivos próprios da socialização dos danos, já agora com critério não somente de conotação jurídica, mas, também econômica⁶⁹.

No estado atual do conhecimento acerca dos fatores objetivos de atribuição, enumera-se os seguintes fenômenos⁷⁰:

- a) a solidariedade;
- b) a seguridade social;
- c) o risco criado;
- d) a equidade;
- e) a garantia e tutela especial do crédito;
- f) igualdade dos ônus públicos;
- g) seguro;
- h) critérios econômicos.

Todavia, é intuitivo que novas áreas estão vocacionadas para contribuir na elevação do rol de fatores objetivos, como a defesa do consumidor, o meio ambiente e a situação de titular do poder de controle de situações empresariais ou complexas como, por exemplo, na subcontratação.

⁶⁴ idem. p. 196

⁶⁵ idem. pp. 196-197.

⁶⁶ idem. p. 207.

⁶⁷ idem. p. 196.

⁶⁸ idem. p. 196.

⁶⁹ idem. p. 197.

⁷⁰ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.. *Op. cit.* p. 207.

§ 7º Conclusões

1 - O fator de atribuição nada mais é que o fundamento da reparação pela socialização do risco.

2 - Constitui uma forma de consolidar a responsabilidade por danos, em decorrência das mudanças sociais, com a superação da tradicional responsabilidade civil.

3 - Integra um juízo normativo em branco, capaz de ser completado por novas fórmulas identificadas na realidade social.

4 - Visa a legitimar os novos critérios de responsabilização, elencados e denominados de fatores objetivos de atribuição. ◆