

mar 2010

**artigos DIREITOGV**  
working papers

**RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA:  
CORREÇÃO DE TROCAS INEFICIENTES  
OU REPRESSÃO AO ILÍCITO?**

*Flavia Portella Püschel*

46

 FUNDAÇÃO  
GETULIO VARGAS



**DIREITOGV**  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

**RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA:  
CORREÇÃO DE TROCAS INEFICIENTES  
OU REPRESSÃO AO ILÍCITO?**

*Flavia Portella Püschel*

46



FUNDAÇÃO  
GETULIO VARGAS



**DIREITOGV**

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

### **COLEÇÃO DE ARTIGOS DIREITO GV (WORKING PAPERS)**

A Coleção de Artigos Direito GV (*Working Papers*) divulga textos em elaboração para debate, pois acredita que a discussão pública de produtos parciais e inacabados, ainda durante o processo de pesquisa e escrita, contribui para aumentar a qualidade do trabalho acadêmico.

A discussão nesta fase cria a oportunidade para a crítica e eventual alteração da abordagem adotada, além de permitir a incorporação de dados e teorias das quais o autor não teve notícia. Considerando-se que, cada vez mais, o trabalho de pesquisa é coletivo diante da amplitude da bibliografia, da proliferação de fontes de informação e da complexidade dos temas, o debate torna-se condição necessária para a alta qualidade de um trabalho acadêmico.

O desenvolvimento e a consolidação de uma rede de interlocutores nacionais e internacionais é imprescindível para evitar a repetição de fórmulas de pesquisa e o confinamento do pesquisador a apenas um conjunto de teorias e fontes. Por isso, a publicação na Internet destes trabalhos é importante para facilitar o acesso público ao trabalho da Direito GV, contribuindo para ampliar o círculo de interlocutores de nossos professores e pesquisadores.

Convidamos todos os interessados a lerem os textos aqui publicados e a enviarem seus comentários aos autores. Lembramos a todos que, por se tratarem de textos inacabados, **é proibido citá-los, exceto com a autorização expressa do autor.**

## **Responsabilidade civil objetiva: correção de trocas ineficientes ou repressão ao ilícito?**

*Flavia Portella Püschel<sup>1</sup>*

Envie seus comentários para: [flavia.puschel@fgv.br](mailto:flavia.puschel@fgv.br).

### **Sumário**

1 Responsabilidade civil em casos de exclusão da ilicitude .....	5
2 A responsabilização objetiva e seu efeito sobre a ilicitude.....	7
3 O caso do <i>recall</i> obrigatório de produtos defeituosos .....	10
Bibliografia .....	12

---

<sup>1</sup> Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)  
Pesquisadora do núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap)  
Professora da DIREITO GV

A chamada análise econômica do direito compreende a responsabilidade civil extracontratual como um instrumento de correção de trocas ineficientes.

Segundo Cooter e Ulen (COOTER e ULEN, 2004, p. 310), do ponto de vista econômico, a responsabilidade civil (*tort law*) consiste essencialmente em um instrumento de política pública empregado para internalizar externalidades decorrentes de altos custos de transação.

A responsabilidade civil é necessária quando os custos de negociar são altos demais para permitir a cooperação entre os envolvidos, como no caso de acidentes de trânsito: não é possível que cada motorista negocie com todos os outros motoristas um acordo sobre como alocar o risco de futuros acidentes<sup>2</sup>.

Nesse sentido, as regras de responsabilidade civil seriam uma espécie de substituto dos contratos, para as situações nas quais a negociação de um acordo não pode ser alcançada devido aos obstáculos criados pelos custos de transação.

Seu propósito é levar os causadores de danos a internalizarem os custos do prejuízo causado, criando um incentivo para que potenciais causadores de dano invistam em segurança em um nível eficiente (COOTER e ULEN, 2004, p. 310-311).

Sendo assim, a responsabilidade civil objetiva<sup>3</sup> - objeto deste trabalho -, ao atribuir ao sujeito que age o dever de reparar os danos decorrentes de sua ação, independentemente do grau de investimento que tenha feito para preveni-los, fornece incentivos para que o agente adote todos os cuidados para evitar prejuízos até o ponto em que o custo com segurança passe a superar o custo com a indenização dos danos, consistindo, portanto, em meio para a alocação eficiente de recursos, entendendo-se como eficiente a alocação de recursos que resulte na maximização de riquezas.<sup>4</sup>

Note-se que, uma vez que o nível eficiente de segurança não é necessariamente um nível total ou mesmo máximo de segurança, um sistema de responsabilidade civil objetiva voltado à eficiência econômica não pode ser compreendido propriamente como um sistema de *proibição* de causar danos: provocar danos é *permitido* (e até desejável em certas circunstâncias, do ponto de vista da maximização de riquezas), desde que seu causador os internalize, por meio da reparação à vítima.

Isso não significa que a responsabilidade civil seja o único instrumento que pode ser empregado em políticas públicas para o fim de incentivar a adoção de um nível eficiente de segurança<sup>5</sup>, mas significa que – conforme a análise econômica do direito - esta seria a razão de ser das normas de responsabilidade civil em geral e, portanto, também das regras de responsabilidade objetiva.

---

<sup>2</sup> Custos de transação incluem o custo da negociação, emoções, o fato de certas informações não serem públicas, etc.

<sup>3</sup> Neste texto usamos a expressão “responsabilidade objetiva” para indicar a forma de responsabilidade civil que dispensa a análise da culpabilidade do autor do dano para imputar-lhe o dever de reparação. A expressão “responsabilidade subjetiva”, por sua vez, indica a forma de responsabilidade civil que exige a verificação de culpabilidade do autor do dano para que lhe seja atribuído o dever de reparar.

<sup>4</sup> Por maximização de riquezas entende-se, segundo Richard Posner: “a política pública que consiste na tentativa de maximizar o valor agregado de todos os bens e serviços, sejam eles negociados em mercados formais (os bens e serviços ‘econômicos’ usuais) ou (no caso de bens e serviços ‘não-econômicos’, como vida, lazer, família e ausência de dor e sofrimento) não negociados em tais mercados” [tradução nossa] (POSNER 1995, p. 99).

O valor dos bens e serviços é determinado por quanto o seu titular exigiria para aceitar abrir mão do bem ou serviço em questão ou pelo que um não-titular estaria disposto a pagar para obtê-lo, o que for maior. Riqueza, por sua vez, é o valor total de todos os bens e serviços, econômicos e não-econômicos. A riqueza é maximizada quando todos os bens e serviços estão alocados, na medida do possível, conforme seu uso mais valioso (POSNER, 1995, p. 99).

<sup>5</sup> Além dela existem ainda, por exemplo, o direito criminal, incentivos fiscais, etc.

Objetivo deste trabalho é investigar se tal concepção de responsabilidade civil objetiva é adequada para *descrever* o direito brasileiro atual<sup>6</sup>.

Pressuposto para que a descrição feita acima seja correta, é que a responsabilidade objetiva seja concebida como uma hipótese de responsabilidade por ato *lícito*. Isto é assim pois, para que as normas de responsabilidade objetiva funcionem como instrumento de maximização de riquezas, é preciso que ao agente seja *permitido* praticar o ato danoso, mediante o pagamento de indenização à vítima, nos casos em que os custos com segurança ultrapassem o valor dos prejuízos.

É isto, portanto, que iremos investigar. Queremos responder à pergunta: a responsabilidade civil objetiva pode ser considerada uma responsabilidade por ato lícito no direito brasileiro?

Se a resposta for positiva, poderemos concluir que a descrição da análise econômica do direito é adequada ao direito brasileiro. Caso contrário, isto é, caso se conclua que a responsabilidade objetiva é uma responsabilidade por ato ilícito, teremos que admitir a possibilidade de proibição de atos que, embora danosos, resultariam na alocação eficientes de recursos, o que nos levará a concluir pela inadequação da descrição da análise econômica ao direito brasileiro nesta matéria.

A questão da relação entre responsabilidade civil objetiva e ilicitude, bem como de seus efeitos para a compreensão do instituto jurídico da responsabilidade civil, ganha relevância do ponto de vista teórico como consequência da multiplicação das hipóteses de responsabilidade sem culpa no direito brasileiro, com sua aplicação a campos importantes da vida social – como as relações de consumo – bem como a hipóteses dos chamados “novos riscos”, isto é, dos riscos peculiares relacionados ao processo de modernização da sociedade.

Essa tendência de ampliação dos casos de responsabilidade objetiva, que culminou com a introdução da regra geral de responsabilidade sem culpa do art. 927, parágrafo único do Código Civil (CC), faz com que não seja mais razoável afirmar – como se fazia tradicionalmente – que a responsabilidade por culpa é a regra e a responsabilidade sem culpa a exceção no direito brasileiro.<sup>7</sup>

Diante disso, caso se aceite a posição de que a responsabilidade sem culpa é uma responsabilidade por ato *lícito*, torna-se impossível descrever a responsabilidade civil no direito brasileiro como a sanção resultante da violação de um dever (como se faz tradicionalmente) e ganha força a descrição da responsabilidade civil como simples alocação de risco, feita com base em critérios como a eficiência econômica<sup>8</sup>.

Além da importância teórica, a posição que se adote acerca da relação entre ilicitude e responsabilidade objetiva deve ter consequências práticas relevantes no que se refere à possibilidade de tutela judicial voltada a *evitar* a prática de atos danosos.

Para realizar o objetivo do texto, começaremos por analisar os casos em que o Código Civil estabelece responsabilidade civil apesar da presença de causas

---

<sup>6</sup> Isso significa que este texto não dirá nada sobre a adequação da visão da análise econômica para descrever o direito americano, assim como tampouco discutirá a análise econômica do direito em seu aspecto normativo.

<sup>7</sup> Sobre a responsabilidade objetiva no CC atual, cf. (PÜSCHEL, 2005, p. 91-92)

<sup>8</sup> Como formula CAVALIERI FILHO: “Com efeito, se a culpa é elemento integrante do ato ilícito, então, onde não houver culpa também não haverá ilícito. Nesse caso, qual seria o fato gerador da responsabilidade objetiva?” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 8). Desse ponto de vista, a responsabilidade como sanção pela prática de ato ilícito (ou como dever resultante do descumprimento de um dever anterior) perderia a primazia que se lhe atribui tradicionalmente, deixando de poder se considerar um traço essencial ou característico da responsabilidade civil.

excludentes de ilicitude. Com isso, demonstraremos que o direito brasileiro conhece a responsabilidade por ato lícito.

Na segunda parte, faremos uma distinção entre ilicitude e culpabilidade para demonstrar que a simples dispensa do elemento de culpa não é suficiente para eliminar também o caráter ilícito da conduta.

Com base nisso, demonstraremos que, embora em certos casos o direito brasileiro admita um dever de indenizar por ato lícito (nas hipóteses excepcionais de exclusão de ilicitude), este não é o caso da responsabilidade objetiva, em que se exclui apenas a culpabilidade do agente.

Finalmente, ilustraremos esta conclusão, demonstrando a importância prática da questão tratada neste artigo, com base em um problema concreto: o *recall* obrigatório de produtos defeituosos.

Em resumo, nossa tese é que, embora haja casos excepcionais de responsabilidade por atos lícitos no direito brasileiro (ou mais precisamente, em casos de presença de causas de exclusão de ilicitude), a responsabilidade civil objetiva como a encontramos hoje é fundamentalmente um instrumento de *proibição* de certas condutas, de modo que é inadequado descrevê-la como meio de correção de trocas ineficientes, ou como instrumento de qualquer outra política pública que não inclua a repressão ao ilícito.

## 1 Responsabilidade civil em casos de exclusão da ilicitude

Na tradição jurídico-dogmática brasileira, a responsabilidade civil é definida normalmente como o dever de reparar um dano. Além disso, geralmente se afirma que tal dever decorre da violação de outro dever jurídico<sup>9</sup>. Neste sentido, a responsabilidade civil seria a consequência jurídica da prática de um ato ilícito. Em outras palavras, a responsabilidade civil seria a *sanção* pela prática de um ato *proibido*.

Os arts. 186 e 927, *caput* do CC estabelecem hipótese de responsabilidade que corresponde sem sombra de dúvida a essa visão de responsabilidade civil.

O art. 186 determina:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Esta norma é completada pelo art. 927, *caput*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito [arts. 186 e 187], causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

No entanto, o art. 188 do CC estabelece situações nas quais atos que em princípio cumpririam os requisitos do ato ilícito do art. 186 não são, apesar disso, considerados ilícitos no direito brasileiro. São esses casos: os atos praticados em legítima defesa (CC, art. 188, I CC) e os praticados a fim de remover perigo iminente (CC, art. 188, II)<sup>10</sup>, desde que, neste último caso, as circunstâncias os tornem absolutamente necessários e que não excedam os limites indispensáveis para a remoção do perigo (CC, art. 188, parágrafo único).

Essas normas são completadas por aquelas dos arts. 929 e 930 do CC, inseridas em título denominado “Da responsabilidade civil”. De tais artigos se depreende que em caso de remoção de perigo iminente o causador do dano (a pessoa que cuidou de remover o perigo) deve indenizar o prejuízo causado à vítima, desde que esta última não seja ela mesma a criadora do perigo em questão. Caso o risco tenha sido causado por terceiro, o causador do dano poderá exigir deste último o que tiver pago à vítima, em ação de regresso.

Situação semelhante ocorre no caso de legítima defesa: se a vítima não era o autor do ataque, terá direito a exigir indenização do causador do dano. Se o dano tiver sido causado em legítima defesa de terceiro, o autor do dano poderá exigir reembolso do valor pago à vítima. Nesse caso, a ação de regresso será exercida contra a pessoa em defesa de quem o dano tiver sido provocado.

<sup>9</sup> Veja-se, a título de exemplo, a definição de Cavalieri Filho, para quem, em sentido jurídico, o vocábulo responsabilidade “designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 2).

<sup>10</sup> O art. 188, I do CC refere-se ainda aos atos praticados no exercício regular de um direito reconhecido. No entanto, essa hipótese distingue-se das demais porque o exercício regular de direito já implica por si só a ausência de um dos requisitos do art. 186 do CC (a violação de direito), de modo que sua menção no art. 188, I é supérflua e tem função apenas de explicitação. Excludentes de ilicitude indicam que o ato em questão é “uma invasão a um campo proibido [ainda que com autorização especial]” (W. HASSEMER, 2005, p. 286). O exercício regular de direito não é invasão a um campo proibido e não necessita, portanto, de autorização especial.



O que ocorre é o estabelecimento pela lei de causas de exclusão de ilicitude: atos que seriam ilícitos conforme a regra geral são excepcionalmente considerados lícitos.

Interessante é que no direito brasileiro, a licitude do ato não significa exclusão do dever de reparar os danos causados. As hipóteses reguladas pelos arts. 929 e 930 do CC são situações nas quais alguém é obrigado a arcar com certo prejuízo, muito embora o tenha causado com autorização do direito, isto é, sem haver violado nenhuma norma jurídica. Trata-se de dever de reparar um dano, sem que haja, no entanto, violação de dever anterior, ou seja, de responsabilidade civil decorrente da prática de ato *lícito*.

A inclusão das normas em questão sob o título da responsabilidade civil é ela mesma indicativa de que a reparação de danos em hipóteses de excludentes de ilicitude é caso de responsabilidade civil conforme o nosso direito, tanto quanto o dever de reparar decorrente de atos ilícitos, o que nos leva à concluir que as hipóteses do art. 188, I e II, combinados com os arts. 929 e 930 CC, são efetivamente casos de responsabilidade civil que não podem ser compreendidos como instrumento para proibição de atos indesejados<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Neste texto, vamos deixar em aberto a questão do fundamento da atribuição do dever de reparar nesses casos.

## 2 A responsabilização objetiva e seu efeito sobre a ilicitude

O fato de haver no direito brasileiro hipóteses de responsabilidade civil por ato lícito – como demonstrado no parágrafo anterior – não significa, no entanto, que os casos de responsabilidade objetiva sejam do mesmo tipo.

Para analisar o caso da responsabilidade objetiva, trataremos da questão da distinção entre ilicitude e culpabilidade, bem como da relação entre elas, com recurso à teoria geral do delito do direito penal. Embora, naturalmente, as regras de imputação de responsabilidade penal e civil sejam diversas no direito brasileiro, o modo como a teoria penal construiu a teoria geral do delito pode ser muito esclarecedora para o ponto que nos interessa.

Em primeiro lugar porque a responsabilização penal exige análise dos elementos da culpa e da ilicitude (a que os penalistas se referem normalmente como antijuridicidade). E, em segundo lugar, porque, construída como “uma ordem de passos” (W. HASSEMER, 2005, p. 275) que devem ser seguidos gradativamente para se chegar a uma conclusão sobre a imputação de responsabilidade, a teoria do delito distingue muito claramente os elementos da culpa e da antijuridicidade.

Segundo a teoria geral do delito, para imputação de responsabilidade (penal), o juiz precisa verificar, passo a passo: (a) se alguém agiu; (b) se a conduta *corresponde a um tipo* penal; (c) se a conduta relevante está *excepcionalmente justificada*; (d) se a conduta antijurídica pode ser atribuída *subjetivamente* a uma determinada pessoa.

Para esclarecer a distinção entre a antijuridicidade e a culpabilidade, bem como a relação entre esses elementos, interessam os passos (b), (c), (d).

(b) O elemento da tipicidade exprime um juízo geral e provisório sobre a antijuridicidade da conduta: se corresponde a um tipo penal, a conduta é considerada, em princípio, contrária ao direito, isto é, antijurídica ou ilícita (W. HASSEMER, 2005, p. 284-285).

(c) Este juízo de antijuridicidade é completado pela análise da presença de uma razão excepcional para a exclusão da antijuridicidade no caso da conduta concretamente considerada. Se não está presente nenhuma causa de exclusão de antijuridicidade, então o juízo geral provisório se confirma para aquele caso. Por outro lado, se houver uma causa de exclusão de antijuridicidade, aquele juízo inicial é revisto e a ação se considera lícita, ainda que típica (W. HASSEMER, 2005, p. 284-285).

Completados os passos da imputação referentes à tipicidade e à verificação da existência de causas de exclusão de antijuridicidade, fica estabelecido que a conduta em questão “ultrapassou os limites de liberdade que vigem para todos” (W. HASSEMER, 2005, p. 287-287). Verificou-se, isto é, que a conduta constituiu um ilícito.

(c) O último passo do procedimento de imputação, aquele em que se verifica se a conduta antijurídica pode ser atribuída subjetivamente à pessoa que a realizou é o momento em que se analisa a culpabilidade do agente. Nesse momento, lembre-se, já se definiu que a conduta em questão é ilícita.

Embora na teoria da responsabilidade civil não se fale em tipicidade (pois não há propriamente tipos de ilícito civil), há também no direito civil uma divisão em dois passos do juízo sobre a antijuridicidade<sup>12</sup>: (b) um juízo geral, segundo o qual é antijurídica a conduta *danosa* que *viola um direito* (CC, art. 186); (c) a verificação da

<sup>12</sup> De modo que, embora não faça sentido falar-se em tipos de ilícito na responsabilidade civil, pode fazer sentido falar-se em tipicidade, no sentido de verificação da correspondência da conduta à descrição legal do ilícito.

presença de uma causa de exclusão de ilicitude (CC, art. 188, I e II), a qual exclui o juízo inicial de antijuridicidade da conduta.

Os demais passos da teoria do delito também podem ser percebidos na redação do art. 186 CC: (a) “aquele que por ação ou omissão” (conduta); (d) “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência” (possibilidade de atribuição subjetiva).

O direito penal não conhece hipóteses de responsabilização sem culpa. Isso significa que o problema da relação entre antijuridicidade e culpabilidade se apresenta de modo diverso para penalistas e civilistas.

Os penalistas não tem nenhum problema em distinguir antijuridicidade de culpabilidade porque, ao final do procedimento de imputação, só haverá responsabilidade se ambos os requisitos estiverem presentes no caso concreto. Por não se confrontar com a imputação sem culpa (por nem sequer a conceber), não existe para a teoria penal nenhum problema em conceber a ilicitude sem culpa.

Para os civilistas, a questão se apresenta de outro modo, pois o direito civil brasileiro reconhece inúmeros casos de responsabilidade sem culpa. Diante disso, a teoria da responsabilidade civil não tem atualmente mais nenhum problema em conceber a imputação sem culpa. A dificuldade está, eventualmente, em admitir a antijuridicidade de uma conduta não culposa.

Uma vez que se faça o raciocínio de imputação passo a passo, no entanto, fica claro que não faz sentido confundir os dois requisitos: a culpabilidade não é a própria ilicitude.

A pergunta que se poderia propor então é apenas se haveria uma relação necessária entre esses dois elementos, de modo que a presença de um implique necessariamente a presença do outro. Se retiramos a culpabilidade como requisito para a imputação, retiramos com isso necessariamente também a ilicitude?

A existência da responsabilidade em casos de legítima defesa e remoção de perigo iminente (CC art. 188, I e II) demonstra que no direito brasileiro da responsabilidade civil é possível separar ilicitude e culpabilidade, ao menos para reconhecer a possibilidade de culpabilidade sem ilicitude.

Se culpabilidade e ilicitude são coisas diversas e se o direito brasileiro admite claramente a possibilidade de culpabilidade sem ilicitude, porque seria impossível haver ilicitude sem culpabilidade?

Não há nada na idéia de ilicitude que *pressuponha* a culpabilidade. Pelo contrário, na teoria geral do delito (penal) nota-se que a antijuridicidade é estabelecida *antes* (e, portanto, independentemente) da culpabilidade.

O mesmo demonstra a teoria dos fatos jurídicos, ao reconhecer a categoria dos fatos ilícitos em sentido estrito e dos atos-fatos ilícitos<sup>13</sup>. Trata-se de situações nas quais não houve ato humano ou o direito não considera o ato humano relevante, respectivamente.

Se não houve ato humano (ou este é irrelevante) fica evidente que a questão da culpabilidade não se apresenta. Ainda assim, isto é, mesmo diante da ausência de culpa (pela ausência de ato), tais fatos se consideram ilícitos e podem gerar conseqüências jurídicas<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cf. (PONTES DE MIRANDA, 1954, 193).

<sup>14</sup> Entre elas, por exemplo, a responsabilidade civil (contratual), nos casos em que alguém seja responsabilizado por caso fortuito ou pela força maior (PONTES DE MIRANDA, 1954, 193).

A ilicitude é a qualidade da conduta contrária ao direito. A norma jurídica pode em certos casos exigir outros requisitos para que a conduta ilícita seja *imputada*, isto é, atribuída à responsabilidade de alguém. Mas, do fato de que a ilicitude não seja elemento suficiente para a imputação de responsabilidade não decorre que a ilicitude em si dependa da culpabilidade do agente.

Tendo em vista que a responsabilidade objetiva é – e quanto a isso todos concordam – uma modalidade de responsabilidade em que se dispensa o elemento da *culpa*, e não havendo nenhuma ligação necessária de pressuposição entre culpabilidade e ilicitude, temos que concluir que a responsabilidade objetiva não passa a ser só por isso uma responsabilidade por ato lícito<sup>15</sup>.

A confusão pode advir do fato de que a responsabilidade objetiva é muitas vezes atribuída em virtude da prática de atos relacionados ao exercício de *atividades lícitas*.

No entanto, é preciso distinguir a atividade dos atos que a constituem, pois a atividade tem a peculiaridade de dever ser avaliada de forma autônoma em relação aos atos singulares de que é composta.<sup>16</sup>

Atividade pode ser definida como o conjunto de atos ordenados em função de um determinado objetivo, distinguindo-se, portanto, dos atos isolados.<sup>17</sup> Trata-se de distinção já bastante discutida e largamente aceita na tradição jurídica brasileira.

Diante dos argumentos acima, conclui-se que, embora a idéia de responsabilidade por ato lícito não seja estranha ao direito brasileiro – existindo nos casos excepcionais do art. 188, I e II CC – este não é o caso da responsabilidade objetiva.

A responsabilidade objetiva no direito brasileiro é sanção pela prática de um ato *contrário* ao direito, ou seja, *ilícito*.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Cf. [PONTES DE MIRANDA, 1954, 197], tratando dos casos de responsabilidade objetiva: “A explicação de que se tornaram não-contrários a direito, porque se lhes excluiu a contrariedade a direito, assimila-os às espécies de pré-exclusão da contrariedade, quando, em verdade, só se pré-dispensou a culpa. Foi ao elemento culpa, elemento do suporte fático, que se fez ablação, e não ao elemento contrariedade a direito. À contrariedade a direito não é essencial juntar-se a culpa; há o contrário a direito sem culpa [...]”.

<sup>16</sup> Cf. [ASCARELLI, 1962 149]; [BULGARELLI, 1985 185]; [MELLO FRANCO, 1993, 61]. Como aponta Pontes de Miranda, ao tratar de casos de responsabilidade objetiva no direito brasileiro: “conforme a direito é a atividade da estrada de ferro ou da indústria, o ter animal doméstico, o ter coisa nas janelas, ou parapeitos, o ter edifício em ruína, não, porém, o *causar dano*. Permite-se o transporte, a propriedade de animais domésticos, e situações de exercício da propriedade que causam risco; não se permite o dano” [PONTES DE MIRANDA, 1954, 195]. Ademais, para esclarecer que a ilicitude de um ato praticado no âmbito de uma atividade lícita não torna esta última ilícita em si, basta pensar sobre os casos de responsabilidade subjetiva: não é porque o motorista do caminhão de entregas da fábrica de móveis dirigia em alta velocidade e atropelou um pedestre que a atividade de produção de móveis se torna ilícita. Porque haveria de ser diferente em relação aos casos de responsabilidade objetiva?

<sup>17</sup> Cf. [ASQUINI, 1996 117]; [ASCARELLI, 1962, 147]; [BULGARELLI, 1985, 175-176]; [MELLO FRANCO, 1993, 59].

<sup>18</sup> É preciso registrar que, apesar dos fortes argumentos a favor dessa conclusão, há quem defenda a opinião contrária. Cf., por exemplo, Orlando Gomes, para quem: “quando a responsabilidade é determinada sem culpa, o ato não pode, a rigor, ser considerado ilícito. A identidade de sanção não implica identidade de sua causa determinante” [GOMES, 1971, 447].

### 3 O caso do *recall* obrigatório de produtos defeituosos

Para discutir as conseqüências práticas relevantes de se considerar a responsabilidade objetiva como responsabilidade por ato ilícito, tomemos como exemplo a responsabilidade por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Em seu art. 12, *caput*, o CDC determina que certas categorias de fornecedores<sup>19</sup> respondem pela reparação dos danos decorrentes de produtos defeituosos que tenham colocado no mercado, independentemente da existência de culpa de sua parte.

Não há dúvida de que se trata de hipótese de responsabilidade objetiva e, conforme o raciocínio que fizemos acima acerca da responsabilidade objetiva, trata-se também de responsabilidade por ato ilícito.

O ato ilícito em questão consiste em “causar dano como conseqüência da colocação de produto defeituoso no mercado<sup>20</sup>” e a principal conseqüência prática relevante da sua ilicitude diz respeito à possibilidade de oposição à sua prática. Em outras palavras, sendo o ato ilícito existe a possibilidade de se exigir o recolhimento de produtos defeituosos que tenham sido colocados no mercado em momento em que o fornecedor desconhecia<sup>21</sup> a existência do defeito, impedindo assim a prática do ilícito.

Essa possibilidade não existe em face de atos lícitos, pois, devido ao princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, II da Constituição Federal, ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Isso nos mostra que a responsabilidade civil – entendida como o dever de reparar um prejuízo – não é o único efeito jurídico ligado à prática de atos ilícitos. Por essa razão, não é possível analisar a sua eficiência enquanto instrumento de

<sup>19</sup> Especificamente: o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador.

<sup>20</sup> A análise feita a seguir aplica-se apenas aos produtos *defeituosos*. É preciso lembrar que produtos sem nenhum defeito também podem causar danos. Trata-se do que a doutrina consumerista normalmente chama de produtos de periculosidade intrínseca: bens que oferecem riscos socialmente aceitos. São exemplos desse tipo de produto: bebidas alcoólicas, facas, palitos de fósforos, etc. Nestes casos, o ato do fornecedor (“causar dano como conseqüência da colocação no mercado de um produto *perfeito*, isto é, sem defeito”) é *lícito*. Isto significa que o fornecedor não pode ser impedido de colocar o produto no mercado, nem ser obrigado a recolhê-lo. Tampouco será responsável perante as eventuais vítimas. Diante disso, é preciso considerar a possibilidade de que a análise de eficiência seja feita já por meio do próprio conceito de defeito: se o produto for considerado defeituoso apenas nos casos em que o fornecedor não adotou um nível eficiente de precaução, então não haverá casos de produtos defeituosos nos quais mantê-los no mercado seja mais eficiente do que recolhê-los. Tais casos seriam simplesmente de produtos *não-defeituosos* e a questão do *recall* não se apresentaria. Segundo Richard Posner (POSNER, 2003, p.182) é assim que os tribunais americanos julgam a defectibilidade de produtos, o que torna a responsabilidade por fato do produto (*products liability*) semelhante à responsabilidade subjetiva naquele país, com exceção dos defeitos de fabricação. Deixando-se de lado o fato de que o autor está pressupondo que o padrão de culpabilidade corresponde ao nível eficiente de cuidado, fato é que o CDC não faz nenhuma alusão a custos na sua definição de defeito. O CDC refere-se à segurança que legitimamente se espera (art. 12, § 1º. CDC). Trata-se de uma expressão cujo conteúdo precisa ser estabelecido levando-se em consideração todas as circunstâncias de cada caso concreto, sem que seja possível estabelecer de antemão quais sejam todas as circunstâncias a levar em conta, nem o peso de cada uma delas (PÜSCHEL, 2006, p. 97-114). Diante disso, não é possível dizer que apenas são defeituosos os bens produzidos com grau de cuidado abaixo do nível economicamente eficiente.

<sup>21</sup> O CDC explicita a ilicitude da situação em que o fornecedor sabia, ou devesse saber, sobre o defeito em seu art. 10, *caput*, o qual estabelece que “o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”. Não é demais deixar claro que do fato de a lei afirmar expressamente que é ilícito colocar produtos defeituosos no mercado sabendo (ou devendo saber) sobre o defeito não é possível concluir logicamente que colocar produtos defeituosos no mercado *sem saber* sobre o defeito seria lícito.

maximização de riquezas sem referência à possibilidade de se impedir a prática do ato danoso nesses casos.

O caso da colocação de produtos defeituosos no mercado é especialmente interessante para a nossa discussão pois, enquanto na maior parte dos casos de responsabilidade civil é praticamente impossível saber quando um ato danoso está para ser praticado - de modo que não há oportunidade para tomar medidas com o fim de impedir a sua ocorrência - os casos de produtos defeituosos identificados após a colocação no mercado, mas antes da ocorrência de danos, é relativamente comum: há constantemente casos de recolhimento de produtos defeituosos nessa situação, os chamados *recalls*.<sup>22</sup>

Da ilicitude do ato decorre que o direito brasileiro não permite que o fornecedor *opte* por manter produtos defeituosos no mercado. Em certos casos, em que o risco dos produtos realmente virem a causar danos for pequeno, pode ser mais caro recolher os bens do que indenizar as futuras vítimas, mesmo que os danos sejam graves. Em situações assim, a opção mais eficiente, do ponto de vista econômico, seria pagar as indenizações. No entanto, para que fosse possível ao fornecedor nessa situação optar pela solução economicamente mais vantajosa, seria necessário que o ato de causar dano como consequência da colocação de produto defeituoso no mercado fosse lícito, o que, como vimos, não é o caso.

O direito brasileiro optou por defender o *satus quo*, no que se refere à responsabilidade objetiva: não é permitido privar alguém de seus bens, ainda que isso resulte em maximização de riquezas. Diante disso, como já havíamos adiantado, é preciso reconhecer que não é adequado descrever a responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro como simples instrumento da eficiência econômica.

Com isso não se pretende negar que a responsabilidade civil objetiva possa ter de fato os *efeitos* que lhe atribui a análise econômica do direito no que se refere aos incentivos para que potenciais causadores de danos invistam em segurança em nível eficiente. No entanto, não é possível dissociar a responsabilidade objetiva da repressão à prática de ilícitos e, no direito brasileiro, isso significa a possibilidade de prevalecer a solução economicamente menos eficiente. Sem dúvida, pode-se discutir se esta é uma boa política pública ou não, mas isso já é outra questão.

---

<sup>22</sup> O CDC prevê expressamente apenas que “o fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários” (art. 10, § 1º). Havia previsão expressa de dever de *retirar* os produtos do mercado no art. 11, o qual foi vetado. A justificativa do veto, no entanto, demonstra que o problema não era o *recall* em si mesmo, mas a referência que havia no texto à retirada do mercado de produtos e serviços que oferecessem risco mesmo quando utilizados adequadamente, o que poderia levar à interpretação de que estaria proibida a comercialização de e serviços intrinsecamente perigosos, mas essenciais à sociedade, como materiais radioativos. Na doutrina consumerista, encontramos opiniões no sentido de que o *recall* obrigatório não foi afetado pelo veto, decorrendo da interpretação de outros artigos da lei ou dos princípios consagrados pelo Código (NUNES, 2005, p 148-150) (AVELAR e PORTO, 2008, p. 108-110). Há também opiniões no sentido de que permanece apenas a possibilidade de *recall* determinado pela autoridade administrativa (DENARI, 2005, p. 172) (MARQUES, 2006, p. 252).

**Bibliografia**

- ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale – Introduzione e teoria dell’impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.
- ASQUINI, Alberto. Perfis dell’impresa. *Rivista del Diritto Commerciale* 41, 1943. Tradução portuguesa de Fábio Konder Comparato. Perfis da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 104, p. 109-126, 1996.
- AVELAR, Ednara Pontes de e PORTO, Rafaela Granja. A aplicação do princípio da precaução no direito do consumidor e sua direta relação com o instituto do *recall*. In: *Revista de Direito Privado*, 36 (2008), 93-118.
- BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa – Análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: RT, 1985.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.
- COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law & Economics*, 4ª ed., Boston: Pearson Addison Wesley, 2004.
- DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: Ada Pellegrini Grinover et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*, trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao art. 10 do CDC. In: Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª. ed., São Paulo: RT, 2006.
- MELLO FRANCO, Vera Helena de. *Lições de direito comercial – Teoria geral do direito comercial*. São Paulo: Maltese, 1993.
- NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, T. II, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- POSNER, Richard. Wealth Maximization and Tort Law. In: David G. Owen (org.). *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 99-111.
- \_\_\_\_\_. *Economic Analysis of Law*, 6ª. ed., New York: Aspen, 2003
- PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. In: *Revista DIREITO GV* 1 (2005), p. 91-107.
- \_\_\_\_\_. *A responsabilidade por fato do produto no CDC – Acidentes de consumo*, São Paulo: Quartier Latin, 2006.