

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

VICTOR MAZZOCATO

**RISCO E DANO
E O
DIREITO DOS ILÍCITOS**

Porto Alegre

2010

VICTOR MAZZOCATO

**RISCO E DANO
E O
DIREITO DOS ILÍCITOS**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Marco Fridolin Sommer dos Santos

Porto Alegre

2010

RESUMO

Pretende a doutrina do Direito e Economia produzir ferramentas jurídicas e jurisdicionais que permitam melhores condições à existência humana nas sociedades capitalistas pós-industriais. Promove, assim, a criação de paradigmas e dispositivos, ou aperfeiçoamento de outros já existentes, que façam do direito e seus aplicadores um braço eficaz na obtenção de valores como a distributividade e eficiência do uso dos recursos materiais escassos disponíveis. No presente trabalho revisitamos alguns modelos clássicos de tais dispositivos e buscamos em fontes inovadoras que pensem, especificamente, na importância do tratamento dos riscos e danos, seu evitamento e compensação. Acolhemos ao final a proposta do direito dos ilícitos, ou *tort law* dos anglo-saxões, como uma primorosa via na construção de um arcabouço de natureza ética e de responsabilidade pessoal, dentro do crescente pluralismo dos interesses e condutas dos seres humanos, enquanto membros participantes das mais variadas interações sociais.

Palavras-chave: Risco e dano. Responsabilidade civil. Direito dos ilícitos. Semi-Ilícitos. Ética. Equidade.

ABSTRACT

The doctrine of Law and Economics intends to produce juridical and jurisdictional tools which will allow better conditions for human existence in capitalist post-industrial societies. It thus promotes the creation of paradigms and devices, or the enhancement of already existing ones, that will turn Law, and its operators, into an effective arm in achieving values such as distributive and efficient deployment of available scarce material resources. In the present paper we revisit some classical models for such devices, and search for innovative sources which focus, specifically, on the importance of dealing with risk and damage, and their forms of avoidance and compensation. In the end, we shelter the proposal of Anglo Saxon Tort Law, as constituting a neat path in the construction of a structure of ethical and personal responsibility bias, within a growing pluralism of interests and conducts of human beings, as participating members of multifarious social interactions.

Key words: *Risk and damage. Civil responsibility. Tort law. Half-torts. Ethics. Fairness.*

Title: *Risk and damage and tort law.*

*Soy feliz,
soy un hombre feliz,
y quiero que me perdonen
por este día
los muertos de mi felicidad.*

Pequeña Serenata Diurna
Silvio Rodríguez

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - A grade de atribuições do <i>Cathedral</i>	34
Figura 2 - A grade reformulada dos Semi-Ilícitos	35
Figura 3 - Pacotes de atribuições das células	43
Figura 4 - Endereçando os Semi-Ilícitos	59

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	RISCO E DANO: evolução na codificação civil	14
3	RISCO E DANO: a nova visão da codificação de processo civil	16
3.1	Tutela inibitória	16
3.2	Remoção de ilícito	17
4	DOIS PARADIGMAS CLÁSSICOS A SEREM REFINADOS: o Teorema de Coase e o <i>Cathedral</i> de Calabresi e Melamed	18
4.1	O <i>Cathedral</i> de Guido Calabresi e Douglas Melamed	19
4.2	Atribuições: o conceito básico do <i>Cathedral</i>	20
4.2.1	Quem são as partes?	20
4.2.2	O que deve ser protegido? O conceito de atribuição legal	21
4.2.3	Qual remédio? As três famílias de regras	22
4.2.3.1	Regras de Propriedade	22
4.2.3.2	Regras de Responsabilidade	23
4.2.3.3	Regras de Inalienabilidade	24
4.2.4	Utilização múltipla das regras do <i>Cathedral</i>	24
5	REFINAMENTO DAS REGRAS DO <i>CATHEDRAL</i>: diferenças entre risco e dano	26
5.1	<i>The Costs of Accidents</i>: primeira proposta de separação risco/dano	26
5.2	Centralidade da dicotomia na proposição de um sistema de direito acidentário	27
5.3	O sistema adotado pela CF88: um híbrido indefinido	28
5.4	Risco, dano e a importância de seu tratamento em separado ao resolver disputas	30
5.5	Interferência da auto-proteção e da sorte entre risco e dano	31
6	MODELO BÁSICO DO <i>CATHEDRAL</i>: as quatro regras	33
6.1	O uso das quatro regras do <i>Cathedral</i>	
7	PROPOSTA DE REFORMULAÇÃO DA GRADE DAS 4 REGRAS DO <i>CATHEDRAL</i>: a Teoria dos <i>Half-Torts</i>	35
7.1	A possibilidade de maior número de células na Grade dos Semi-Ilícitos	36
7.2	Diferenças entre os modelos do <i>Cathedral</i> e dos <i>Half-Torts</i>	37
7.3	Custos de reparação do dano vs. Custos de supressão do risco	39
7.3.1	Assimetria entre os dois tipos de danos	40
7.4	Resumo das regras dos Semi-Ilícitos	41
7.5	Pacotes de atribuições nos Semi-Ilícitos: direitos, deveres, privilégios, obrigações	42
7.6	A grade reformulada: as principais mudanças	43
7.6.1	Transferências entre as células da Figura 2	44
7.6.1.1	Transferências intra-células	44
7.6.1.2	Transferências inter-células	46
7.6.1.3	Regras do <i>Cathedral</i> como protocolos de transferência	46
7.6.2	Remédios	47
7.6.2.1	O poder da decisão judicial	47

7.6.2.2	O papel da jurisprudência na consolidação dos remédios	48
8	USO DE PADRÕES DE CONDUTA VS. ATUAÇÃO JURISDICIONAL ..	50
8.1	Quatro determinantes para a opção	51
8.2	Cumprir regulamentos não isenta de responsabilidade	52
8.3	O mecanismo adequado à atividade	53
8.3.1	Casos de preferência pela responsabilização jurisdicional	54
8.3.2	Casos de preferência pela regulamentação	55
8.4	A essencialidade da ponderação nas decisões	56
9	INFLUÊNCIA DOS SEMI-ILÍCITOS NA COMPREENSÃO DE	
	CONFLITOS SOCIAIS	58
9.1	O padrão básico: ponto de partida ideal	58
9.2	Riscos vs. Danos: uma análise em quatro campos do direito	59
9.2.1	Respostas do direito dos ilícitos	61
9.2.1.1	Norma de negligência: considerações sobre a culpa	61
9.2.2	Respostas via regulamentação	63
9.2.3	Respostas contratuais	65
9.2.4	Inovações da propriedade	65
9.2.4.1	Desafios às semi-comunidades	67
9.3	Escolha de uma estratégia para redução dos riscos de danos	68
9.3.1	Causação irregular de risco e dano: incentivos à auto-proteção	70
9.3.2	Estratégias: resumo	70
10	RISCO E DANO: considerações éticas e morais	71
10.1	Tradição de racionalidade econômica	71
10.2	Limitação da visão racional	71
10.3	A ideia de equidade	72
10.4	Ameaça de prejuízo devastador	73
10.5	Análise custo-benefício vs. Equidade: casos concretos de compromisso	74
10.6	Tipos de danos não justificados pela equidade	75
10.6.1	Subjetividade vs. Objetividade: comparabilidade entre riscos e danos	75
11	PRINCÍPIO DA EQUIDADE	77
11.1	Contraste entre equidade e eficiência	77
11.2	Contraste entre a equidade e os direitos	78
11.3	Confrontação da equidade com a análise custo-benefício	78
11.4	Comparação de valores: indo além da justificação pelos custos	79
11.5	Casos concretos e a individualização dos ônus suportados: a falácia	
	utilitarista	79
11.6	O limite aos riscos permitidos socialmente	81
12	UTILITARISMO VS. CONTRATO SOCIAL	83
12.1	Pessoa como ser racional e razoável	83
12.2	Importância das instituições e da segurança na realização da liberdade	
	humana	83
12.3	Riscos permitidos: o dilema do direito acidentário	84
12.4	A escolha individual de cada um quanto aos riscos de danos: diferenças	
	quanto a imposições de riscos pela sociedade	85
12.5	Justificativa da exposição de pessoas a riscos: comunidades de riscos	86
12.6	Tempestividade da colheita de benefícios	87

12.7	O egoísmo econômico-financeiro na análise custo benefício	87
12.8	Liberdade e segurança à luz da moral: importância do contrato social	88
12.8.1	O desvalor do uso de critérios subjetivos vs. Valor dos critérios objetivos	88
12.9	Estabelecendo uma escala moral de valores	89
12.10	O desafio colocado a uma visão objetiva das comparações interpessoais	89
12.11	Resumindo: por que ir além das precauções justificadas pelo custo?	90
13	DANOS REPARÁVEIS	91
13.1	Indenização em pecúnia: exceção em que a eficiência precede a equidade	91
13.2	Propriedade personalizada: riscos de danos devastadores associados a danos	
	ressarcíveis	92
14	CONCLUSÃO	93
	REFERÊNCIAS	104

1 INTRODUÇÃO

Desde o início da Revolução Industrial, no final do século XVIII, até nossos dias, a situação dos seres humanos, enquanto participantes de uma sociedade que vive agregada, sofreu transformações significativas. De uma existência predominantemente rural, dispersa em pequenas comunidades de vida pacata, em contato direto com a natureza, utilizando-se na maioria das vezes das próprias mãos ou pelo uso de animais de carga ou tração, passou o homem a um estado de vida inédito, não previsível, extremamente complexo.

Mas essa imensa e radical revolução não foi sem traumas. É lógico que teria que cobrar um preço, na medida em que o engenho do cérebro humano produziu essa nova forma de vida, pensando só nos benefícios, de forma a mais atabalhoada possível, sem parar para planejar, dentro de um espírito de alta produtividade e competitividade. Como nem poderia deixar de ser, dada a pressa que a raça humana tinha de produzir melhorias em seu estado de vida há muito esperadas, que vinham sendo freadas por forças misteriosas e místicas.

Foram então criados vários dispositivos que proporcionam garantias eficazes aos vitimados, inicialmente procurando cobrar de possíveis “culpados” a reparação e manutenção da vida daqueles que fossem prejudicados. Mas isso cada vez menos era possível dada a impessoalidade dos acidentes ocorridos, dentro de uma relação cada vez mais automática entre homem e máquina.

Toda responsabilidade vem do postulado da liberdade do homem. Sendo livre para dirigir sua vontade e controlar suas atividades como uma pessoa de normal racionalidade e razoabilidade, ele deve assumir as consequências dos seus atos, sejam quais forem.

Com o surgimento das máquinas, da revolução industrial, torna-se cada vez mais difícil este auto-controle por parte do ser humano, quanto a cada um de seus atos. Os acidentes ocorrem sem que as vítimas, muitas vezes, sequer tenham condições de estabelecer um culpado, que seria especificamente responsável pela reparação devida.

Surge uma “dificuldade, até impossibilidade, de provar a culpa, frequentemente até a possibilidade de ter certeza de que alguma culpa tivesse ocorrido na origem do dano (no sentido tradicional do termo: erro de conduta, atividade criticável)” [tradução nossa]¹.

¹ Texto original: *Difficulté, voire impossibilité de prouver la faute, souvent même certitude qu’aucune faute n’était à l’origine du dommage (dans le sens traditionnel du terme: erreur de conduite, activité critiquable)* (STARCK, B. Domaine et fondement de la responsabilité sans faute. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v. 56, p. 475-515, 1958. p. 478).

O que poucos se aperceberam, de início, é que, nessa nova condição, a situação jurídica da **vítima** deveria ser levada em consideração. Se o homem tem um direito à vida, à integridade corporal, e à segurança, não se poderia dizer que o **dano causado**, ou até mesmo a simples ameaça, o **risco**, de causação de um dano, constitui **sempre** um atentado aos **direitos** de outrem?

Ora, ter um direito implica o meio de o proteger, de o garantir contra as investidas de outrem, ou até mesmo da própria sorte, dos infortúnios. Normalmente um direito subjetivo protegido significa justamente isso: a garantia, dada pelo ordenamento jurídico, contra qualquer atentado exterior, sem que se necessite examinar o estado de ânimo, a vontade, ou a disposição do autor do fato ilícito ofensivo. Exige sempre a execução de uma sanção e/ou uma reparação satisfativa. Então o direito subjetivo, ou liberdade, é sempre isso: uma certa **atribuição** protegida pela lei. O que importa é

‘pensar’ o problema da responsabilidade levando em conta os direitos da vítima. Somando tudo, a **‘teoria da garantia’** [...] pretende que a justificação, o fundamento, da responsabilidade sem culpa [...] o dano sofrido constitua um atentado aos direitos da vítima, **direitos** protegidos **neles** mesmos e **por** eles mesmos [...] cuja proteção é assegurada de forma objetiva por técnicas diversas, mas que, todos eles, são independentes da culpa do ofensor [tradução e grifos nossos]².

Visa o presente trabalho estudar de forma extensiva as questões relacionadas com a existência das comunidades de risco, abordando diversas formas de ver até que ponto os direitos de propriedade são limitados, considerando a possibilidade do objeto desta propriedade fazer surgirem riscos de danos irreversíveis, devastadores, tais como perdas de membros do corpo ou da própria vida, com o abortamento prematuro das expectativas dos indivíduos quanto a seus projetos de vida.

Queremos mostrar, ainda, que não apenas o dano, resultado final das atividades cotidianas de uma sociedade que se desenvolve dentro de uma economia de massas, mas a simples possibilidade de riscos que possam causar tais danos, já deve ser objeto do direito, dentro de um ponto de vista que considere o direito e a economia como integrados para tornar o mundo um lugar mais habitável e o convívio humano viável.

Temos que pensar que um simples cruzamento com um semáforo mal regulado deve ser objeto de ação pronta e expedita da autoridade do trânsito (e, por consequência, do

² Texto original: “*penser*” le problème de la responsabilité en tenant compte des droits de la victime. Somme toute, la “*théorie de la garantie*” [...] prétend que la justification, le fondement, de la responsabilité sans faute [...] le dommage subi constitue une atteinte aux droits de la victime, droits protégés en eux-mêmes et pour eux-mêmes [...] dont la protection est assurée de façon objective par des techniques diverses, mais qui, toutes, sont indépendantes de la faute du défendeur (STARCK, Domaine et fondement ..., 1958, p. 502).

direito), pelo enorme potencial de desastres catastróficos que representa. Igualmente dignos de atenção especial do ordenamento jurídico seriam: uma fábrica que polui a atmosfera ou um rio e que, mesmo que não cause dano imediato pode potencialmente vir a contaminar populações inteiras de forma irreversível, com algum produto que se incorpore a sua alimentação ou via ar que é respirado; a passagem de uma linha de alta tensão em local onde veículos de grande porte possam trafegar rompendo-a, produzindo dano não apenas localmente, mas aos que ficarão forçosamente privados da energia por algumas horas ou dias; um hospital onde não haja o cuidado suficiente com o problema da infecção hospitalar, podendo causar doenças incuráveis em pessoas que entraram para um simples tratamento de rotina; um andaime colocado sobre um local por onde transitam pessoas ou veículos, sem a devida proteção ou demarcação de área perigosa.

Assim, como podemos ver, a nossa própria agência humana do dia a dia nos leva a atuar de forma a que produzamos riscos uns para os outros, no mais das vezes sem nem nos darmos conta. Há que ser assim para que tenhamos liberdade de agir em busca de nossos objetivos e metas de vida. Uma sociedade sem riscos seria apenas um conjunto de pessoas que nada fariam, vivendo inertes do nascimento até o fim. Por tudo isso, para que possamos nos desenvolver de forma econômica e com eficiência, temos que agir e, em agindo, são forçosamente produzidos riscos de danos.

O enfoque que utilizaremos nesse trabalho se enquadraria na área que se convencionou chamar de *Law and Economics* ou, traduzindo, Direito e Economia. Iremos buscar em fontes de pesquisadores desta nova área do conhecimento, com apenas cerca de meio século de existência, paradigmas com suas alternativas e inovações que nos permitam melhor situar a ciência jurídica dentro da sua enorme responsabilidade, através de seu normativismo, no sentido de tornar uma sociedade de riscos, e a vida dentro dela, uma instituição viável.

Toda atividade racional visa sempre um fim econômico. Sem tais fins não haveria possibilidade de sobrevivência, pelo menos no que diz respeito aos aspectos materiais da vida humana. E o direito não pode ficar alheio a este fato, tendo um papel fundamental em regular, na forma mais ética e moral possível, este campo da atuação humana. No dizer de Raquel Sztajn “comum aos estudos de *Law and Economics* é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes”³. E é como uma humilde tentativa de contribuição a esse esforço que desenvolvo o presente trabalho.

³ SZTAJN, R. Law and economics. In: ZYLBERSZTJN, D.; SZTAJN, R. (Org.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. 4. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83. p. 75.

É ainda Raquel Sztajn quem, referindo-se à orientação seguida pela Escola de Yale no campo da *Law and Economics*, escola conhecida como normativista ou prescritiva, nos fala que “está em seu escopo, que consiste em propor mudanças visando ao aperfeiçoamento das normas; vale dizer, formular normas que produzam os incentivos para que as pessoas se comportem da maneira que melhor atenda aos interesses sociais”⁴. E ainda, referindo-se à *Law and Economics* de forma genérica, independentemente da escola que se adote:

os campos em que o diálogo entre Direito e Economia se demonstra fecundo abrangem matérias como propriedade, contratos e responsabilidade civil, operações em mercados, em que é mais evidente a existência de interesses comuns, particularmente aquelas operações que envolvem instituições sociais e institutos jurídicos⁵.

⁴ SZTAJN, *Law and economics*, 2005, p. 77.

⁵ *Ibid.*, p. 76

2 RISCO E DANO: evolução na codificação civil

É Fernando Noronha, ao elaborar sobre Atos Ilícitos Extracontratuais, quem comenta que, no antigo Código Civil de 1916, a noção de ato ilícito, contida no art. 159, era a de um ato perpetrado por aquele que “violar direito, **ou** causar prejuízo a outrem”⁶, ao passo que no código em vigor, o art. 186 fala daquele “que violar direito **e** causar dano a outrem”⁷.

Esta substituição da preposição disjuntiva **ou**, pela aditiva **e**, representa a superação da questão discutida desde o surgimento do Código Napoleão, sobre se um ato ilícito pressupõe ou não a violação de um direito ou obrigação, constituindo-se este ato em uma *faute* (do direito francês) ou uma *tort* (do direito anglo-saxão). Com a nova redação fica elucidado que um ato ilícito tem um elemento objetivo, que é a violação de um direito (antijuricidade) e um elemento subjetivo, a imputação ao agente por dolo ou culpa (culpabilidade) do resultado do dano causado. Trata-se, sim, verdadeiramente, de um direito, incontestável e fundamental, do ser humano, o de viver o mais possível livre de riscos à sua vida, saúde e integridade física ou econômica, bem como dos danos que possam desses riscos advir. Portanto uma simples ameaça de dano já constitui verdadeiramente uma violação de um direito.

Assim a definição de ato ilícito do art. 186 do Código Civil vigente é a ação ou omissão voluntária, negligente ou imprudente, que viola direito **e** causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Nas palavras do civilista, então, surge uma nova noção, de bifurcação, na questão do cometimento dos atos ilícitos:

Nesta noção, é possível separar um “ato ilícito” em sentido verdadeiro e próprio, e o “dano” que é consequência daquele. Só o “ilícito danoso” gerará responsabilidade civil, mas o “ilícito”, verdadeiro e próprio, é independente do “dano” que causar. *O dano está fora do ato ilícito* [grifo nosso]⁸.

Surge então uma bifurcação entre o risco oferecido por uma atividade, e o dano que possa ser eventualmente por ela causado. Tal atividade, pelo potencial danoso que oferece,

⁶ **Art. 159** - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, *ou* causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, **arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553** [grifo nosso] (BRASIL. **Código civil da República dos Estados Unidos do Brasil**: Lei n. 3071 de 1 de janeiro de 1916, com as correções ordenadas pela Lei n. 3725, de 15 de janeiro de 1919. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1919).

⁷ **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 [grifo nosso] (BRASIL. **Código civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 4. ed. Brasília, DF: Edições Câmara, 2010. (Série legislação; 34)).

⁸ NORONHA, F. O ato ilícito nos contratos e fora deles. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 34-45, out./dez. 1985. p. 34.

pode ser vista como dotada de uma aura de ilicitude, uma predisposição natural à causação de danos, que irá implicar uma reação social de certo tipo.

Por isso mesmo Lee Anne Fennell criou o conceito de “*Half-Tort*”, ou “Semi Ilícito”⁹, para tratar essa noção que se insere no direito dos dias atuais. Veremos esse assunto extensivamente adiante, ao tratar em detalhes a proposta da Dra. Fennell.

⁹ Lee Anne Fennell esclarece que não pretende sugerir simetria ou identidade entre as duas partes. Utiliza o termo “*half*” apenas para expressar que as duas partes juntas, risco e dano, formam uma unidade maior. (FENNELL, L. A. Property and half-torts. **Yale Law Journal**, New Haven, CT, v. 116, p. 1400-1471, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=959548#>. Acesso em: 9 ago. 2010. Nota 8).

3 RISCO E DANO: a nova visão da codificação de processo civil

E é nesse mesmo diapasão que tem se pautado as mais recentes reformas do nosso Código de Processo Civil Brasileiro, especialmente no que tange às novas formas de tutelas possibilitadas pelas últimas redações, inclusive com acréscimo de parágrafos, do art. 461. E este mesmo artigo é replicado, quase na sua forma integral, no art. 84 do recente Código de Defesa do Consumidor, o que atesta a importância dessa visão bifurcada nas tendências do nosso moderno direito pátrio.

Vejamos o que nos apresentam os doutrinadores paranaenses do nosso processo civil, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao tratarem das questões das tutelas inibitória e de remoção do ilícito.

3.1 Tutela inibitória

Marinoni e Arenhart¹⁰ afirmam que **a mais importante tutela jurisdicional do direito é a inibitória**, que impede a prática de ato contrário ao direito, pelo simples fato que “direitos não existem para serem desrespeitados e violados”¹¹. Essa tutela visa evitar a própria prática de ato contrário ao direito, antes que ele tenha chance de se configurar como realidade, na forma de dano causado. Pode ser pedida mesmo sem qualquer alusão a alguma ameaça de dano. E nos dão um exemplo: “assim, por exemplo, o titular de uma marca comercial devidamente registrada tem o direito de impedir outrem de utilizar a sua marca, pouco importando se desse uso ilícito vai ou não decorrer dano”¹². Caso haja dano será pedido ressarcimento pelo equivalente, mas isso nada teria a ver com a tutela inibitória e seus pressupostos.

Igualmente, quando há uma ameaça a violação de norma de proibição de venda de produto nocivo à saúde ou a proibição de jogar lixo em algum local. Não se quer saber se

¹⁰ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. L. **Curso de processo civil**: execução. 2. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de processo civil, v. 3).

¹¹ *Ibid.*, p. 148.

¹² *Ibid.*, p. 148.

haverá ou não dano, pois o risco já estará criado, constituindo ato ilícito, quando da própria realização da conduta reprovada.

Nesta dimensão, o ilícito é dissociado do dano, podendo-se falar, no máximo, em duas espécies de ilícito, configurando-se um como ato contrário ao direito e outro como ilícito danoso. Na realidade, o dano não é elemento constitutivo do ilícito, representando, em uma forma mais apurada de se ver o fenômeno jurídico, apenas um sintoma perceptível do ilícito. A confusão entre ilícito e dano deriva da circunstância de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ato ilícito e o dano subsiste frequentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a sua distinção, ainda que no plano lógico¹³.

3.2 Remoção de ilícito

Tratam os doutrinadores Marinoni e Arenhart da importância da tutela contra o ilícito, para que não chegue a ocasionar dano, já que a dissociação entre risco e dano permite que tal situação se configure. Aqui caem em primeiro plano ameaças a normas que protegem direitos fundamentais como as relacionadas com meio ambiente, saúde, direitos do consumidor: surge a necessidade de evitar as próprias práticas cujo efeito possa se propagar no tempo gerando ou não danos, ainda que só eventualmente. O que é visado pela tutela é então tão somente a ilicitude da conduta, independentemente de haver causação de dano. Ao serem colocados à venda remédios proibidos, ou ser jogado lixo em local proibido, efeitos ilícitos já estão ocorrendo, mesmo sem terem provocado quaisquer danos, devendo ser removidos ou eliminados.

O Estado tem o dever de dar tutela ou proteção aos direitos fundamentais. Assim, pode atuar editando normas de proteção que partam da premissa de que determinadas condutas devem ser vedadas por colocarem em risco os direitos ou porque muito provavelmente vão produzir danos [...] quando persistem no tempo efeitos ilícitos é preciso removê-los para se restaurar o desejo de proteção da norma violada, evitando a exposição dos direitos a danos¹⁴.

¹³ MARINONI; ARENHART, *Curso de processo civil* ..., 2008, p. 149.

¹⁴ *Ibid.*, p. 154.

4 DOIS PARADIGMAS CLÁSSICOS A SEREM REFINADOS: o Teorema de Coase e o *Cathedral* de Calabresi e Melamed

Desde décadas que os paradigmas utilizados pelos estudiosos da análise econômica de conflitos de propriedade têm sido o Teorema de Coase¹⁵ e o quadro de atribuições estabelecido por Guido Calabresi e A. Douglas Melamed.¹⁶ Dessas teorias surge, por exemplo, a noção que o conflito entre uma indústria que produz fumaça e um vizinho incomodado é um evento recíproco que requer uma decisão quanto a qual parte tem uma atribuição ao direito, seja a poluir, seja a ficar livre da poluição, bem como relativa a que tipo de proteção legal será dada àquela atribuição.

Essa relativização dos direitos de propriedade representou uma quebra na longa tradição, herdada do liberalismo, de que a propriedade era um direito *erga omnes* que permitia ao proprietário usar, gozar, dispor e ir buscá-la nas mãos de quem quer que detivesse indevidamente quaisquer dessas prerrogativas, de forma cabal e absoluta. É na última página de seu artigo-referência, *The Problem of Social Costs*, que Ronald Coase formula essa ideia, em um parágrafo cuja importância nem ele mesmo pareceu aquilatar ao escrevê-lo:

Os direitos de um proprietário de terras não são ilimitados. Não é nem mesmo sempre possível a ele remover a terra para um outro lugar, por exemplo, escavando-a e transportando-a. E embora possa ser possível a ele excluir algumas pessoas da utilização da “sua” terra, isso pode não ser verdadeiro quanto a outras pessoas. Por exemplo, algumas pessoas podem ter o direito de cruzar o terreno. Além disso, pode, ou pode não, ser possível erigir certos tipos de construções ou cultivar certas plantações ou utilizar certos tipos de sistemas de drenagem na terra. Isso não ocorre simplesmente devido a regulamentos governamentais. Poderia mesmo ocorrer dentro do direito consuetudinário. Na verdade, seria verdadeiro em qualquer sistema de direito. Um sistema no qual os direitos dos indivíduos fossem ilimitados seria um sistema no qual não haveria direitos a serem adquiridos [tradução nossa]¹⁷.

¹⁵ Coase inicialmente não denominara seu teorema como tal. Foram os críticos posteriores ao artigo de 1960, (COASE, R. H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, IL, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960), que o identificaram.

¹⁶ CALABRESI, G.; MELAMED, A. D. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, Apr. 1972 .

¹⁷ Texto original: “*The rights of a landowner are not unlimited. It is not even always possible for him to remove the land to another place, for instance, by quarrying it. And although it may be possible for him to exclude some people from using "his" land, this may not be true of others. For example, some people may have the right to cross the land. Furthermore, it may or may not be possible to erect certain types of buildings or to grow certain crops or to use particular drainage systems on the land. This does not come about simply because of government regulation. It would be equally true under the common law. In fact it would be true under any system of law. A system in which the rights of individuals were unlimited would be one in which there were no rights to acquire*” (COASE, The problem of social cost, 1960, p. 44).

Assim, Coase deixa claro que o que um proprietário de terras possui em verdade é o direito de levar a efeito uma lista circunscrita de ações. Para ele, a propriedade não é um direito distintivo a uma coisa, eficaz contra o resto do mundo, mas sim um feixe ou coleção de direitos para efetuar certas ações com respeito aos recursos.

Uma tal proposta, elegante e canônica, tornou-se naturalmente atraente e catalisou uma enorme produção doutrinária, durante décadas, devido a sua estabilidade. Mas tudo não tem sido sem algumas críticas, recorrentes na literatura, no sentido de que algo estaria faltando nessa concepção original e básica. Veremos algumas dessas críticas na sequência deste trabalho.

4.1 O *Cathedral* de Guido Calabresi e Douglas Melamed

Calabresi e Melamed publicaram em 1972 o artigo *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, já citado,¹⁸ como uma primeira tentativa de sistematizar os vários remédios legais disponíveis dentro de um quadro transacional envolvendo direitos relacionados com a propriedade. Remédios legais, a grosso modo, são as formas pelas quais o ordenamento jurídico protege e faz valer direitos. Eles podem ser ordenados por um tribunal, por acordo entre as partes, ou por automatismos na lei. Podem assumir muitas formas: um tribunal pode ordenar que certo ato seja executado ou proibido, ou pode mandar que uma certa quantia em dinheiro seja transferida entre as partes. A lista é extensa, e varia conforme o sistema de direito que se adote, ou a área do direito em que o litígio se desenvolva.

O juiz decide se uma parte foi vítima de um ilícito baseado em direito material, conduzindo o inquérito de acordo com a lei processual. O direito dos remédios, assim, assume um espaço intermediário entre o direito material e o processual, distinto de ambos, mas incluindo ambos.

Os modernos sistemas legais dão a indivíduos poderes que lhes permite reivindicar uma gama de direitos que vão desde objetos tangíveis, a garantias contratuais, até aos direitos humanos constitucionais. Em nome disso o direito disponibiliza, até por ser essa sua principal razão de ser, um conjunto articulado de ferramentas para forçar a realização desses direitos.

¹⁸ CALABRESI; MELAMED, Property rules..., 1972.

4.2 Atribuições: o conceito básico do *Cathedral*

Mas o que o direito protege? Por que meios? Quão diversos são esses instrumentos e qual a razão para essa variedade? Seria possível reduzir essa variedade, pelo menos para permitir uma compreensão acadêmica? Pois são essas as questões que o *Cathedral* começou a responder. O ponto primordial afirmado no mencionado artigo é o de que um tribunal deverá sempre resolver uma disputa entre duas ou mais partes que litigam sobre uma **atribuição**¹⁹.

O tipo de problema que uma determinada corte deve elucidar com sua decisão é complexo e consiste, entre outras coisas, em

- **qual** a atribuição que deve ser protegida,
- **quem**, dentre as partes deve prevalecer,
- **como** essa vitória será implementada, e
- **o que acontece** se a parte sucumbente não cumpre a ordem legal, ou seja, como tornar a decisão coercitiva.

4.2.1 Quem são as partes?

A e B ambos se julgam no direito de desfrutar uma mesma atribuição, e por isso mesmo vêm à autoridade judicial por via de um litígio que resolva a questão. Ambos se julgam, em boa fé, com direito sobre a atribuição, esperando, *ex-ante*, obter algum resultado dessa situação de suposta posse, tendo ambos feito investimentos no desenvolvimento do recurso, ou apenas esforços no sentido de ter acesso ao mesmo. Tal tipo de conflito, via de regra, caracteriza um monopólio bilateral, envolvendo apenas duas partes, mas não necessariamente. O objeto do litígio é específico de uma relação jurídica entre as partes apenas, excluindo terceiros – não haverá efeitos significativos externos, envolvendo outras partes estranhas à relação, advindos do litígio. Poderia ser qualquer tipo de relação bilateral,

¹⁹ Ao nos referirmos a “tribunal”, aqui, consideramos esse termo em seu sentido lato, podendo tratar-se de qualquer autoridade ou poder com uma tal função jurisdicional. No caso de disputas sobre propriedade ou ilícitos, matéria principal do *Cathedral*, serão sempre juízes ou tribunais propriamente, mas em outros ramos do direito, ou sistemas legais, poder-se-ia recorrer ao legislador, à administração, a mecanismos privados de resolução de disputas (arbitragem), a automatismos da lei, etc.

como uma disputa contratual sobre uma obrigação controversa, uma disputa sobre alguma turbação de desfrute de terra, etc.

Os papéis de A e B na disputa pode variar. *Ex-ante*, A pode ser tanto o detentor como não-detentor da atribuição. *Ex-post* poderá vir a ser o titular legítimo ou não. A forma mais neutra de definir os papéis das partes no litígio é a relação autor-réu, que dota a definição da atribuição a um ou a outro, da devida caracterização de decisão *ex-post*.

4.2.2 O que deve ser protegido? O conceito de atribuição legal

Para Calabresi e Melamed uma atribuição é simplesmente o direito de prevalecer em uma disputa onde duas ou mais partes têm interesses conflitantes. Possui duas características: a durabilidade no tempo e a necessidade de que parta de alguma autoridade legitimadora externa. Os tribunais têm utilizado o conceito de atribuição para se referir tanto a direitos de propriedade como a um conjunto de interesses, diferentes dos direitos de propriedade, mas que compartilham as características de que seus detentores podem confiar em uma forte expectativa de prevalecer em caso de conflito legal. Quanto à segunda característica, a legitimidade, pode-se dizer que uma atribuição é um interesse individual, ao qual a coletividade decide conceder força legal.

Considere-se um caso típico de poluição atmosférica em que uma lavanderia se instala próxima a uma fábrica que emite fumaça. Quando inicia a operar percebe que há uma turbação por impurezas no ar que interfere na secagem da roupa ao ar livre. A lavanderia não havia antecipado o problema, mas supõe que tem direito ao ar puro. Já a fábrica afirma que estava há anos produzindo a fumaça sem ser contestada. A questão é levada a juízo pelo proprietário da lavanderia, pois ambos acreditam ter a atribuição a seus respectivos direitos. São certamente interesses conflitantes em que há uma disputa sobre um recurso objeto da rivalidade – o ar puro. Mas qual a atribuição relevante aqui? A atribuição para poluir ou a atribuição para desfrutar de ar puro? Pois é exatamente isso que o tribunal irá decidir.

Aqui tem-se um típico caso de “*ir em busca de uma turbação*”, em que uma das partes parece vir atrás do problema, e que geralmente seria decidido em favor do réu, que já desenvolvia pacificamente sua atividade há certo tempo.

No entanto não é isso que é relevante aqui. O que precisamos perceber, em tais casos, é que uma das partes parece já deter o recurso, presumindo ter uma atribuição, até que surja

uma utilização que com ela rivalize e que dê início ao conflito. O direito aqui geralmente, mas não sempre, resolve a questão em favor do detentor pré-existente, ao decidir *ex-post* qual é, e de quem é, a atribuição relevante que deve ser protegida.

Dessa forma o tribunal resolve a primeira questão quanto ao **que** deve ser protegido. O próximo passo é responder **como** a lei irá proteger a atribuição. É nesse aspecto que o *Cathedral* fez sua mais duradoura contribuição, ao propor que o vasto elenco de ferramentas de que o direito dispõe para defender atribuições pode ser organizado em três famílias de regras.

4.2.3 Qual remédio? As três famílias de regras

O *Cathedral* introduziu a notória tri-partição dos remédios legais em:

- regras de **propriedade**;
- regras de **responsabilidade**; e
- regras de **inalienabilidade**.

4.2.3.1 Regras de Propriedade

Essas regras dão ao sujeito titular da atribuição o poder de excluir todos de interferência na mesma, associado ao poder de dispor da atribuição à sua vontade. Quaisquer apropriações e tomadas que ocorram sem o consentimento do proprietário são sancionadas com um conjunto de remédios poderosos que incluem proibições, impedimentos, tutelas executivas específicas, supercompensação de danos e outros remédios. Tais remédios são *fortes* no sentido de que é proibido, ou proibitivamente caro, que outros passem por cima do consentimento do detentor para obter acesso à atribuição. A atribuição deve ser adquirida através do mercado ou por meio de barganha, pois o direito inibe outras formas de apropriação. São remédios, portanto, projetados para tornar difícil uma tomada sem o consentimento do proprietário. Mas quão severo deve ser esse remédio para induzir o tomador em potencial a pedir permissão? No *Cathedral* é mencionada uma multa sancionatória, de forma indefinida.

Como o objetivo é deter, podemos identificar as regras de propriedade como aqueles remédios que acrescentam custos substanciais a uma transferência, quando uma tomada ocorre sem o consentimento do proprietário. Seria acrescentada sempre uma multa que excede qualquer valoração subjetiva que o tomador possa ter feito do recurso cobiçado. Seus ganhos se tornariam, assim, prejuízos.

4.2.3.2 Regras de Responsabilidade

Estas regras proporcionam um remédio ao acesso não consensual a uma atribuição, gratificando o detentor original com uma quantia indenizatória por danos, determinada coletivamente, geralmente pelo juiz²⁰. O objetivo aqui é compensar o detentor original da atribuição permitindo, ao mesmo tempo, uma tomada não consensual. O réu irá apropriar a atribuição se sua própria valoração da mesma for superior ao preço determinado coletivamente. O nível da indenização por danos é ajustado para compensar o detentor da atribuição, mas deixa margem para que indivíduos que valorizam a atribuição mais do que esse valor obtenham acesso não consensual a ela. O objetivo dos remédios de responsabilidade é duplo: eles compensam o detentor pela restauração (ao menos em parte) da sua riqueza através do pagamento de uma quantia oficialmente determinada, e ao mesmo tempo permitem o acesso não consensual à atribuição por aqueles que a tem em alta valoração.

Assim, o fato que operações desse tipo irão ocorrer sucessivamente até que o detentor que tem a atribuição em mais alta valoração a tome para si, pagando a compensação que esteja aquém de sua própria valoração, garante a máxima eficiência na utilização dos recursos disponíveis. Isso, em si, pode ser considerado uma meta a ser atingida por qualquer sistema econômico que se baseie em princípios de eficiência global.

²⁰ Tal quantia pode também ser determinada por alguma parte que recebeu delegação das partes para tal. O preço pode ser acertado *ex-ante*, antes que o acesso à atribuição ocorra, ou *ex-post*, após a tomada do recurso.

4.2.3.3 Regras de Inalienabilidade

Sob a regra de inalienabilidade o foco não está nem sobre o detentor da atribuição, como no caso da regra de propriedade, nem sobre outros que desejam ganhar acesso à atribuição, como é o caso da regra de responsabilidade. A regra de inalienabilidade protege a própria atribuição, conjuntamente com seu detentor. Algumas das regras mais marcadamente paternalistas do direito pertencem a essa família, como, por exemplo, as restrições quanto à disposição de partes do próprio corpo humano.

A maior parte da literatura que segue a sistematização do *Cathedral* focaliza nas duas primeiras famílias de regras. Isso se deve ao fato de que a maioria das atribuições são protegidas por estas duas regras. Além disso, os economistas têm se sentido particularmente atraídos pelas propriedades transacionais opostas das duas regras: as regras de propriedade impedem, bloqueiam ações, ao passo que as regras de responsabilidade favorecem uma transferência, que evita o recurso ao mercado, e maximiza a eficiência econômica global do sistema.

4.2.4 Utilização múltipla das regras do *Cathedral*

Não só diferentes remédios podem ser usados para proteger diferentes atribuições, mas diferentes remédios podem servir para fazer valer as mesmas atribuições em diferentes momentos ou contra diferentes tomadores em potencial. Da mesma forma, as mesmas atribuições podem ser protegidas com diferentes regras de acordo com as circunstâncias.

Por exemplo, um proprietário de uma doca pode esperar que barcos que ataquem abusivamente sejam removidos e punidos, devido a uma regra de propriedade. Mas, sob condições especiais, tais como uma tempestade, seu direito de propriedade sobre o cais passa a ser protegido por uma regra de responsabilidade tão somente. Embora possa receber uma compensação indenizatória não pode expulsar um navio de seu porto até que o perigo passe.

Outro exemplo é o caso das desapropriações. A terra é geralmente protegida por uma regra de propriedade. Entretanto, o Estado pode tomá-la mesmo contra a vontade do proprietário sob a regra da desapropriação, que concede proteção ao proprietário mediante uma regra de responsabilidade.

A propriedade do corpo humano é normalmente protegida por uma regra de inalienabilidade, que proíbe qualquer disposição do mesmo, contra o desejo de outrem, e contra o desejo do próprio dono do corpo. Entretanto, sob certas circunstâncias, algumas partes podem ser doadas e alguns tecidos podem até ser alienados em troca de pecúnia, e aqui uma regra de propriedade se aplica.

5 REFINAMENTO DAS REGRAS DO *CATHEDRAL*: diferenças entre risco e dano

Na visão da Dra. Lee Anne Fennell, da *University of Chicago Law School Northwestern University*, está faltando nessa concepção básica de Coase, Calabresi e Melamed o pressuposto nuclear da teoria dos ilícitos – que atividades de risco são conceitualmente distintas dos resultados danosos. Não basta falar na relatividade dos direitos de propriedade, nem nas relações recíprocas entre os participantes dos conflitos de propriedade, ou das medidas a serem adotadas em casos de ultraje, sem nos darmos conta dessa divisão dos ilícitos em duas partes: por um lado o risco, mais ou menos iminente, de que algum fato danoso possa vir a ocorrer, e por outro lado o dano já ocorrido, com todas as consequências que daí possam advir.

5.1 *The Costs of Accidents*: primeira proposta de separação risco/dano

Essa mesma ideia da dicotomização do ilícito é o tema implícito no trabalho basilar e histórico de Guido Calabresi, seu livro escrito em 1970, *The Costs of Accidents*²¹. Nesse livro surge o importante vislumbre de que o direito deve separar sua função de prevenção de acidentes, de seus dispositivos para compensar as vítimas de acidentes. Percebe o autor que não há uma ligação necessária entre a compensação de vítimas e a contenção ou punição dos agentes geradores de riscos de danos. Essa divisão passa a ser vista como um predicado essencial para avaliar as abordagens alternativas de redução de custos de acidentes.

Já o primeiro parágrafo do Capítulo 3 do livro *The Costs of Accidents*, cujo título é *Metas e Sub-metas do Direito Acidentário*, lemos: “Quais, então, são as principais metas de qualquer sistema de direito acidentário? Primeiramente, ele deve ser justo ou equânime; em segundo lugar ele deve reduzir os custos dos acidentes” [tradução nossa]²².

O autor divide os efeitos de acidentes em três tipos: primários, secundários e terciários. Dentre esses, aqui nos interessam particularmente os dois primeiros.

²¹ CALABRESI, G. **The costs of accidents**. New Haven: Yale University Press, 1970.

²² Texto original: “What, then, are the principal goals of any system of accident law? First, it must be just or fair; second, it must reduce the costs of accidents” (*Ibid.*, p. 24).

O tratamento dos efeitos primários visa a redução do número e severidade de acidentes, e pode ser obtido em duas formas básicas: proibindo atos ou atividades específicas (de risco) que se supõe causadoras de acidentes, ou tornando essas atividades mais caras e portanto menos atraentes na medida dos custos de acidentes que elas causam. Aqui vemos claramente uma preponderância de considerações quanto ao risco, seja potencial ou já realizado, que está envolvido nos ilícitos considerados.

Os efeitos secundários consistiriam nos custos à sociedade para reparar os danos causados pelos acidentes e na tentativa de redução desses custos. O autor se refere ao fato de que a denominação destes como custos secundários é “apenas no sentido de que não entram em cena antes que as medidas anteriores para reduzir os custos com os acidentes tenham falhado” [tradução nossa]²³.

Então fica evidenciada a preocupação de separação das duas fases da ocorrência do ilícito, em que a reparação do dano é vista e tratada separadamente do risco de causação de acidentes, com vistas à obtenção de uma técnica analítica que permita otimizar o sistema como um todo, tornando-o adequado a viabilização da própria vida em uma sociedade moderna de riscos.

5.2 Centralidade da dicotomia na proposição de um sistema de direito acidentário

E para ter-se uma ideia da centralidade das questões que vimos tratando no presente trabalho, vejamos as derradeiras palavras de Guido Calabresi, no fechamento do seu livro já mencionado:

Na realidade, uma olhada na maioria dos sistemas propostos para a reforma do direito acidentário sugere que a real questão das próximas décadas não será a batalha-show relacionada com o sistema da culpa, mas ao invés disso será a guerra surda entre:

- a) aqueles que, ao pugnar pelos vários sistemas da assim chamada responsabilidade das empresas ou dos seguros extra-culpa, pessoais ou de terceiros, irão tentar estabelecer a primazia do evitamento dos custos primários e algum controle de mercado sobre os acidentes, e
- b) aqueles que, ao exigir uma seguridade social de maiores e maiores dimensões, paga pelos contribuintes em geral, irão tentar dar primazia ao evitamento dos custos secundários, talvez com associação de algum controle coletivo de custos primários.

²³ Texto original: “*only in the sense that it does not come into play until after earlier primary measures to reduce accident costs have failed*” (CALABRESI, **The costs of accidents**, 1970, p. 28).

O sistema da culpa pode permanecer nominalmente intocado durante esta guerra, mas já está claro que as alocações importantes das perdas dos acidentes não serão feitas por este critério. Como elas serão feitas irá depender, em qualquer dada área do direito acidentário, de se o ponto de vista da responsabilidade empresarial ou o da seguridade social prevalecerá [tradução nossa]²⁴.

5.3 O sistema adotado pela CF88: um híbrido indefinido

Essa última frase do epílogo de Calabresi põe em evidência uma atitude um tanto evasiva do constituinte pátrio, no sentido de ficar no meio do caminho quanto a uma decisão pela responsabilidade empresarial ou pela seguridade social como forma de resolver as questões relativas a custos de acidentes. Acabou-se, em nosso ordenamento, por adotar uma solução tupiniquim, na linha do “acender uma vela para cada santo”, para não se comprometer na análise mais profunda da questão com uma decisão que urge, a partir das modernas tendências do direito acidentário universal.

Um sistema híbrido como o que ficou estabelecido pelo inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal de 1988²⁵ é, no mínimo, uma solução que deixa a desejar quanto a uma resposta a uma questão de tão fundamental importância. Como já postulou o Dr. Marco Fridolin Sommer dos Santos em seu livro **Acidente do Trabalho entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil:**

A doutrina e a jurisprudência dominantes, paradoxalmente, a partir da própria Constituição de 1988, passaram a defender a tese da coincidência de dois sistemas de proteção contra acidentes do trabalho. A nova situação foi construída sob o argumento de que, além do benefício concedido pelo seguro social, o trabalhador tem direito a outra indenização em caso de culpa ou dolo do empregador. [...] O fato é que não se justifica, de modo algum, o recurso a dois sistemas de compensação para se solucionar a necessidade de

²⁴ Texto original: “Indeed, a look at most of the systems proposed for the reform of accident law suggests that the real issue of the coming decades will not be the show battle over the fault system, but rather the quiet war between those who, by pushing various systems of so-called enterprise liability or first- or third-party nonfault insurance, seek to give primacy to primary cost avoidance and some market control over accidents and those who, by urging greater social insurance paid for from general taxes, seek to give primacy to secondary cost avoidance, with perhaps some collective primary cost control attached. The fault system may remain nominally untouched as this war is fought, but it is already clear that the important allocations of accident losses will not be made in accordance with its criteria. How they will be made will depend in any given area of accident law on whether the enterprise liability or social insurance point of view prevails” (CALABRESI, **The costs of accidents**, 1970, p. 317).

²⁵ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988**. 42. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009).

reparação do mesmo dano sofrido pelo trabalhador. Não faz o menor sentido, não tem a menor lógica, mormente diante da escassez de recursos, manter um seguro contra acidentes do trabalho e ao mesmo tempo expandir a proteção do trabalhador na direção do regime geral de responsabilidade civil do empregador²⁶.

Como podemos deduzir da citação do epílogo do livro *The Costs of Accidents*, uma ênfase na responsabilidade da empresa tem primordialmente a finalidade de conter custos primários com acidentes, reduzindo sua ocorrência. Esta deveria ser a meta de uma priorização da responsabilização da empresa frente a vítimas de acidentes. Para uma garantia de cobertura dos custos de indenização e reparação o caminho ideal é o da seguridade social, desvinculada, que, via automática, prescinde de um processo que deverá investigar a culpa da empresa, com os prazos e demoras que estariam naturalmente associados.

Assim uma priorização da responsabilidade empresarial, mesmo que associada a uma Seguridade Social estabelecida, iria requerer um vasto aparato que garantisse à autoridade, tanto administrativa quanto judiciária, obtenção de informações detalhadas e técnicas, com complexas estatísticas a nível nacional e integrado, a fim de permitir as decisões acertadas quanto à responsabilização empresarial, e com o conseqüente bem sucedido resultado do impedimento da ocorrência de mais acidentes, ou mesmo redução na sua frequência.

A responsabilização da empresa, de forma direta, uma vez apurada sua culpa ou dolo, certamente representa um controle muito mais centralizado da questão da ocorrência de acidentes no meio social. Garante-se, assim, uma redução originária dos riscos, muito antes que se convertam em danos às partes, tornando a atividade humana cada vez mais capaz de prever e evitar eventos devastadores.

Mas o funcionamento de um tal dispositivo, com vistas a sanear o meio social de estímulos de risco, iria demandar um sistemático esforço por parte dos órgãos administrativos e judiciários, no sentido de conhecer a fundo cada campo da atividade laboral humana mediante um acompanhamento que permita emissão de padrões que irão servir para medir o grau de culpa em cada caso concreto de ocorrência. Mas isso tudo está muito aquém da nossa experiência pátria, além de não parecer que tenha sido esta a preocupação do Constituinte ao inserir a abertura para a responsabilização do empresário, no inciso XXVIII do art. 7º da nossa Lei Maior.

A gravidade de uma tal orientação pode ser bem avaliada, quando considera-se que a via da responsabilização empresarial pode atingir, em seu grau máximo, até mesmo a

²⁶ SANTOS, M. F. S. **Acidente do trabalho entre a seguridade social e a responsabilidade civil**: elementos para uma teoria do bem-estar e da justiça social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 67-69.

proibição de continuação de determinada atividade devido a riscos oferecidos tanto à comunidade em geral quanto aos próprios trabalhadores. As consequências seriam nesse caso, traumáticas, tanto para os que dependem dos salários pagos, como para o próprio empresário que deverá custear a transferência para a segunda alternativa de investimento que lhe permita continuar em atividade, seja no mesmo, seja em outro ramo.

Como veremos no decorrer deste trabalho, aqui surge um lapso natural entre o conhecimento de que dispõe o empresário e a autoridade reguladora governamental. Um está dentro da situação, o outro a observa de fora, com todas as limitações associadas.

Por todas essas questões esse assunto deveria ser tratado com maior profundidade e seriedade pela nossa Constituição. Esta, com seu imenso peso normativo basilar, tem grande influência no próprio pensamento da nação acerca da sensibilidade para a questão do tratamento do direito acidentário como um todo. Podemos perceber, já, por essas poucas considerações, que há um longo caminho ainda a ser percorrido para que amadureça o ordenamento pátrio nessa questão.

5.4 Risco, dano e a importância de seu tratamento em separado ao resolver disputas

Retomando a questão da proposta da Dra. Lee Anne Fennell acerca da bifurcação dos ilícitos em risco e dano, vejamos mais a fundo o que está envolvido na resolução de disputas.

Ao discutir a atribuição ao direito de poluir, os doutrinadores em geral não especificam se os direitos ou privilégios em questão dizem respeito aos riscos apresentados pelas emissões líquidas ou fumaças emanadas de fábricas, ou aos resultados danosos eventuais do processo, tais como vizinhos sofrendo com a sujeira nas suas roupas ou com doenças respiratórias.

Na maioria dos trabalhos, a “poluição” é vista como um evento unificado, que uma ou outra parte recebe a atribuição de controlar. Essa pelo menos é a metodologia adotada no trabalho épico de Calabresi e Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*. Isso tem levado a uma concepção imprecisa sobre a maneira correta de falar em atribuições. E tem levado igualmente a dificuldades na maneira de utilizar a teoria da propriedade para lidar com questões envolvendo a propriedade, os ilícitos, e sua inter-relação.

5.5 Interferência da auto-proteção e da sorte entre risco e dano

Ocorre que a fusão da produção de riscos com resultados danosos exclui da análise a auto-proteção exercida pela parte afetada, bem como elementos probabilísticos que possam afetar o resultado, tais como a sorte, como efeito mitigador do efeito danoso. No dizer da Dra. Fennell, atribuindo-a, em nota de rodapé sem dar detalhes, a um certo Jon Cannon, “é a ideia de que há alguma “luz do dia” entre o risco e o dano” [tradução nossa]²⁷. Uma falta de clareza na separação entre risco e dano também têm enlameado o elenco de alternativas disponíveis para tratar dos conflitos quanto a uso de terras. É nesse sentido que a Dra. Fennell cria o conceito de bifurcação de ilícitos, a que ela denomina “*half-torts*”. Iremos, no presente trabalho, utilizar o termo **semi-ilícito** como uma tentativa de tradução deste conceito.

Ainda na visão da Dra. Lee Anne Fennell, na análise feita no texto *Cathedral*, de Calabresi e Melamed, o que ficou faltando foi incorporar à teoria do ilícito a distinção entre produção de riscos e a manifestação de danos. Tal inclusão permitiria uma compreensão mais clara e precisa de como as atribuições das partes envolvidas em disputas funcionam, situando em um mesmo quadro conceitual a propriedade e os ilícitos.

No típico exemplo de turbação em que uma fábrica expelle poluentes em detrimento de um morador vizinho, pela visão tradicional das propostas já consagradas de Coase e Calabresi/Melamed, logo se pensa que a noção de atribuição requer uma decisão quanto a qual das partes tem um **direito unificado**, bem como a forma pela qual essa atribuição será protegida²⁸. Mas esse modelo falha quando se divide o ato de poluir da fábrica em duas partes: a produção da fumaça de um lado e o sujar de roupas e pulmões de outro.

Uma fábrica que detenha uma atribuição nesse caso não tem um direito de levar a cabo, de forma completa, o ilícito de causar dano ao vizinho – não tem nem o direito de que a fumaça atinja a propriedade alheia. Na verdade o que a fábrica tem não é uma atribuição para poluir. O que ela tem é apenas um privilégio²⁹ de se engajar em uma atividade que produz fumaça, uma atividade de risco, portanto.

²⁷

Texto original: “*the idea that there is some “daylight” between risk and harm*” (FENNELL, Property and half-torts, 2007, p. 1418).

²⁸ CALABRESI; MELAMED, Property rules..., 1972, p. 1090.

²⁹ “Privilégio” é diferente de “direito”, na medida em que não é possível recorrer ao poder coercitivo do Estado para fazer valer os primeiros, ao passo que a imposição de um “direito” sempre será garantida pela autoridade institucional, via recurso administrativo ou jurisdicional.

Essa diferença importa, porque o vizinho terá toda a possibilidade de se prevenir contra possíveis danos através de auto-proteção, ou até mesmo de se ver protegido pela intervenção da pura sorte: poderá fechar suas janelas, instalar purificadores de ar, secar suas roupas dentro de casa, ou até mesmo instalar ventiladores gigantes para jogar a fumaça de volta. O importante é que se veja claramente, aqui, que são distintos: as entradas de fatores nocivos em cena e os resultados danosos que poderiam advir.

Como vemos do exemplo acima, sempre haverá uma possibilidade da vítima se defender dos efeitos do risco criado e evitar a produção de danos. E isso, por si só, já justifica um tratamento diferenciado das duas metades do ilícito: é porque a produção de risco não implica necessariamente a produção de dano, mesmo em casos que este é praticamente certo, como o caso da poluição causada por emissões atmosféricas de uma indústria³⁰.

São esses motivos que levaram Lee Anne Fennell a propor uma reformulação do modelo do quadro das quatro regras, propostas no *Cathedral*, que passamos a resumir.

³⁰ Basta pensar no caso de um motorista que dirija de forma displicente, podendo ou não encontrar um pedestre no seu caminho que seria atropelado, uma situação de resultados bem mais aleatórios que o exemplo dado no texto da fábrica poluente.

6 MODELO BÁSICO DO *CATHEDRAL*: as quatro regras

Esta abordagem, introduzida de forma pioneira no *Cathedral*³¹, e seguida por inúmeros estudiosos, pode ser resumida da seguinte forma:

- pela **primeira regra** a fábrica não pode poluir a menos que seu vizinho o permita;
- pela **segunda regra** a fábrica pode poluir, mas deve compensar o vizinho pelos danos causados (ocorre turbacão mas o remédio fica limitado ao ressarcimento dos danos causados);
- pela **terceira regra** a fábrica pode poluir à vontade e não pode ser impedida pelo vizinho, não cabendo qualquer indenização (a poluição não é considerada como uma turbacão à propriedade vizinha);
- pela **quarta regra** a fábrica tem uma atribuição para poluir, mas seu vizinho pode interrompê-la, desde que lhe indenize os custos de cessacão da atividade ou de realocacão.

6.1 O uso das quatro regras do *Cathedral*

Antes de decidir **qual** remédio aplicar, uma corte deve primeiro decidir **a quem** ela irá alocar a atribuição ou, mais precisamente, uma tal decisão diz respeito **a quem**, entre as partes, irá no final decidir a alocação da atribuição. Uma decisão quanto a **qual** é a atribuição relevante implica uma decisão sobre **quem** na realidade a possui.

Assim, por exemplo, o direito de emitir fumaça deve pertencer à fábrica ou o direito ao ar limpo deveria pertencer à lavanderia vizinha? Na verdade, ao escolher qual parte deve favorecer, o tribunal decide qual a atribuição que deve ser protegida. Em poucas palavras, o tribunal procede de forma lógica da seguinte forma: decide **qual** é a atribuição e **quem** a possui. E, finalmente, **qual** o remédio, dentre as regras de propriedade, responsabilidade e inalienabilidade deve ser aplicado. E aqui, segundo o *Cathedral*, tanto a proteçao das regras

³¹ CALABRESI; MELAMED, Property rules..., 1972, p. 1115-18.

de propriedade como as de responsabilidade pode ser concedida a qualquer das partes do conflito.

No exemplo, o conflito da fábrica A com a lavanderia B, tanto A como B esperam receber a atribuição do direito relativo. Apenas por causa da forma como formulou-se a situação, ocorre de B ser o autor e A ser tanto o detentor *ex-ante* da atribuição como o réu.

O tribunal assim pode decidir adotar a **regra 3**, uma **regra de propriedade** em favor do detentor *ex-ante*, a fábrica, e assim reforçar o direito de A a continuar a desfrutar sua atribuição, descartando a reivindicação de B.

O tribunal poderia, por outro lado, decidir reconhecer a atribuição de B e intimar, via tutela executiva, A a cessar o gozo de sua atribuição porque o recurso escasso é objeto da atribuição de B. Esta é a **regra 1**: uma **regra de propriedade** em favor do não-detentor original da atribuição.

Outra possível decisão poderia reconhecer a A a atribuição ao desfrute do recurso mas, ao mesmo tempo, exigir que A adquira o controle sobre o recurso escasso, pagando uma quantia indenizatória congruente. Caso contrário deverá abrir mão da atribuição em favor de B. Esta é a **regra de responsabilidade 2**. Note-se que, embora o tribunal reconheça a atribuição de A, ele ordena a cessação do gozo do recurso sob rivalidade, caso A decida não indenizar B.

As três soluções acima sempre foram viáveis para os juízes e compreendidas pelos doutrinadores. Entretanto, no *Cathedral*, Calabresi e Melamed observaram que há pelo menos mais uma escolha: consiste em conceder a atribuição a B, mas protegendo-a por uma **regra de responsabilidade (regra 4)**. Em outras palavras a atribuição de B é reconhecida como a legítima, mas está sujeita ao desejo de B de pagar uma indenização por danos causados a A pela cessação de sua atividade.

Podemos construir uma grade aqui com duas dimensões, contendo as quatro regras (Figura 1), sendo que na horizontal fica a resposta à pergunta (1) Qual parte tem a atribuição? E, na vertical, (2) A atribuição é protegida por uma regra de propriedade ou de responsabilidade? Esta grade então ficaria assim:

	O morador tem a atribuição	A fábrica tem a atribuição
Protegida por uma Regra de Propriedade	Regra 1 A fábrica é fechada	Regra 3 Não há indenização
Protegida por uma Regra de Responsabilidade	Regra 2 Fábrica pode poluir, se indenizar o morador	Regra 4 Morador pode interromper a poluição, se indenizar

Figura 1 - A grade de atribuições do *Cathedral*.

7 PROPOSTA DE REFORMULAÇÃO DA GRADE DAS 4 REGRAS DO *CATHEDRAL*: a Teoria dos *Half-Torts*

Lee Anne Fennell propõe uma versão reformulada da grade vista no tópico anterior³², fazendo perguntas diferentes:

1. A produção de risco (de um tipo específico) é permitida ou proibida?
2. Quem é responsável pelo dano que resulte da resposta à primeira questão?

Há aqui uma maior sensibilidade quanto a vir ou não a atividade sob análise a produzir riscos ou danos a outrem. Visto que vivemos em uma comunidade de riscos é apenas natural que interesse ao universo jurídico tais possibilidades. Pois dentro de uma visão de direito e economia deseja-se tornar o direito uma ferramenta de melhoria e viabilização da atividade econômica, na forma mais produtiva e menos traumática que for possível.

A grade com as quatro regras reformuladas fica, então, conforme a Figura 2:

		Alocação da Responsabilidade pelo Dano	
		Responsabilidade Alocada à Fábrica	Responsabilidade Alocada ao Morador
Regra de Produção de Risco	Emissões Permitidas	A. (Regra 2) Fábrica pode emitir; deve indenizar danos	B. (Regra 3) Fábrica pode emitir sem pagar por danos
	Emissões Proibidas	C. (Regra 1) Fábrica deve parar emissão às suas próprias custas	D. (Regra 4) Fábrica deve parar emissão; morador arca com as custas

Figura 2 - A grade reformulada dos Semi-Ilícitos.

As duas linhas na grade reformulada correspondem aos casos de permissão e proibição de emissões respectivamente. O termo “emissões” aqui não significa “poluição”, pois refere-se apenas ao privilégio de jogar poluentes na atmosfera, não implicando um direito de invadir a esfera da propriedade alheia. O modelo é simplificado no sentido que apenas um risco aparece sendo produzido, e por uma das partes apenas.

As duas colunas são as diferentes regras para alocação da responsabilidade pelos custos de eventuais danos: ou à fábrica, ou ao morador vizinho. Aqui, segundo Coase, o dano

³² FENNELL, Property and half-torts, 2007, p. 1409.

tanto pode resultar de uma regra de produção de risco, que nega à fábrica o privilégio de emissão, quanto de uma regra que permita que esta o faça³³.

O quadro da Figura 2 mostra uma escolha binária entre “permissões” ou “proibições” de atividades, mas poderia ser expandido para compreender algum tipo de refinamento das regras legais que caracterizasse diferentes modos de executar, diferentes intensidades, ou mesmo diferentes níveis de cuidado, definindo assim a atividade com maior grau de precisão. Pode-se diferenciar entre a emissão de um ou outro tipo de poluente, utilização ou não de filtros, etc.

7.1 A possibilidade de maior número de células na Grade dos Semi-Ilícitos

Nessa linha de possibilidades, de aumento da complexidade da grade da Figura 2, no artigo *Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies*, A. Mitchell Polinsky sugere o conceito de atribuições intermediárias que seria o caso de uma fábrica, por exemplo, ter a atribuição para poluir até só um certo ponto, garantido aos moradores vizinhos a atribuição de estarem livres da poluição a partir deste ponto. Tal nível poderia ser qualquer nível definido em normas acessórias, entre as partes, ou por uma entidade reguladora externa. Segundo Polinsky:

Quando atribuições intermediárias são mencionadas nesse artigo, os remédios de tutela específica e indenização por danos serão definidos da seguinte forma. Sob um remédio de tutela específica, cada parte pode bloquear os desvios de um determinado ponto ajustado para a atribuição. Sob a versão normal do remédio da indenização por danos, a fábrica pode aumentar sua produção além do ponto ajustado para a atribuição se pagar aos residentes a indenização determinada pela justiça; se os moradores quiserem que a produção da fábrica seja reduzida abaixo do ajustado, então deverão “negociar” com a fábrica. Sob o remédio do dano “reverso” (a quarta regra do quadro do *Cathedral*), os moradores deveriam reduzir a produção da

³³ “A questão é comumente pensada como uma em que A inflige dano a B e o que deve ser decidido é: como devemos restringir A? Mas isto está errado. Estamos tratando de um problema de natureza recíproca. Evitar o dano a B iria infligir dano a A. A verdadeira questão que deve ser decidida é: deve-se permitir que A produza danos a B ou B deve poder produzir danos em A? O problema é evitar o dano mais grave” [tradução nossa]. Texto original: “*The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm*” (COASE, *The problem of social cost*, 1960).

fábrica pagando indenização a esta; se a fábrica deseja aumentar a produção teria que negociar com os moradores [tradução nossa]³⁴.

Como a escolha entre as quatro células da grade da Figura 2 pode ser feita separadamente para cada atividade, é possível também fazer distinções entre as atividades para as quais a responsabilidade é deslocada para o agente e aquelas em que é deslocada para a vítima. Por exemplo, tanto a atividade “dirigir com toda a atenção no trânsito” como “dirigir falando ao celular” podem ser permitidas, mas a regra de alocação do custo de um acidente poderia ser diferente em cada caso, ora por conta da vítima, ora por conta do motorista.

7.2 Diferenças entre os modelos do *Cathedral* e dos *Half-Torts*

Parece que as regras da grade da Figura 2 apenas replicam as do *Cathedral*, na Figura 1, mas olhando melhor verificam-se diferenças significativas.

Célula A - Quando se permite que a fábrica emita e a responsabilidade pelo dano sobre ela caia (Célula A) parece que temos o equivalente da regra 2 do *Cathedral*. Mas aqui a precisão é maior. Na nova versão a fábrica não mais *compra um direito* de causar dano ao vizinho, nem tampouco *compra* o privilégio de emitir poluentes – apesar de que um regulamento poderia garantir isso. O que o direito faz aqui é **garantir à fábrica o privilégio de emitir poluentes**, e *se* esta atividade resultar em dano ao morador, a fábrica é responsável pelos custos de indenização. Se as emissões não gerarem danos, não há responsabilidade. Assim a fábrica suporta o **risco** das emissões causarem **danos**.

Célula B - Quando é permitido que a fábrica emita e a responsabilidade pelo dano resultante recaia sobre o morador vizinho (Célula B), tem-se o equivalente da regra 3 do *Cathedral* – é o caso em que não há indenização. Nos termos empregados por Calabresi e Melamed, é uma atribuição à fábrica que é protegida por uma regra de propriedade. Reformulando isso, em termos de semi-ilícitos, torna-se claro que a fábrica tem apenas uma

³⁴ Texto original: “When intermediate entitlements are discussed in this essay, the injunctive and damage remedies will be defined in the following manner. Under an injunctive remedy, each part can enjoin deviations from the entitlement point. Under the normal version of the damage remedy, the factory can increase its output beyond the entitlement point if it pays the residents the court-determined damages; if the residents want the factory’s output lowered they would be required to “bribe” the factory. Under the “reverse damage remedy, the residents could reduce the factory’s output upon payment to the factory of “damages”; if the factory wants to increase output it would be required to bribe the residents” (POLINSKY, A. M. Resolving nuisance disputes: the simple economics of injunctive and damage remedies. *Stanford Law Review*, Stanford, CT, v. 32, p. 1075-1112, July 1980. p. 1087).

atribuição **para emitir poluentes**, mas não para de fato causar dano ao morador. O morador pode executar ações de auto-proteção para impedir que a produção de risco da fábrica cause-lhe dano, ou que lhe reduzam os danos causados. O morador só será **responsável** por danos causados pelas emissões da fábrica enquanto uma norma legal não reverta esses custos para a fábrica (ou para um terceiro)³⁵. O objetivo aqui é semelhante ao caso em que os custos de um acidente ficam com a vítima: tornar as vítimas em potencial mais cuidadosas. No caso presente visa induzir atividades de auto-proteção que ajudem a prevenir contra os efeitos de uma turbacão.

Célula C - Quando a fábrica é proibida de emitir poluição e suporta os custos do fechamento (Célula C), tem-se o equivalente da regra 1 do *Cathedral* que seria uma atribuição do morador que está protegida por uma regra de propriedade. Em termos de semi-ilícitos fica enfatizado o fato de que a suspensão das atividades de risco têm um custo, e que esse custo não tem que cair sobre a parte que sofreria as consequências desse risco. Isso é porque a sociedade tem julgamentos que selecionam certos atos ou omissões como sendo aqueles que oferecem riscos em uma dada interação. Pela jurisprudência dos tribunais, ilícitos envolvem comportamentos que a maioria das pessoas de bom senso considera ofensivos, e cujos efeitos extravasam sobre pessoas inocentes. Mas é importante frisar que os custos dos danos associados com a **interrupção** da produção do risco é algo diferente dos custos associados com a produção dos riscos propriamente: são os primeiros, e não os segundos, que geralmente são impostos coercitivamente pelo Estado de forma inexorável, sem qualquer mitigação possível pela parte responsabilizada. Veremos mais sobre essa última observação no próximo tópico.

Célula D - Quando a fábrica for proibida de emitir, mas é o morador quem arca com os custos do encerramento das atividades (Célula D), temos um caso semelhante à regra 4 de Calabresi e Melamed, na qual a fábrica tem uma atribuição protegida por uma regra de responsabilidade. Olhando mais de perto, entretanto, a regra reformulada revela-se distinta no sentido que a coloca mais próxima do caso ocorrido no mundo real, e que é geralmente citado como um exemplo da regra 4, o caso *Spur Industries v. Del E. Webb*.

Foi um caso em que um criatório de gado confinado teve que se realocar devido à proximidade com um novo loteamento residencial, mas quem arcou com os custos da realocação foi o loteador. Foi uma forma de lidar com o fato de que o loteamento chegou ao local posteriormente a um longo período de operação do criatório, tendo de certa forma

³⁵ Aqui esta “responsabilidade” da parte afetada é muito mais no sentido de uma “imunidade” do produtor do risco quanto à possibilidade de sofrer uma ação judicial pelo dano causado. Nada mais que isso.

“*vindo atrás da turbação*”. Aqui nesse caso o criatório não tinha uma atribuição, propriamente, a continuar sua turbação (mormente considerando que o criatório triplicou as dimensões de suas operações mesmo após o início do litígio) e o loteador não tinha uma opção quanto a suspender a operação mediante pagamento: ambos foram forçados peremptoriamente a acatar a decisão, já que estavam envolvidas questões de saúde pública e segurança. Ninguém teve escolha. Então o que o tribunal fez nesse caso se alinha muito melhor com a separação dos semi-ilícitos, risco e dano, reforçando a reformulação da grade original do *Cathedral*: ele determinou uma regra quanto à produção de risco (proibindo as operações do criatório de gado confinado), e determinou a responsabilidade pelo dano devido à realocação (ao loteador da área residencial).

7.3 Custos de reparação do dano vs. Custos de supressão do risco

Na Figura 2 combinam-se dois tipos de danos: aqueles, como as roupas sujas do morador, que resultam das atividades produtoras de riscos, e aqueles, tais como os custos de fechamento ou realocação da fábrica, que resultam da **supressão** da produção de riscos. São tipos de danos que são tratados de forma diferente pela lei, sendo que os primeiros nunca seriam impostos pelo aparato coercitivo do Estado, ao passo que os segundos geralmente são por este perpetrados.

O que a fábrica na verdade detém é um privilégio para se engajar em atividades produtoras de risco, mas nem por isso a lei dá a ela o direito de gerar resultados danosos, como sujar roupas ou contaminar pulmões humanos. Essa ausência de um direito de produzir danos implica que a população vizinha à fábrica não têm uma obrigação correlacionada de sofrer tais danos. Os vizinhos podem responder, livremente, com ações próprias tais como o fechamento de suas residências, ventiladores, filtros na ventilação interna, o uso de medicamentos que criem resistência aos efeitos dos gases emitidos, etc.

Poderão igualmente contar, sem restrições, com fatores de sorte, tais como ventos predominantes que levem as emissões em outra direção. A fábrica jamais teria um direito de solicitar a atuação estatal para garantir que danos fossem causados aos moradores vizinhos, ainda que essa fosse uma consequência quase certa da sua atividade de risco, privilegiada pelo direito.

Consideremos agora o outro tipo de dano da Figura 2, o que resulta da sustação das atividades geradoras de danos. Vamos supor que a proibição da atividade possa ser perfeitamente forçada e que não há possibilidade de negociação para contornar isso, nem legalmente, nem na prática (o que é geralmente o caso após decisões judiciais transitadas em julgado, ou mesmo na maioria dos casos de antecipação de tutela). Uma tal proibição necessariamente acarreta a realização de um dano específico associado à interrupção da atividade, e que será imposto coercitivamente pela própria ação do Estado caso necessário. O resultado é inexorável.

Apenas decisões de investimentos tomadas *ex-ante* poderiam mitigar os efeitos danosos em tais casos: mesmo assim haverá uma perda equivalente à diferença entre a continuação da atividade e a saída pelo próximo melhor substituto (uma atividade similar ou a mesma realizada em outro local) e essa perda não poderá ser reduzida.

Só o que restará decidir em tais casos é quanto a qual das partes irá pagar a conta do fechamento ou da realocação, mas é pequena a possibilidade de que os tribunais irão forçar alguém outrem a arcar com tais custos que não a própria parte forçada a cessar a atividade³⁶.

7.3.1 Assimetria entre os dois tipos de danos

Podemos perceber aqui uma assimetria. A possibilidade de auto-proteção coloca uma divisória, ao menos em potencial, entre a produção de riscos e a realização de quaisquer danos em particular, mesmo excluindo fatores de sorte. Já em um mandado judicial coercitivo para a cessação de alguma atividade não haverá tal divisória, e nem quanto aos custos decorrentes da mesma cessação. Nesse sentido uma regra de produção de riscos proibindo uma atividade é mais coercitiva na produção de danos do que uma regra de produção de riscos que permita uma atividade. O que não significa que a permissão para que uma atividade de risco prossiga seja sempre uma boa ideia.

Pois os custos impostos coercitivamente, associados a uma proibição de alguma atividade, poderão ser, indubitavelmente, menores em alguns casos do que os custos que resultariam caso a atividade pudesse continuar, considerados no longo prazo. A decisão serviria para evitar um dano muito maior ao longo do tempo.

³⁶ Seria o caso da aplicação da regra 4 da grade da Figura 1, no modelo criado por Calabresi e Melamed no *Cathedral*.

Mesmo assim, o que deve ser frisado aqui é que as partes podem, de forma privada e legal, reduzir os custos quando uma atividade é permitida, mas não podem fazê-lo (ao menos *ex-post*) quando a atividade é proibida.

7.4 Resumo das regras dos Semi-Ilícitos

Pode-se, então, generalizar afirmando:

- primeiro, nenhuma parte que tenha permissão de executar uma atividade de risco jamais terá um direito de produzir um resultado danoso (conforme uma definição social do termo “resultado danoso”). O que as partes têm é uma atribuição para se engajar em atividades que sob muitos aspectos sejam benéficas, mas que produzem vários **riscos de danos**;
- segundo, como ninguém tem um direito de produzir um resultado danoso, qualquer vítima em potencial tem o privilégio de se engajar em atividades de auto-proteção a fim de minimizar ou evitar sofrer danos – ao menos dentro dos limites de outras obrigações legais. Mas não há nenhum privilégio análogo para redução de danos disponível quando uma atividade for banida. O banimento de um estímulo de risco impõe uma obrigação de cessar a atividade e concede um direito correlato à vítima em potencial, que pode invocar a coerção do Estado para forçar a obrigação da outra parte. Eis aqui uma assimetria!

A diferença conceitual entre banir uma atividade, ou estabelecer uma responsabilidade por danos por ela causados, produz frutos práticos mais claramente quando os produtores de riscos têm melhores informações sobre alternativas do que o legislador. A permissão para que uma atividade proceda pode, no caso dela eventualmente ser banida, forçando o empresário a adotar alguma alternativa para seu investimento, ser funcionalmente equivalente a impor um custo sobre a parte responsabilizada, no valor da alternativa redutora de riscos e/ou danos mais barata disponível à parte, mas o conteúdo desta alternativa mais barata pode muito bem ser do desconhecimento do legislador, ao menos *ex-ante*. A escolha entre a linha superior e a linha inferior na Figura 2, então, pode depender, ao menos em parte, do grau de compreensão da informação possuída pelo governo e pelas partes privadas, respectivamente, sobre as alternativas de ação.

7.5 Pacotes de atribuições nos Semi-Ilícitos: direitos, deveres, privilégios, obrigações

Para Calabresi e Melamed, e para outros que os sucederam, uma “atribuição” é semelhante a uma bola de futebol, que está na posse exclusiva de um jogador apenas, de cada vez, e que pode ser passada de um lado a outro, garantidas condições determinadas, como o pagamento de alguma quantia. Mas o refinamento do conteúdo dessas atribuições, conforme a produção de riscos e responsabilidade pelos custos de danos decorrentes, como visto no caso das células A a D da grade reformulada, pode produzir diferentes *pacotes* de atribuições com que o direito dota diferentes pares de partes.

As células B e C se aproximam melhor desse conceito de regime unitário de atribuições, pois a mesma parte detém *tanto* uma regra benéfica quanto a risco *quanto* uma regra benéfica quanto à alocação de custos de danos.

Na célula B a fábrica tem um *privilégio* para emitir, e o morador tem um *não-direito* de parar as emissões. Os custos de qualquer dano caem sobre o morador, que pode reduzir esses efeitos mediante ações de auto-ajuda. O morador *não tem direito* de cobrar pelos danos causados pela fábrica e, por outro lado, a fábrica *não tem dever* de pagar (tem o *privilégio* de não pagar).

Na célula C a fábrica tem um *dever* de não emitir, e o morador tem um *direito* de envolver a força coercitiva do Estado para parar as emissões. Novamente os custos resultantes (da *não* emissão) caem sobre a parte que incorre neles em primeira instância (no caso, a fábrica). Assim, o morador *não tem dever* de contribuir para cobrir os custos do fechamento da fábrica (em outras palavras, ele tem o *privilégio* de não pagar), e a fábrica *não tem direito* de buscar tais contribuições.

As células A e D são diferentes, na medida em que **uma parte** tem uma regra de risco favorável, enquanto a **outra parte** desfruta uma regra favorável quanto à alocação dos custos de dano.

Na célula A o *privilégio* da fábrica para emitir está associado com uma *obrigação* de pagar indenização por eventuais danos causados. A fábrica pode emitir em qualquer nível que ela escolha, desde que esteja preparada para pagar pelos custos associados, ou ela pode escolher não emitir – tudo sem sair do regime da célula A. O morador, no regime da célula A, tem um *não-direito* de parar as emissões mas tem um *direito* de cobrar por danos causados pelas mesmas.

Na célula D, o *direito* do morador de parar as emissões da fábrica está associado a uma *obrigação* de pagar pelos custos da interrupção. A fábrica, por sua vez, tem uma *obrigação* de não emitir que está associada a um *direito* de cobrar do morador os custos da cessação da emissão.

Abaixo, na Figura 3, vemos uma grade que resume esta composição dos regimes de atribuições das quatro células:

	CONTEÚDO DA ATRIBUIÇÃO DA FÁBRICA	CONTEÚDO DA ATRIBUIÇÃO DO MORADOR
A	Privilégio para emitir Obrigação de pagar por danos	Não-direito de parar emissões Direito de cobrar por danos
B	Privilégio para emitir Não obrigação de pagar por danos	Não-direito de parar emissões Não direito de cobrar por danos
C	Obrigação de não emitir Não direito de cobrar pela cessação	Direito de parar emissões Não obrigação de pagar por danos
D	Obrigação de não emitir Direito de cobrar pela cessação	Direito de parar emissões Obrigação de pagar por danos

Figura 3 - Pacotes de atribuições das células.

7.6 A grade reformulada: as principais mudanças

Conforme bem aponta a Dra. Fennell, pode-se resumir da seguinte forma as quatro principais mudanças introduzidas pela grade de atribuições reformulada:

Primeiro, a reformulação evidencia uma diferença chave entre os danos caracterizados na linha superior da grade (na qual a atividade produtora de riscos é permitida) e aqueles na linha inferior (na qual é proibida). Os segundos são produto direto da coerção estatal, mas os primeiros não são, e podem, portanto, ser influenciados por fatores estocásticos (sorte) e auto-proteção.

Segundo, e intimamente relacionado, atribuições concedidas a produtores de riscos se estendem, no máximo, à conduta de risco e não às consequências danosas.

Terceiro, a grade torna explícito um fato obscuro, na referência de Calabresi e Melamed, a uma “atribuição” genérica: ao tratar conflitos, a sociedade necessariamente seleciona estímulos arriscados em particular (aqui, as emissões) para um escrutínio, ao mesmo tempo negligenciando outros estímulos igualmente arriscados (tais como o viver em uma residência

próxima a uma fábrica) que, segundo uma análise por Coase, seriam igualmente causais.

Quarto, a grade focaliza exclusivamente a especificação do conteúdo da atribuição subjacente, e conscientemente relega duas questões adicionais que foram implicitamente embutidas no quadro do *Cathedral*: como as transferências entre regimes de atribuições pode ocorrer; e quais remédios estão disponíveis contra a violação dos termos do regime de uma determinada atribuição [tradução nossa]³⁷.

7.6.1 Transferências entre as células da Figura 2

Considerando os regimes legais das células das Figuras 1 e 2 vemos que há dois tipos de modificações possíveis pelas regras: entre uma célula e outra, ou dentro da mesma célula.

No primeiro caso trata-se de saber sob que condições, qual preço e sob iniciativa de quem, as partes podem passar de uma célula a outra, p.ex., da A para a B.

No segundo caso, dentro da mesma célula, o que só pode ocorrer em duas delas, A e D, é por intermédio de mecanismos internos que permitem a uma parte, unilateralmente, ajustar a mescla de risco e responsabilidade pelos custos dos danos dentro dos próprios parâmetros do regime da célula.

7.6.1.1 Transferências intra-células

No quadro do *Cathedral*, as regras 2 e 4 são chamadas de regras de responsabilidade, permitindo a um não detentor de atribuição obtê-la unilateralmente da outra parte mediante um preço estabelecido por um terceiro (em geral decisão judicial). As células A e D do

³⁷ Texto original: “First, the reformulation highlights a key difference between the harms featured in Figure 1’s top row (in which the risk-producing activity is permitted) and those in the bottom row (in which it is forbidden). The latter are the direct product of state coercion, but the former are not and can therefore be influenced by stochastic factors and self-help. Second, and closely related, entitlements granted to risk producers extend, at most, to risky conduct and not to harmful consequences. Third, Figure 1 makes explicit a fact obscured by C&M’s reference to a generic “entitlement”: in addressing conflicts, society necessarily selects particular risky inputs (here, emissions) for scrutiny, while neglecting other inputs (such as living in a house near a factory) that, on a Coasean analysis, would be equally causal. Fourth, Figure 1 focuses exclusively on specifying the content of the underlying entitlement and consciously defers two further questions that were conflated in the C&M framework: how transfers among entitlement regimes can occur; and what remedies are available for violating an entitlement regime’s terms” (FENNELL, Property and half-torts, 2007, p. 1411-1412).

quadro da Figura 2, que são as que lhes correspondem, oferecem pacotes de atribuições (ver Figura 3) a cada uma das duas partes, e não uma única atribuição que possa passar de uma mão a outra. Ainda assim, dependendo das relações entre essas partes, estas células podem ser vistas como dando uma opção a uma das partes para unilateralmente alterar a composição dos riscos e custos envolvidos na interação.

Observemos a Célula A, onde a fábrica tem um privilégio de emitir e uma obrigação de pagar pelos danos resultantes. A fábrica pode escolher qualquer nível de emissões, inclusive não emitir, e sua obrigação de pagar será automaticamente ajustada relativamente a essas mudanças, de acordo com o dano resultante. Isso pode ser visto como uma opção de aquisição de cotas de emissão. Tal exercício de “opções” está na verdade embutido no regime legal e tem um preço igual aos danos marginais sofridos pelo morador vizinho, conforme será determinado por um tribunal ou outro terceiro, um árbitro. Portanto essa opção de emissão não tem um preço pré-determinado, dependendo sempre do dano que for causado *ex-post*. É claro que ao escolher o nível das emissões, e ajustar as operações de acordo, a fábrica poderá influenciar sua eventual responsabilidade. Entretanto ações de auto-proteção do morador, bem como intervenção da sorte, irão afetar a extensão da manifestação do risco criado na forma de dano realizado.

Por isso, aqui tem-se uma situação diferente da proposta do *Cathedral*, em que um agente paga uma quantia pré-determinada para obter uma permissão de se engajar em uma atividade de risco. Mas, mesmo assim, fica garantida a dependência entre a **obrigação** que a fábrica tem de pagar pelos danos, e o exercício do **privilégio** de emitir, havendo uma correlação entre ambos, mesmo que grosseira.

Já no caso da Célula D a relação entre as duas atribuições do morador é menos clara. O morador tem aqui um **direito** de parar a poluição da fábrica, acoplado a uma **obrigação** de pagar pela realocação da fábrica, ou pelos custos de seu fechamento. Pela mesma lógica usada na Célula A, acima, o morador poderia escolher permitir que as emissões continuem, evitando os custos incorridos, mas também poderia selecionar um ponto intermediário entre plena operação ou parada da atividade de risco, podendo até especificar detalhes de operação. Entretanto, uma tal ideia de permitir que uma parte dite o escopo e forma de operar da outra parece estranhamente coercitiva, além de difícil de administrar. E igualmente estranha é a ideia de fazer uma parte responsável pelos custos de encerramento de atividades da outra, sem ter tido a menor influência anteriormente a sua instalação. Até por isso trata-se de uma construção essencialmente teórica com praticamente nenhuma correlação com o mundo real.

7.6.1.2 Transferências inter-células

Não havendo impedimento legal, qualquer atribuição tem intrínseca a sua possibilidade de alienação por parte de seu proprietário, e qualquer parte tem a possibilidade de adquirir livremente qualquer uma que ainda não possua. Geralmente qualquer mudança de um dado pacote de atribuições a outro ocorreria apenas com mútuo consentimento, acordado o preço. Tal protocolo se ajusta bem à compreensão da proteção de regras de propriedade.

Mas tal protocolo pode ser utilizado para alterar qualquer pacote de atribuições, desde que de forma legal. Por exemplo, poderia haver negociações para uma alteração do regime da célula A (emissão permitida com responsabilidade da fábrica) para o regime da célula B (emissão permitida sem responsabilidade da fábrica, mas do morador). Haveria claramente a necessidade de concordância mútua (característica de regra de propriedade) mesmo que o regime inicial seja considerado um regime de regra de responsabilidade.

7.6.1.3 Regras do *Cathedral* como protocolos de transferência

Por isso, ao contrário da visão externada no *Cathedral*, as categorias de regras de propriedade e regras de responsabilidade são melhor entendidas não como camadas de proteção associadas a atribuições em particular, mas sim como diferentes tipos de protocolos de transferência para mover-se de um pacote de atribuições a outro.

Apesar do padrão ser a transferência por consentimento mútuo, pode também a lei ou as partes privadas criarem outros protocolos de transferência para a movimentação entre pacotes de atribuições. Por exemplo, uma autoridade governamental pode cobrar uma taxa de licenciamento para permitir o engajamento em determinada atividade: uma opção, criada pelo governo, para sair da célula C rumo a célula B. Entre partes privadas também poderia haver estabelecimento de opções umas para as outras, seja por iniciativa própria ou por exigência governamental. Igualmente, juízes podem estruturar transferências entre células especificando as movimentações que as partes tenham permissão de fazer.

7.6.2 Remédios

As regras para transferência de atribuições, prescritas pela lei, não necessariamente serão seguidas por todos. Se não houver alguma forma de mecanismo de coerção, as partes sem atribuição poderão desconsiderar completamente as reivindicações de quem as postulem. Assim a lei deve estabelecer os remédios que impeçam a ultrapassagem dos limites dos pacotes de atribuições sem o cumprimento do devido protocolo de transferência. Limites de propriedades devem ser respeitados, mas um invasor pode perpetrar uma violação antes que a força coercitiva do Estado possa ser acionada, caso em que uma atuação inibitória não mais será útil e deverão ser concedidas supercompensações por perdas e danos causados.

Mas isso seria um abuso da prática de utilizar regras de responsabilidade no lugar de regras de propriedade. A própria preocupação com esse assunto, no entanto, demonstra que o conteúdo das atribuições é distinto das regras para sua modificação – não se pode passar à vontade de uma regra para outra, e para isso há inclusive salvaguardas legais.

7.6.2.1 O poder da decisão judicial

Tem havido muita confusão entre conteúdo de atribuições, protocolos de transferência e remédios a adotar. Inclusive por parte de muitos tribunais. Em uma decisão típica de um tribunal norte americano, a corte decidiu que uma fábrica deveria ser fechada a menos que indenizasse moradores vizinhos por “danos permanentes”. As partes, antes da ação judicial, poder-se-ia dizer que ocupavam uma situação de Célula C, na qual emissões não eram permitidas, com o ônus correspondente suportado pela fábrica. Como qualquer mudança deste pacote de atribuições iria, como padrão, requerer o consentimento de ambas as partes, e como a fábrica foi adiante e emitiu gases na atmosfera sem o consentimento, pode-se ver esta situação como a violação de um protocolo de transferência de atribuições.

Podemos esperar que um tribunal, frente a um tal cenário, faça duas coisas: ordene uma indenização por danos já ocorridos (ou alguma outra injunção pela violação do protocolo de transferência) e que coercitivamente restaure o mundo à célula C através de tutelas específicas. No caso acima o tribunal não fez nenhuma das duas coisas. O julgamento em questão pode ser entendido como uma legitimação de um novo protocolo de transferência

pelo qual a fábrica poderia, unilateralmente, mover-se da Célula C (emissões não permitidas, com custos de fechamento suportados pela fábrica) para a Célula B (emissões permitidas, com qualquer futura responsabilidade por danos caindo sobre os moradores). Esse protocolo de transferência foi estruturado como uma opção explícita, com um preço de realização (danos permanentes) ajustado de antemão. A fábrica poderia exercer a opção e efetuar uma mudança para a Célula B mediante o pagamento de danos permanentes, ou ela poderia escolher não exercer a opção e permanecer na Célula C, com suas operações impedidas. Portanto, atos mandamentais de tribunais, considerados como remédios, podem realizar várias dentre distintas funções – clarificar a natureza da atribuição subjacente, anunciar novos protocolos de transferência, forçar a execução dos termos de protocolos de transferência existentes, e proporcionar solução para violações de protocolos de transferência.

De forma mais geral, o tratamento dos remédios como conceitualmente distintos do conteúdo das atribuições fornece uma importante luz sobre como as tutelas específicas concedidas pelos tribunais se relacionam ao modelo do *Cathedral* reformulado, visto na Figura 2. Quando o poder judiciário concede indenização por danos, poderia ou estar remediando uma fuga da Célula C (emissões proibidas) que tenha sido efetuada fora dos protocolos de transferência aprovados, ou poderia estar fazendo cumprir os termos da Célula A, na qual as emissões são permitidas mas a responsabilidade pelo dano resultante foi transferida para o emissor. Na primeira há sanção, na segunda compensação.

7.6.2.2 O papel da jurisprudência na consolidação dos remédios

Esta separação conceitual entre o conteúdo das atribuições e os remédios levanta uma importante questão teórica³⁸: pode o verdadeiro conteúdo da atribuição – por exemplo, se o

³⁸ Uma resposta afirmativa sugere que queremos identificar regimes que se ajustam descritivamente com as estruturas de incentivos que os tribunais realmente forçam. Se houver heterogeneidade nessas escolhas de remédios pelos tribunais, os incentivos serão menos claros.

“A ausência de regras para escolha judicial entre os remédios significa que regras de propriedade e regras de responsabilidade, conforme impostas pelos tribunais, têm apenas um papel prospectivo limitado no direito. Porque a identidade do remédio é incerta até que uma disputa tenha sido adjudicada, as regras de propriedade e regras de responsabilidade não servem como incentivos antes desse momento” [tradução nossa]. Texto original: “*The absence of rules for judicial choice among remedies means that prospect rules and liability rules, as imposed by courts, have only a limited prospective role in law. Because the identity of the remedy is uncertain until a dispute has been adjudicated, property rules and liability rules cannot serve as incentives before that time*” (SHERWIN, E. Property rules as remedies. **Yale Law Journal**, New Haven, CT, v. 106, p. 2083, 2086, 1997 *apud* FENNELL, Property and half-torts, 2007, p. 1434, nota 101).

direito “realmente” especifica o regime da Célula A ou da Célula C – ser inferido do padrão das tutelas específicas concedidas ao longo do tempo?

Ou, ao invés disso, deveríamos entender o conteúdo da atribuição como fluindo diretamente dos comandos emitidos pela lei, independentemente do verdadeiro padrão observado nos remédios concedidos³⁹?

A resposta a esta questão deve depender do que uma dada taxonomia pretende mostrar. O importante aqui a focalizar é se a lei opta pela remoção coercitiva de alternativas produtoras de riscos em particular⁴⁰. Para fazer isso (e, portanto colocar uma atividade na linha inferior da Figura 2) o direito deve tanto anunciar uma proibição que torne ilegal um estímulo de risco em particular quanto fazer o suficiente em termos de remédios para tornar a proibição razoavelmente eficaz para uma população que é geralmente inclinada a cumprir a lei. Isso pode ser obtido se uma forma pela qual a sociedade sinalize uma proibição for pela imposição de penalidades. Proibições legais de determinadas atividades presumivelmente iniciam na linha inferior da Figura 2 mas poderiam migrar para a superior se os remédios impostos forem consistentemente tão leves que a maioria da população passasse a considerá-los como “preços”, e não como “sanções”.

³⁹ “As **regras e princípios** do direito dos ilícitos tem um status ético independente de, e superior a, os **remédios** do direito dos ilícitos. Sob esse aspecto, os remédios do direito dos ilícitos são (com apenas algumas possíveis exceções) não um preço a ser pago pela interferência com os interesses de outrem, mas uma sanção por fazê-lo” [tradução nossa]. Texto original: “*The rules and principles of tort law have an ethical status independent of and superior to the remedies of tort law. On this view, the remedies of tort law are (with only a few possible exceptions) not the price of interfering with the interests of another but a sanction for doing so*” (CANE, P. **The anatomy of tort law**. 1st. paperback ed. Oxford: Hart, 1997 *apud* FENNELL, Property and half-torts, 2007, p. 1434, nota 102). Mais sobre essa tese na conclusão deste trabalho.

⁴⁰ Mesmo que, na prática, isso sempre seja uma questão de grau. Mas se a coerção e os remédios são suficientemente robustos, o regime legal impõe um custo esperado aos violadores, pela continuação da atividade, que é pelo menos tão grande quanto o custo de fazer cessar a atividade retirada.

8 USO DE PADRÕES DE CONDUTA VS. ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Conforme já percebemos até aqui, há duas maneiras possíveis de combater riscos em nossa sociedade moderna: uma preventiva, que opera através dos mecanismos que buscam coibir, reduzir, ou restringir a esfera de influência daquelas atividades que possam oferecer riscos à propriedade ou à integridade física alheias; outra, corretiva e saneadora, que tem a intenção de reparar danos causados por essas mesmas atividades de risco, recolocando as situações, na medida do possível, no estado anterior à causação do malefício ou ressarcindo as perdas ocorridas, via alguma forma de representação pecuniária que as compense.

A segunda forma considerada, que implica a responsabilização de alguma parte causadora do dano, tem natureza privada, sendo indireta na sua forma de operar: não há uma predisposição de qualquer autoridade prevendo o caso específico, mas sim um pagamento que irá ocorrer, ou o restabelecimento à situação *ante*, mediante ação que parte sempre da iniciativa da parte afetada.

Já a primeira forma mencionada acima, seria preponderantemente mediante a aplicação de padrões, proibições e regulamentos de segurança, todos de natureza pública, emanados do Estado fiscalizador, e que visam atuar preventivamente alterando o comportamento dos indivíduos rumo a um evitamento de riscos potencialmente causadores de dano na máxima medida possível. São exigências *ex-ante*, que independem da ocorrência de danos.

O exemplo, muito bem formulado por Steven Shavell, professor de *Law and Economics* da *Harvard Law School*, ilustra essa diferença⁴¹:

Se eu corro para pegar um ônibus, talvez me chocando com alguém no processo, isto será influenciado mais pela possibilidade da minha responsabilização do que por qualquer regulamento controlando meu comportamento; e de forma similar, por exemplo, na forma como eu escolho em derrubar uma árvore no meu pátio, se há uma chance que eu vá atingir o telhado da garagem do meu vizinho. Mas quando eu dirijo meu caminhão através de um túnel, portando uma carga de explosivos, se eu assinalo em minha loja as saídas a serem utilizadas em caso de incêndio, se uma empresa

⁴¹ Texto original: “*Whether I run to catch a bus and perhaps collide with someone in the process will be influenced more by the possibility of my liability than by any prior regulation of my behavior; and similarly, for example, with how I choose to fell a tree in my backyard when there is a chance that it would strike the roof of my neighbor’s garage. But whether I drive my truck through a tunnel when carrying a load of explosives, whether I mark exits to be used in case of fire in my store, whether an electric utility incorporates certain safety features into the design of a nuclear power plant – such decisions will often be determined substantially by regulation*” (SHAVELL, S. **Liability for harm versus regulation of safety**. Cambridge, MA: The National Bureau of Economic Research, 1983. (NBER Working Paper Series: Working Paper, 1218). Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w1218.pdf?new_window=1>. Acesso em: 10 out. 2010. p. 1-2).

fornecedora de energia elétrica incorpora certos dispositivos de segurança no projeto de uma usina nuclear – tais decisões em geral serão determinadas substancialmente por regulamentos [tradução nossa].

Os objetivos de qualquer sociedade racional, não devem se situar no âmbito das compensações adequadas aos danos causados. É lógico que este seria um objetivo secundário sempre desejável⁴². Mas o que se deve almejar dentro de um mundo civilizado é, isto sim, a minimização da ocorrência de danos, no sentido de tornar a vida humana sempre mais suportável. Há que se ver primordialmente quais são as dificuldades e despesas envolvidas na redução dos riscos, dos danos que ocorrem, dos custos administrativos associados com o uso da responsabilidade pelos ilícitos via atuação jurisdicional, ou da imposição de regulamentos.

8.1 Quatro determinantes para a opção

Segundo Shavell, há quatro determinantes que devem ser consideradas na opção por medidas que priorizem os regulamentos, visando restringir os riscos produzidos - o primeiro dos semi-ilícitos de Fennell - *versus* a responsabilização por danos causados - o segundo semi-ilícito visto anteriormente. É claro que sempre o sistema utilizado será misto, aplicando-se uma ênfase de um ou de outro tipo conforme o tipo de atividade considerada. Os quatro determinantes são:

- 1) as **diferenças dos conhecimentos** sobre as atividades de risco possuídas pelas partes privadas em relação ao conhecimento das autoridades reguladoras;
- 2) as partes privadas podem ser **incapazes de pagar** por todo o dano causado;
- 3) as partes privadas podem estar **isentas da legitimidade passiva** para sofrer ação legal de cobrança de ressarcimento do dano causado;
- 4) os **custos administrativos** incorridos pelas partes privadas, conexos com o uso do sistema jurisdicional para cobrar danos, ou para exigir cumprimento de regulamentos.

⁴² Quanto a esse aspecto das compensações, ou, no dizer de Guido Calabresi em *The Costs of Accidents*, a redução dos custos secundários dos acidentes, podemos considerar como um problema secundário para nossos propósitos, pois sempre é possível às partes a aquisição de seguros, seja pessoais, seja de terceiros, ainda que esse seguro devesse ser bancado pelo Estado a partir de um sistema de seguridade social, por incapacidade das partes em enxergar a importância do seguro ou por sua carência financeira.

Faremos agora uma síntese das questões que estão envolvidas em cada uma dessas quatro condicionantes da decisão por uma mistura adequada de responsabilidade por ilícitos e regulamentação controladora de atividades de risco.

Informações – Na medida em que as partes privadas possuem informações sobre as atividades de risco, que são superiores às disponíveis à autoridade reguladora, seria desejável permitir que as partes, elas mesmas, decidissem como reduzir os riscos, valendo-se de auto proteção, sorte, ou outros dispositivos, priorizando, portanto, a abordagem da responsabilização por danos em detrimento da solução regulatória.

Incapacidade de Pagar – O problema da inabilidade de cumprir, por insuficiência financeira das partes, com o valor total do dano causado reduz o poder inibitório e reparatório da responsabilidade e é portanto um argumento em favor da regulamentação.

Legitimidade Passiva – A probabilidade de que uma ação não venha a ocorrer é, por razões similares, um fator que opera em favor da regulamentação que previna contra a ocorrência de sinistros catastróficos indenizáveis.

Custos Administrativos – Considerações de custos administrativos podem favorecer a responsabilidade porque sob a mesma, ao contrário do que ocorre quando da preferência por uma regulamentação, tais custos são suportados apenas se o dano realmente ocorre.

Na realidade, tanto a responsabilidade por danos quanto as regulamentações são desejáveis, e deverão operar em conjunto no sentido de controlar os riscos. As quatro determinantes vistas acima devem funcionar no sentido de determinar a melhor combinação entre as duas formas a ser empregada, no âmbito de cada atividade da sociedade.

8.2 Cumprir regulamentos não isenta de responsabilidade

Surge, no entanto, naturalmente a questão sobre se a adesão de alguém a regulamentos o libera de quaisquer responsabilizações por danos. E, pergunta conexa, ao falhar em cumprir regulamentos alguém incide necessariamente em responsabilidade? Segundo a teoria, a resposta, em ambos os casos, é negativa.

Quanto à primeira pergunta se o cumprimento de regulamentos fosse imunizar alguém de responsabilidade, ninguém precisaria fazer mais do que cumprir regulamentos. Mas sempre haverá quem deseje fazer mais para reduzir riscos do que o regulamento exige, seja porque esses cuidados adicionais lhes custam menos que o normal, seja porque suas

atividades apresentam maiores riscos, do que o normal, de causar danos, ou ainda, porque há aspectos de seu comportamento que envolvem riscos mas que não estão cobertos pelo regulamento (devido a limitação de conhecimento da autoridade reguladora). E como algumas dessas partes procurariam adotar maiores cuidados para redução de riscos, devido a uma maior propensão a sofrerem uma ação por danos, é desejável empregar a consciência de uma eventual responsabilização como meio adicional de controlar os riscos.

Quanto à segunda questão, se uma falha em satisfazer regulamentos necessariamente resultasse em responsabilidade da parte por negligência, algumas partes, que normalmente não teriam que fazê-lo, seriam levadas a satisfazer regulamentos. Isso se deve a que algumas partes, para as quais o cumprimento de exigências regulatórias não seria desejável, (por arcarem com custos maiores que os usuais, ou por serem menos propensas a causar danos), terão sido forçadas a satisfazer as exigências devido a falhas no sistema de controle do regulamento. Essas partes poderiam ser induzidas, sob ameaças de responsabilização, a obedecer às exigências. Mas ao permitir-se o reconhecimento, pelas leis de responsabilidade, de circunstâncias especiais de isenção do cumprimento, isso levaria a sua liberação das exigências do regulamento, o que seria desejável, pelo menos em termos de eficiência do sistema sócio-econômico como um todo.

8.3 O mecanismo adequado à atividade

Há, naturalmente, atividades que são melhor controladas mediante recurso à responsabilidade e outras que se prestam melhor à regulamentação estatal. Vejamos agora como se configurariam as preferências de solução dos casos típicos vistos acima para exemplificar situações a serem resolvidas mediante responsabilidade ou mediante regulamentação. Pelo recurso às quatro determinantes, abordadas no item 8.1, fica fácil perceber quais pertencem a uma categoria e quais pertencem à outra.

8.3.1 Casos de preferência pela responsabilização jurisdicional

Inicialmente consideremos os exemplos dados para ilustrar situações de responsabilidade por ilícitos causadores de danos, a saber, quando alguém é empurrado por quem tenta correr para um ônibus ou o caso da árvore que, ao ser derrubada, possa atingir o telhado da garagem vizinha.

Informações – Vê-se que, no que diz respeito à superioridade do conhecimento sobre os danos e riscos possíveis, há uma vantagem das soluções que priorizam a responsabilidade por danos causados com relação a regulamentações, pois as partes, individualmente, possuem melhor conhecimento sobre os riscos incorridos do que uma autoridade regulamentadora.

Custos Administrativos – Quanto à economia em custos administrativos também ocorre uma significativa economia com o recurso à responsabilidade, pois seria um gasto desnecessário monitorar o comportamento, via regulamentação, de todos os indivíduos que praticassem determinada conduta, considerando que apenas uma minoria incorreria verdadeiramente em danos a serem ressarcidos via uma ação por danos.

Incapacidade de Pagar – Quanto à possibilidade das partes cumprirem efetivamente com sua obrigação de ressarcir danos ocorridos, há apenas uma moderada vantagem da regulamentação. Na maioria dos casos de danos causados, o causador possui recursos suficientes a serem penhorados em uma ação de execução por equivalente pecuniário. Ou haverá fundos, ou seguro, disponíveis para um pronto cumprimento da obrigação de pagar pelos danos. Mesmo assim poderá haver casos de inadimplência, o que não seria uma preocupação caso a redução de riscos fosse objetivada mediante uma regulamentação apropriada.

Legitimidade Passiva – Não há, igualmente, nenhuma razão para crer que haverá uma sistemática dificuldade para as vítimas virem a juízo reclamando danos causados, mesmo que isso dependa de acesso a ações via Ministério Público ou Juizados Especiais, no caso de insuficiência financeira para arcar com os custos de uma ação. Portanto não haveria qualquer vantagem de se partir para uma regulamentação que contornasse esse tipo de dificuldade.

Então aqui os quatro argumentos apresentam o seguinte balanço: dois concorrem fortemente em favor da responsabilidade, um possui uma força parcial contrária a ela, e um quarto é de pequena relevância. Conclui-se que a responsabilidade deverá ser empregada e que a regulamentação não seria muito considerada ao tratar o típico ilícito. São os casos

reconhecidos como típicos das ações de responsabilidade civil na nossa jurisprudência. Portanto a prática se ajusta à solução teoricamente ideal aqui.

8.3.2 Casos de preferência pela regulamentação

Vejam agora o caso das atividades que tipicamente são regulamentadas com vistas a evitar a sua ocorrência, ou diminuir a possibilidade de ocorrência, de danos, tais como trafegar com uma carga de explosivos através de túneis, inobservância de precauções contra incêndios, produção e venda de certos alimentos e medicamentos, geração de poluentes. São casos em que, supostamente, a responsabilidade não basta para reduzir riscos de causação de danos.

Informações – Quanto à determinante das informações sobre os riscos, ocorrem aqui tipicamente conhecimentos comuns às partes. São noções que advêm do bom senso geral da sociedade que estão em jogo: sempre é melhor utilizar cabos de elevadores suficientemente fortes para evitar acidentes fatais, por exemplo, e isso qualquer um sabe. Pode haver situações em que não se justifiquem, mas seriam exceções desprezíveis. E, no caso do conhecimento requerer conhecimento especializado, uma agência estatal está em muito melhores condições, pela escala de suas atividades, pela imparcialidade, e pela natural disposição a divulgar seus achados, a patrocinar estudos que desemboquem em regulamentos.

Incapacidade de Pagar – Ao se considerar a possibilidade de pagar por danos causados, em geral atividades regulamentadas têm custos muito maiores do que a capacidade das partes de arcar com os danos causados. Fogo em locais públicos, consumo de massa de alimento estragado, explosões, vazamentos de petróleo, poluição química, são todas catástrofes de proporções que excedem muitas vezes o poder financeiro das empresas que atuam nessas áreas e, por vezes, excedem até as limitações das próprias empresas seguradoras. Não bastaria uma ação de ressarcimento de danos nesses casos com eficácia para recompor a situação *ex-ante*. Urge uma regulamentação rígida que controle riscos preventivamente.

Legitimidade Passiva – Pensando na probabilidade da não ocorrência de uma ação por danos, mesmo com uma atuação eficaz do Ministério Público em defesa de interesses coletivos ou difusos, tais procedimentos tendem a ser morosos e muitas vezes insuficientes. Fica difícil até reunir informações sobre os danos causados vitimando uma população dispersa

e com dificuldades de expressão, muitas vezes. O judiciário poderia ficar sobrecarregado com a enormidade da questão a ser avaliada e os interesses conflitantes gerariam quase certamente uma situação de impasse inócuo. Esses são casos típicos de riscos à saúde pública e meio ambiente. Não há muito a fazer depois que o dano se manifesta de forma generalizada. Mais uma vez a solução via uma regulamentação preventiva exigida de forma peremptória faz-se mister.

Custos Administrativos – No que tange aos custos administrativos, como já foi visto, há uma sensível vantagem das soluções via ações de responsabilidade, devido a uma possibilidade de só ocorrerem nos poucos casos que venham a se configurar como danos. Mesmo assim o que pode ser dito sobre a regulamentação é que ela é muito menos onerosa administrativamente quando puder ser verificada pela presença de coisas (extintores de incêndio, botes e coletes salva-vidas, *guard-rails*) do que quando exige a verificação de condutas humanas cotidianas. E mesmo nesse último caso pode ser bem mais fácil observar aquelas condutas que são difíceis de serem ocultadas, como a pasteurização de leite, por exemplo, que caso falhasse teria como testemunhas centenas de funcionários de uma planta de processamento de laticínios.

Portanto, como se vê, os três argumentos fortes a favor do uso de regulamentação, a obtenção e o trato de informações setoriais relevantes, a dificuldade de pagar pelos danos, e a dificuldade de mover uma ação eficaz, parecem superar as desvantagens apresentadas por essa via quanto ao tamanho dos custos administrativos.

8.4 A essencialidade da ponderação nas decisões

Ainda assim sempre se deve avaliar a importância relativa dos argumentos para o caso de cada atividade: há que interpretar cuidadosamente as tentativas de generalização recém feitas aqui.

O que se conclui de tudo que foi dito acima sobre a dicotomia entre responsabilidade e regulamentação é que são apenas dois lados de uma mesma moeda, o que reforça a imagem construída pela Dra. Lee Anne Fennell de que os ilícitos devem ser vistos como bifurcados em dois semi-ilícitos: um está intimamente relacionado com o outro e não se pode, nem se deve, pensar na questão unilateralmente.

Se, como se diz, na tradição liberal do nosso direito, tudo pode eventualmente ser resolvido em perdas e danos, através de ações de responsabilidade civil, por outro lado a moderna visão proveniente da análise integrada do direito e da economia, nos está a avisar que pode-se tornar a vida em uma moderna sociedade de riscos muito mais suportável, se pensarmos que não necessariamente precisamos chegar ao extremo de nos valermos de ações ressarcitórias, a ponta final de um processo muitas vezes causado por falta de previsão, de desrespeito flagrante a normas de engenharia, de descuidos quanto a princípios básicos de segurança, de descaso com populações hipossuficientes, de irreverência quanto aos cuidados normais esperados de um indivíduo de mediano bom senso, um *bonus pater familiae*.

Nas palavras do Dr. Shavell, no desfecho da argumentação do seu trabalho:

Finalmente, a pretensão de consistência da teoria com o que é verdadeiro, de fato é confirmada também pela concordância entre o teoricamente desejável, e o relacionamento observado entre a satisfação da regulamentação e a imposição da responsabilidade. Especificamente, é em verdade um fato, que a adesão à regulamentação não necessariamente isenta uma parte de responsabilidade. Além disso, quando se verifica responsabilidade, apesar da adesão à regulamentação, a razão dada é frequentemente colocada em termos da existência de “circunstâncias anormais” ou “perigo aumentado”, que é o que nós dissemos que a teoria sugere que deveria dar origem à responsabilidade, apesar da satisfação da regulamentação. Por outro lado, é também verdadeiro que uma falha na satisfação das exigências da regulamentação não resulta automaticamente em responsabilidade. E a explicação que é geralmente oferecida quanto a isso, de que a “violação do direito (positivo)” não implica a sua negligência, se as “circunstâncias” justificam uma aparente desobediência, novamente se conforma à teoria [tradução nossa]⁴³.

⁴³ Texto original: “Finally, the claim of consistency of the theory with what is true in fact is confirmed also by the agreement between the theoretically desirable and the observed relationship between satisfaction of regulation and imposition of liability. Specifically, it is indeed the case that adherence to regulation does not necessarily relieve a party of liability. Moreover, when liability is found despite adherence to regulation, the reason given is frequently phrased in terms of there being “unusual circumstances” or “increased danger,” which is what we said theory suggests ought to give rise to liability despite satisfaction of regulation. On the other hand, it is also true that failure to satisfy regulatory requirements does not automatically result in liability. And the explanation that is often furnished in this regard, that a party’s “violation of the (statutory) law” does not imply his negligence if the “circumstances” justify an apparent disobedience, again comports with theory” (SHAVELL, **Liability for harm...**, 1983, p. 28).

9 INFLUÊNCIA DOS SEMI-ILÍCITOS NA COMPREENSÃO DE CONFLITOS SOCIAIS

A teoria dos semi-ilícitos, como foi visto, reformula as atribuições no âmbito da junção entre a propriedade e os ilícitos, refazendo o próprio conceito de propriedade. Vamos ver, então, como a compreensão dos conflitos sociais sofre modificações, na medida em que pensamos em termos de semi-ilícitos.

A questão central dos semi-ilícitos, uma separação consciente entre estímulos de risco e resultados danosos, já é algo familiar na literatura do ramo. A novidade apresentada aqui é a compreensão da importância de reconhecer risco e dano como partes móveis, separadas da ideia de atribuições. Com esta visão consegue-se ver uma forma do direito responder à questão de como tratar o caso em que os riscos e os resultados causados não pertencem ao mesmo feixe de atribuições de uma única parte.

Em muitos desses casos a sociedade prefere arcar com os custos do que chegar a uma resposta a essa questão, pois muitas dessas disjunções entre riscos e danos são benignas, em muitos outros os impactos são mínimos, e outros há ainda em que há reciprocidade, que elimina os efeitos a longo prazo. Entretanto há um grupo não trivial de casos em que os semi-ilícitos geram problemas difíceis e custosos, a que o direito deve forçosamente dar uma resposta.

Na formulação dos semi-ilícitos há uma distinção entre as abordagens legais que se voltam às atividades produtoras de riscos e aquelas que cuidam da alocação dos custos dos danos. Na prática, o direito trata as duas conjuntamente: uma decisão quanto a se a atividade deve ou não ser permitida, outra quanto à forma de alocar os custos resultantes dos danos causados.

9.1 O padrão básico: ponto de partida ideal

Mas uma posição padrão seria a de que qualquer atividade que crie riscos, desde que socialmente desejável, será permitida, em princípio, a menos que o ordenamento a proíba expressamente.

Igualmente o padrão seria que os custos dos danos causados pela atividade saem por conta da parte lesada. Este é o padrão básico.

Tendo em vista esse padrão, qualquer atuação do direito, relativa às atividades produtoras de risco, irá no rumo de restrições ou proibições. E a alocação de custos por danos aloca a responsabilidade deixando de fora terceiros, que não aqueles inicialmente afetados.

Por tudo isso, o ponto inicial adotado pelo direito será na célula B, do modelo dos semi-ilícitos, em que o estímulo de risco é permitido e os custos caem sobre os vizinhos azarados. Deste ponto em diante, a lei poderá atuar sobre o risco, banindo a atividade⁴⁴, ou poderá agir na alocação dos custos dos danos atribuindo a responsabilidade à parte que agiu com risco.

Essa é a escolha básica: colocar pressão legal nos riscos, através de estabelecimento de regulamentos, ou nos danos por uma ação de responsabilidade, e toda a doutrina enxerga assim.

9.2 Riscos vs. Danos: uma análise em quatro campos do direito

Isso pode ser representado na Figura 4, conforme a seguinte grade, em que são analisadas as duas visões em diferentes campos da atuação do direito:

	Ilícitos	Contratos	Propriedade	Regulamentação
Risco	Proibição da atividade	Contrato sobre estímulos de risco	Colocar risco e dano sob um proprietário	Proibir, taxar, ou subsidiar atividades de risco
Dano	Responsabilidade pelos danos	Contrato sobre responsabilidade por danos	Colocar risco e dano sob um proprietário	Penalizar ou premiar resultados

Figura 4 - Endereçando os Semi-Ilícitos.

⁴⁴ Esta proibição poderá se restringir a alguns aspectos da atividade apenas (métodos, equipamentos, horários, locais, frequências, intensidades, etc.). Geralmente ao fazer isso a lei mantém os custos das perdas associadas sobre a parte que foi impedida de continuar a atividade de risco, o que representaria um deslocamento diagonal em direção à célula C (atividade é restringida e a parte restringida arca com os custos). Só raramente seriam esses custos atribuídos a alguma outra parte (o que seria o caso se o deslocamento tivesse sido em direção à célula D).

Veremos, nos tópicos a seguir um detalhamento das questões sumarizadas no quadro da Figura 4.

Essa dicotomia entre risco e dano tem uma correspondência com a ideia de um controle centralizado (via decisões administrativas) versus descentralizado (via mercado) de custos de acidentes, já visto em Guido Calabresi, em *The Costs of Accidents*.

Quando o direito apenas aloca os custos dos danos, os agentes possuem maior flexibilidade, e acabam indiretamente sendo incentivados a achar maneiras de evitar tais danos, mas cometem erros ao fazê-lo. É um âmbito de predominância da atuação dos agentes de forma livre, via um mercado.

Quando forem os riscos que são diretamente visados, cada estímulo pode ser avaliado e controlado, mas isso requer uma carga para a ciência jurídica no sentido da obtenção das informações necessárias. Trata-se, neste caso, de uma forma de organização social que privilegia uma centralização administrativa.

Entretanto há posições intermediárias entre o banir de uma atividade, mediante regulamentação, e uma opção por atribuir responsabilidade pelos custos que ela gera mediante regras de mercado. Pode-se, por exemplo, pela reconfiguração da propriedade, deslocar o controle sobre o risco para a parte que irá desfrutar o resultado economicamente benéfico daquele risco⁴⁵.

Outra possibilidade surge quando consideramos as possibilidades que o direito oferece para passar de um regime de atribuições a outro. Ao determinar os termos pelos quais uma parte pode unilateralmente passar de um regime em que a atividade é proibida para outro em que é permitida, é possível colocar um preço, em lugar de proibir, atividades de risco. A lei pode permitir a um agente adquirir uma licença para se engajar em uma determinada atividade por certo tempo, ou poderia criar uma taxa para cada instância de execução da atividade. Estes são casos em que o preço é conhecido de antemão. O agente então pode comparar os benefícios de executar ou não a atividade, de forma antecipada. Assim o nível de atividade se torna uma função de decisões tanto centralizadas quanto descentralizadas.

⁴⁵ Mas isso não é panaceia. Quanto maior a propriedade ficar, mais deverá depender de mecanismos de governança interna que irão, por sua vez, ter que selecionar as alternativas para lidar com riscos e danos que não podem ser coletivizados. E tudo retorna ao princípio.

9.2.1 Respostas do direito dos ilícitos

Para danos causados no outro lado dos limites de uma propriedade, o direito responde com a doutrina da turbação. Poderá escolher qualquer combinação das regras de produção de riscos e de alocação de custos de danos, da grade da Figura 2. O que o direito dos ilícitos faz é tentar realinhar os riscos e os danos que o delineamento inicial das atribuições dos direitos de propriedade separou. Isso pode ser obtido seja pela eliminação de atividades geradoras de risco através de proibições legais (Célula C), seja colocando os impactos externos na conta do criador do risco (Célula A). Mas esta seleção só ocorrerá após algum ofendido ter estabelecido uma ligação entre o dano e a atividade produtora de risco, através de uma ação judicial.

A primeira alternativa tira algumas das opções do proprietário, baseado em que há possibilidade de efeitos negativos fora dos limites da propriedade. Surge então um condicionamento coercitivo dos direitos da propriedade, não pela alteração nas dimensões da propriedade, mas pela eliminação de uma ameaça específica através da proibição a uma operação bem sucedida dos recursos da propriedade, dentro das suas dimensões originais.

A segunda alternativa, cobrança dos custos por danos ao criador do risco, pode ser compreendida também como modificação da propriedade. Aqui as opções da vítima não estão protegidas da contaminação por efeitos negativos das ações além dos limites da propriedade, mas uma compensação é paga que, em teoria, neutraliza aquele efeito negativo. Em vez de tirar a habilidade do proprietário ofensor de criar riscos, essa abordagem focaliza o dano diretamente, tornando o criador do risco responsável por eles.

9.2.1.1 Norma de negligência: considerações sobre a culpa

Essas duas alternativas parecem bem se alinhar com proibições legais de atividades e a responsabilidade objetiva, respectivamente. Mas o direito dos ilícitos, na prática, em geral utiliza uma norma de negligência, que requer a verificação de culpa. Onde essa norma se encaixaria na taxonomia da Figura 2? Inicialmente podemos entender uma norma de negligência como particionando uma dada atividade em duas sub-atividades que caem em diferentes células da grade da Figura 2:

- executar a atividade exercendo cuidado razoável (X_1);
- executar a atividade sem exercer cuidado razoável (X_2).

É fácil ver que X_1 se ajusta perfeitamente na célula B sob uma norma de negligência – a atividade é permitida e os custos de danos cairão sobre a vítima ao invés de serem alocados ao produtor do risco.

Mas onde se encaixa X_2 ? Aqui a intuição puxa em duas direções:

Primeiro, uma norma de negligência pode ser entendida como uma proibição legal de X_2 , que cairia dentro da célula C (onde a atividade é proibida e os custos da proibição caem sobre o produtor do risco). Isto significa que o direito exige que as pessoas não sejam negligentes; o fato de os remédios se limitarem a ressarcimento de danos não transforma uma proibição legal em um mecanismo de preços⁴⁶.

Uma segunda perspectiva iria observar que a taxonomia da Figura 2 serve para distinguir entre abordagens legais que proíbem estímulos de risco específicos e as que alocam os custos que surgem dos resultados danosos. Nessa segunda hipótese, uma norma de negligência não retira qualquer conjunto de estímulos legais da execução de uma atividade, mas em vez disso, deixa ao critério dos agentes individuais a escolha da combinação que irá minimizar a soma dos custos da produção de riscos e os custos do impedimento da produção de riscos. Como se vê, é uma solução bem menos radical que a do parágrafo anterior. Como tal, X_2 pode ser localizado na célula A, onde a atividade é permitida (no sentido que nenhum aspecto específico dela tenha sido legalmente proibido), mas os custos dos danos são alocados ao produtor do risco.

Esta segunda abordagem parece apropriada se o objetivo da Figura 2 é propriamente entendido não como determinante do sentido deontológico da lei, mas como tendo o propósito de examinar se o controle sobre uma atividade ocorre ao nível do risco ou ao nível do dano.

Nem se pode dizer que a colocação de X_2 na célula A requer a adoção de teorias de “homens maus” sobre as propensões das pessoas de obedecer à lei. Isso se torna claro se

⁴⁶ “Espera-se que cumpramos nossa obrigação de não agir negligentemente, e não ponderar os benefícios de agir negligentemente contra os custos dos danos que iremos pagar” [tradução nossa]. Texto original: “*We are meant to comply with our duty not to act negligently, not weigh the benefit of acting negligently against the cost of the damages we will pay*” (PENNER, J. E. **The idea of property in law**. 1997. p. 66 *apud* FENNELL, Property and half-torts, 2007, p. 1460, nota 173). Essa obrigação faz lembrar o caso do crime cometido pela *Ford Motor Company* contra a comunidade consumidora, ao lançar o Ford Pinto, no início dos anos 70, após um estudo de viabilidade que considerou os riscos que a empresa correria com indenizações a serem pagas a vítimas de acidentes fatais, devido a colocação do tanque de gasolina na parte traseira, extremamente vulnerável, do veículo. Havia vantagens em termos de projeto de engenharia, mas sabiam do risco e da probabilidade dos acidentes de antemão, pelos testes que foram feitos antes do lançamento. Mesmo assim, uma análise econômica fria sugeriu que os ganhos em muito superariam as perdas em indenizações pagas, e o produto seria um sucesso financeiro ao fim e ao cabo.

supusermos uma terceira sub-atividade, X_3 , que envolva a execução de algum ato estando plenamente consciente de que se está tendo menos que o nível exigido de cuidado. X_3 se alinharia com categorias legais tais como a culpa consciente grave, displicência, conduta licenciosa e intencional, dolo eventual e semelhantes, que sejam propriamente sujeitos de proibição legal, e contra as quais remédios super-compensatórios possam ser utilizados. Da mesma forma que atividades dirigidas a finalidades não permitidas caem dentro da célula C, o mesmo ocorre com atividades que são conscientemente executadas por maneiras sabidamente indesejadas socialmente como um todo.

Se supusermos que a norma de cuidado foi determinada ao nível da eficiência sócio-econômica global, e que os danos foram apropriadamente calculados, um agente que se engaja em X_2 não está à margem de qualquer julgamento social em particular sobre como executar a atividade X. Em vez disso, ele apenas cometeu um erro involuntário ao buscar sua própria função de minimização de custos.

A sociedade torna erros mais custosos e menos prováveis pela inserção de uma descontinuidade na estrutura de incentivos no ponto de eficiência – a mudança da responsabilidade para a não-responsabilidade, uma vez que o cuidado razoável tenha sido observado. Mas os erros ainda assim ocorrerão, e a abordagem da sociedade sob a norma de negligência é controlar a ocorrência de tais erros, não pela eliminação de estímulos de riscos que possam produzi-los, mas pela alocação de responsabilidade pelo dano resultante. Dessa maneira, a norma de negligência preserva a vantagem informacional de uma abordagem “descentralizada”. Entretanto, se um agente conscientemente tem uma recaída do seu nível de cuidado, atingindo o território de X_3 , ele viola uma proibição social e pode, conseqüentemente, ser sancionado pelo banimento de seu agir (célula C na Figura 2).

9.2.2 Respostas via regulamentação

Uma regulamentação pode se voltar tanto para atividades produtoras de risco quanto a resultados danosos (ou benéficos)⁴⁷. Regulamentos em geral servem para diretamente banir ou

⁴⁷ Apesar de que, segundo *Shavell*, visto anteriormente, os regulamentos atuam diretamente sobre o risco e a responsabilidade pelo ilícito atua sobre o dano realizado, essa divisão não é inevitável. Nos ilícitos de propriedades, uma satisfação de tutela específica pode operar para resolver diretamente uma situação de criação de risco. Mas, por outro lado, é possível que um órgão regulador crie penalidades e prêmios por resultados produzidos, e não relativos às atividades criadoras dos riscos que os geraram.

limitar atividades, mas isso não é necessariamente assim. Esses corpos regulamentares podem criar novos instrumentos, taxar ou subsidiar ações ou resultados em particular, e podem desenvolver todas as formas de opções para as partes subscreverem ou exercerem. Para acomodar essas possibilidades nas Figuras 2 e 3, o governo pode estabelecer os termos precisos em que a transferência de um regime para outro será permitida.

Respostas regulatórias são diferentes das formas tradicionais do direito dos ilícitos. Como pagamentos para entrar ou sair em atividades não se baseiam em incidentes específicos, causalmente conectados, um maior espalhamento de riscos e custos torna-se possível. Mas como uma parte lesada não é necessariamente uma pré-condição para uma ação legal, os regulamentos podem entrar mais facilmente dentro dos limites da propriedade a fim de fazer cessar atividades, mesmo as que tenham sido concebidas cuidadosamente para evitar extravasamentos. Assim, um agente que eficazmente usa o espaço dentro de seus limites para precluir impactos extra-fronteiras, mesmo assim não tem defesas contra um regulamento (a não ser, talvez, em uma esfera política).

Além disso, uma abordagem regulatória pode incluir subsídios e prêmios como alternativa viável a taxas e penalidades. Se esses pagamentos forem feitos pelo governo, os benefícios associados são espalhados amplamente, via sistema tributário. Ao invés de pedir às partes beneficiadas que contribuam cada vez que alguma atividade produz uma externalidade positiva – e o direito dos ilícitos reluta em fazer isso – a sociedade como um todo pode decidir que a atividade é valiosa o suficiente para ser premiada ou subsidiada. E, na Figura 4, na última coluna, fica evidenciado como pode-se distinguir subsídios para o engajamento em atividades particulares, de prêmios por resultados favoráveis efetivamente alcançados.

Da mesma forma, no caso de atividades indesejadas, os regulamentos podem prever taxas desestimulantes para iniciar atividades, ou mesmo proibições, caso os riscos sejam graves, ou a imposição de penalidades ou multas no caso de produção efetiva de danos.

O primeiro lado da moeda - subsídios e prêmios - desloca o ônus para a sociedade, de buscar contornar a possibilidade do risco da atividade não ser tão benéfica quanto esperado, em dado caso; enquanto o segundo - taxas e penalidades - deixa o risco cair sobre o agente.

9.2.3 Respostas contratuais

Riscos e danos em desalinho nem sempre precisam ser tratados pela coerção administrativa; negócios privados também servem para atingir os realinhamentos necessários. Se os custos de transação puderem ser superados, os contratos oferecem uma perspectiva de reconfiguração dos direitos de propriedade. Tais respostas contratuais são enormemente variadas – na verdade, o potencial para uma acomodação virtualmente ilimitada é uma das mais importantes distinções entre o direito de propriedade e os contratos. Um praticante de arco e flecha pode querer contratar com seu vizinho o direito de arremessar flechas que eventualmente possam invadir o outro terreno, assumindo ou não os riscos por danos eventualmente causados no outro lado da divisa da propriedade.

Este exemplo envolve extravasamentos de uma única atividade e, portanto, as soluções contratuais esperadas seriam projetadas de forma estreita, acrescentando detalhes apenas àquela atividade.

Mas abordagens contratuais mais abrangentes são não apenas imagináveis, como rapidamente crescem em popularidade. Redes de convênios do uso recíproco da terra operam na interface entre o direito de propriedade e o dos contratos ao permitir aos proprietários que se vinculem por acordos para alterar arranjos de propriedade em formas que ultrapassam temporalmente a manutenção de determinados direitos de propriedade. Veremos estas novas formas na sequência.

9.2.4 Inovações da propriedade

Deseja-se reformar a propriedade de forma que melhor agrupe riscos e resultados danosos. Devemos especificar o que quer-se dizer com propriedade. Recursos podem ser possuídos não apenas como propriedade privada mas em vários outros tipos de acordos comunitários ou semi-comunitários, de acesso limitado. Salvo o caso do bem comunitário de livre acesso, do qual ninguém é excluído, todas essas formas de propriedade têm um espaço interior protegido, com divisas externas exclusivas. Riscos e danos são coletados dentro desse espaço interior, seja por um indivíduo, por um domicílio, um pequeno grupo de coproprietários, ou algum outro corpo coletivo maior.

Logicamente os participantes de um enclave protegido não desejarão arcar com todos os riscos e danos em comum. Um indivíduo pode fazer parte de uma associação de moradores que detém propriedade em comum e também administra muitos extravasamentos estéticos entre as propriedades, mas ele não iria querer abdicar do direito de obter indenização caso um vizinho acidentalmente quebre a janela de seu carro com uma bola de golfe. O fato de que um grupo de amigos ou membros de uma família tenham uma co-propriedade em um bem, não necessariamente implica que qualquer co-proprietário possa retirar dinheiro a seu bel prazer da carteira de algum outro condômino. Na verdade alguns riscos e danos são comunitários enquanto outros permanecem privados, mesmo dentro de uma envoltória de propriedade comum. O resultado pode ser melhor pensado como um regime semi-comunitário.

O clássico exemplo de semi-comunidades seria uma área de pasto mantida em comum que se sobrepõe a vários lotes de terra individuais de terras cultivadas. A propriedade semi-comum reflete a realidade que algumas atividades como alimentação de gado ou plantações podem ser melhor efetivadas em diferentes escalas. Então a terra é repartida em dois usos diferentes e mantida por diferentes arranjos de propriedade para cada um desses usos.

As preocupações quanto ao compartilhamento de riscos e danos são exacerbadas em tais arranjos porque o uso comum da terra (pasto) oferece oportunidades para o beneficiamento ou prejuízo do uso da parte privada da terra (plantação). Dividir as fazendas em faixas muito estreitas de terra, ao mesmo tempo permitindo que os proprietários tenham partes ideais do pasto em comum, em condomínio, é uma solução. Uma alternativa seria formular regras para o uso da propriedade mantida em comum que impediriam ônus ou benefícios grosseiramente desiguais entre os usos privados.

As semi-comunidades respondem a alguns tipos de extravasamento, como os estéticos a algum vizinho, pela criação de um âmbito maior onde caibam os âmbitos individuais. A decisão de manter uma área maior em comum se ajusta melhor à escala de muitas atividades conduzidas dentro da vizinhança e assim concentra os bons e os maus resultados das atividades, em escala de vizinhança, sobre os co-proprietários. A fronteira externa da área mantida em comum não apenas é mais fácil de estabelecer em sentido geométrico do que os limites individuais agregados das parcelas, mas ela também requer menos interações extra-fronteiras na medida que suas dimensões excedem a escala da maioria das atividades internas ao condomínio.

Este sistema de aninhamento para coletar estímulos e resultados pode funcionar melhor do que qualquer conjunto de espaços individualizados na resposta a atividades que

produzam efeitos em várias escalas. Mas a expansão da propriedade para fora, feita desta maneira, não está isenta dos seus próprios desafios.

9.2.4.1 Desafios às semi-comunidades

Primeiramente, visto de dentro, o arranjo combina propriedade privada com um patrimônio comum de acesso limitado. Salvo as configurações compatíveis com incentivos da propriedade privada e comum, semelhante às faixas de terra em frações ideais, espalhadas no campo aberto, algum mecanismo interno para dar conta de desacertos entre riscos e danos deve ser disposto.

Em segundo lugar, vista de fora, a comunidade pode falhar em conter todos os impactos gerados dentro da mesma, ou em excluir todos os impactos produzidos fora dela. Assim, atividades ocorrendo em uma escala maior do que a comunidade pode acomodar, produzirão extravasamentos e vazamentos para dentro e para fora da comunidade maior da qual a primeira faz parte.

Considere-se um típico loteamento privado. Ele contém parcelas que são propriedade privada individual e outras áreas, tais como cinturões verdes ou campos de golfe, cuja propriedade é condominial. Um tal loteamento também é tipicamente projetado para funcionar como uma bacia de contenção de extravasamentos positivos de atividades, tais como jardinagem e manutenção de residências, executadas nas parcelas individuais. A exclusão do loteamento como um todo ajuda a atingir a contenção dessas externalidades positivas transformando-as, e a outros elementos comuns na comunidade, em bens da associação. Através da exclusão, elementos de fora podem ser em grande parte impedidos de introduzir vários riscos aos interesses do loteamento. Mas algum mecanismo interno, ou conjunto de mecanismos, é necessário para impedir aos proprietários individuais de prejudicar seus vizinhos ou as áreas comuns através de atividades geradoras de riscos levadas a efeito, seja dentro de seu patrimônio individual, seja na área condominial.

O controle da criação de riscos pelos co-proprietários é mediado parcialmente através de mecanismos contratuais – convenções restritivas de uso da terra – e parcialmente através do regulamento adotado pelo mecanismo de governança interno – o estatuto da associação de moradores. Mesmo podendo ambos os tipos de controles ser configurados em formas bastante flexíveis e criativas, a prática em geral converge para proibições, via força bruta, das

atividades geradoras de riscos. Por exemplo, se construção de cercas, estacionamento de barcos em entradas de veículos, pintura de fachadas externas de residências em cores fortes, forem considerados como agressivos esteticamente, essas atividades provavelmente serão banidas de pronto. Mas muitas outras respostas da regulamentação seriam igualmente possíveis, inclusive a criação de novos instrumentos semelhantes a regras de propriedade para tratar o engajamento em formas específicas de criação de risco.

Extravasamentos entre a vizinhança individual e outras vizinhanças na comunidade maior apresentam um conjunto análogo de problemas e deveriam dar origem a um elenco refinado semelhante de soluções possíveis.

9.3 Escolha de uma estratégia para redução dos riscos de danos

Como irá a escolha do ordenamento, quanto a aplicar pressão legal contra estímulos de risco ou a resultados danosos, ser relacionada ao projeto das atribuições?

Em primeiro lugar, a separação entre riscos e danos revela que há duas abordagens distintas que foram aglomeradas sob o título “regras de responsabilidade.”

Da Figura 2 se observa que é possível chegar a algo que se parece com uma regra de responsabilidade, permitindo uma atividade, mas deslocando o custo por danos causados ao agente causador.

Um tipo muito diferente de regra de responsabilidade é criado quando uma atividade geradora de risco pode ocorrer, mediante o pagamento de um preço pré ajustado (pago ao governo ou à vítima). Esta última permite uma transferência unilateral de um regime no qual a atividade é proibida a outro em que ela é permitida.

Os dois tipos de regras de responsabilidade têm diferentes implicações no incentivo às vítimas para se precaverem (auto-ajuda), bem como na alocação de riscos baseados em sorte.

No exemplo das emissões, suponha-se que a emissão de fumaça cause eventualmente dano ao vizinho, caso ocorram duas condições simultaneamente:

- 1) o vizinho deixa sua janela aberta;
- 2) o vento sopra do Leste.

A regra da célula A, pela qual emissões são permitidas mas a responsabilidade pelos danos recai sobre a fábrica, reduz o incentivo para que o vizinho adote precauções quanto ao fechamento das janelas (isso corresponde a uma responsabilidade objetiva sem a defesa da

contestação quanto à existência ou não de culpa – o que reduz o incentivo à vítima para reduzir efeito de danos). Ao mesmo tempo, aloca o risco aleatório, associado aos padrões dos ventos, à fábrica.

O outro tipo de regra de responsabilidade discutida acima assume a forma de uma opção explícita oferecida à fábrica, que iria permitir que ela unilateralmente iniciasse um deslocamento da célula C (emissões proibidas e a fábrica suporta os custos de fechamento) para a célula B (emissões são permitidas mas deve suportar a responsabilidade pelos danos causados ao morador) mediante pagamento de um preço predeterminado. Como esse pagamento é feito ao morador (ou, alternativamente, ao governo) pelo privilégio de se engajar em uma atividade geradora de risco, o que o morador recebe não varia relativamente ao dano ocorrido. A vantagem deste será então maximizada no sentido de tomada de precauções eficientes (no caso, o fechamento das janelas – supondo que o custo de fazê-lo é menor do que a redução que isso produz no dano esperado pelo efeito da fumaça da fábrica).

O morador também suporta o risco associado com o vento quando tais pagamentos baseados no risco são empregados, surgindo a questão quanto a se a fábrica ou o morador está em uma melhor posição para suportar o risco associado com o acaso do vento⁴⁸.

Os dois componentes poderiam ser separados através de um refinamento das condições nas quais um pagamento baseado no risco deva ser feito: em lugar de fazer a fábrica pagar uma soma específica anualmente, para operar baseado em padrões esperados de vento, pagamentos periódicos poderiam ser ajustados às reais condições do vento. Um tal arranjo colocaria os riscos associados com uma falha da vítima em tomar as devidas precauções, sobre a própria vítima, induzindo uma eficiente auto-proteção, mas colocaria os riscos com base no vento na conta da fábrica.

Também é possível proibir as emissões de forma absoluta, talvez deixando aberta a possibilidade de uma negociação privada que obtivesse o deslocamento da célula C para a célula B pelo mútuo consentimento sobre termos com os quais o morador concordasse. Incentivos ao morador e sorte não entram em cena se a proibição permanece e é perfeitamente controlada – a atividade de risco simplesmente nunca ocorrerá. Se a proibição sobre as emissões é levantada em troca de um pagamento de quantia única, que não varia com base no real dano causado, uma auto-proteção eficiente seria induzida.

⁴⁸ Se a possibilidade de um seguro fosse igualmente disponível às duas partes, e outros fatores como diferenças de riqueza não alterasse sua habilidade de acessar o seguro em termos favoráveis, essa questão não surgiria.

9.3.1 Causação irregular de risco e dano: incentivos à auto-proteção

Se as emissões fossem proibidas e nenhuma negociação obtivesse sucesso em alterar essa proibição, ainda seria possível que emissões ocorressem. Isto se deve a que proibições legais não funcionam perfeitamente para impedir todas as atividades proibidas de ocorrer. Aqui, a natureza dos remédios impostos quando as proibições são infringidas irá desempenhar um papel na determinação dos incentivos às vítimas para a auto-proteção. Se os remédios são ajustados ao dano realmente ocorrido, então os incentivos às vítimas são novamente erodidos.

Se os remédios, no entanto, envolvem um pagamento de valor fixo pela violação da proibição, pago seja ao governo e repassado à vítima, seja à vítima diretamente, e se esse pagamento é independente de se e de quanto dano foi causado, incentivos eficientes à vítima permanecem intactos, e os danos relativos aos ventos recairiam sobre as vítimas.

Um caso intermediário – indenizações pré-estipuladas pagas somente se algum dano ocorre – daria às vítimas incentivos eficientes para reduzir a severidade do dano, mas não a probabilidade dos danos. Se a probabilidade do dano for completamente dependente dos ventos (ou seja, haverá sempre algum dano ao morador quando o vento sopra do leste em um dia que a fábrica esteja operando, mesmo se o morador tomar todas as precauções possíveis), então essa alternativa efetivamente alocaria o risco das condições atmosféricas à fábrica induzindo, ao mesmo tempo, eficientes precauções por parte do morador.

9.3.2 Estratégias: resumo

Há muitas outras permutações que poderiam ser exploradas, mas esse breve esquema ilustra como, considerando se o risco ou o dano é o foco da política, é possível uma maior precisão no desenho das atribuições. Dependendo da importância dos incentivos à vítima para a auto-proteção, e da sorte, em um dado caso, as implicações da escolha risco/dano poderiam se tornar muito significativas no sentido da obtenção de uma redução da ocorrência de riscos e danos de atividades.

10 RISCO E DANO: considerações éticas e morais

No direito acidentário há um ponto que é visto de forma diferente pela visão leiga, do que pela visão científica do legislador: os casos em que os riscos impostos ameaçam causar prejuízos severos e irreparáveis.

Para o legislador, diferentemente do leigo, o que importa é a realização de objetivos tais como a precaução eficiente contra riscos de prejuízos de acidentes e morte. A lei serve como instrumento para atingi-los.

10.1 Tradição de racionalidade econômica

De acordo com o ponto de vista tradicional, o direito dos ilícitos baseado na culpa afirma que o cuidado razoável deve se resumir a preocupações de eficiência econômica. Esse é um princípio que tem sido muitas vezes aplicado pelos tribunais: a busca de um equilíbrio entre os benefícios e os custos de precaução, dentro do que seria uma visão pura dos economistas. As precauções seriam adotadas até que um centavo a mais gasto no sentido de prevenir acidentes produza menos do que um centavo em termos de redução dos custos esperados de acidentes.

Assim uma pessoa razoavelmente racional deveria pensar e agir como um agente economicamente racional, arcando com os custos da precaução e colhendo os benefícios da mesma. E uma pessoa não razoável prefere os benefícios obtidos impondo riscos sobre os outros, a assumir os custos das precauções contra os riscos a outrem.

10.2 Limitação da visão racional

Mas essa interpretação econômica não tem muita utilidade quando se trata de ajustar as medidas apropriadas de precaução quando é a própria vida que está em jogo. Uma análise custo-benefício considera todos os interesses humanos, tanto os urgentes como a nutrição básica e a integridade física, bem como luxos como o consumo de vinhos finos, fungíveis

frente a algum meio de troca, e insiste que o único nível de precaução razoável é aquele que se justifica pelos seus custos.

O que uma visão baseada no princípio da equidade deve considerar, entretanto, é que a integridade física da pessoa deve ser tratada como um interesse especialmente urgente. Causa repulsa ao senso comum a noção de que uma morte acidental não deveria ser prevenida sempre que os custos de prevenção excederem o valor das vidas sob risco. Há, portanto, uma clara diferenciação entre a noção de risco dos economistas e aquela adotada pelos ordenamentos jurídicos modernos.

O principal motivo para o predomínio da visão de justificação de cuidados pelos custos incorridos é a sua simplicidade lógica. O ponto vista que apela à ética e à moral tem ficado em segundo plano nos desenvolvimentos teóricos, carecendo de um tratamento mais aprofundado, que se equipare ao menos às teorias vigentes, oriundas da economia. As normas do direito baseado na culpa pela falta de cuidados razoáveis não têm dado origem a alternativas conceitualmente bem definidas e claras. O que tem havido são decisões tratando casos isolados, sem uma jurisprudência uniforme, que acaba por não conduzir a um refinamento da própria norma. A noção de cuidados razoáveis adquire muitas vezes o caráter de regras, pela adoção de costumes jurisprudenciais, mas isso não gera muito no sentido de um aprimoramento ou maior especificação da ideia da razoabilidade.

Os estudiosos do direito dos ilícitos baseado na culpa, que não possuem bagagem de economistas, não explicam porque algo mais do que as simples precauções justificadas pelos custos seriam na verdade apropriadas quando a própria vida é ameaçada com prejuízos severos e irreparáveis. E muito menos conseguem explicar exatamente quanta precaução a mais seria adequada.

10.3 A ideia de equidade

São, na realidade, as ideias gerais sobre a equidade que fornecem uma poderosa justificação para levar a precaução além do nível da justificativa pelos custos. Para os economistas isso seria um sacrilégio irracional, pois além desse nível os retornos serão sempre negativos, empobrecendo, ou enriquecendo menos do que seria possível, a sociedade como um todo, reduzindo a eficiência global da vida em comunidade. O dinheiro despendido além desse ponto seria melhor gasto em outros fins mais proveitosos.

Mas tal argumento não se sustenta ao adentrarem-se considerações de equidade e urgência. A equidade se preocupa com a distribuição de ônus e benefícios, e com o grau em que reivindicações conflitantes são satisfeitas. Tratar pessoas com equidade geralmente requer que alinhemos ônus e benefícios proporcionalmente e que tratemos reivindicações conflitantes por maneiras que possam ser justificadas perante as partes em disputa.

Somente quando os prejuízos não são devastadores – quando os danos que provocam podem ser plenamente reparados através de compensação *ex-post* – preocupações de equidade podem ser tratadas após os riscos terem sido impostos e os prejuízos ocorridos.

10.4 Ameaça de prejuízo devastador

A redistribuição após o fato do prejuízo pode alinhar os ônus e benefícios dos riscos impostos. Mas quando os riscos ameaçam prejuízos devastadores – morte prematura ou danos severos cujos efeitos debilitadores não possam jamais ser desfeitos – as coisas são diferentes. A equidade deve ser praticada no momento em que o risco é imposto, não após ter resultado em prejuízo. Os padrões de precaução baseados na equidade se aplicam a riscos de prejuízos devastadores e portanto a circunstâncias em que a equidade deve ser garantida *ex-ante* e não *ex-post*.

Quando há risco de prejuízo devastador, agride a ideia de equidade o tratamento do dano objeto do risco como comparável a qualquer benefício que possa ser obtido, não importando quão trivial aquele benefício seja para as vidas daqueles que o desfrutem. O sacrifício de um interesse urgente – o interesse em evitar a morte prematura ou o prejuízo devastador – em nome de ganhos triviais para outrem, não pode ser justificado perante aqueles cujos interesses urgentes sejam sacrificados.

Somente se conformaria ao princípio da equidade pedir que alguém suporte o ônus de um risco significativo de prejuízo devastador quando o ônus da eliminação desse risco seja comparável ao ônus de suportá-lo. Mas a análise custo-benefício ignora isto. Ela trata todos os custos e todos os benefícios como interesses que são fungíveis via algum meio de troca e agrega custos e benefícios por toda uma população. A análise custo-benefício pressupõe que a perda de uma vida ou o sacrifício da saúde por alguns podem ser sempre compensadas pelo aumento da riqueza para outros, não importando quão trivial o efeito dessa riqueza aumentada possa ser nas vidas daqueles que dela se beneficiam. O erro aqui está não na subvalorização

da vida ou da saúde, mas sim na suposição de que benefícios triviais e perdas devastadoras sejam comparáveis.

Eles não o são, e é injusto tratá-los como se fossem.

10.5 Análise custo-benefício vs. Equidade: casos concretos de compromisso

A análise custo-benefício considera preferências referidas a valor pecuniário. Mas aqui estamos tratando de prejuízos devastadores, severos e irreparáveis: podem terminar precocemente uma vida ou prejudicar seriamente o funcionamento fisiológico de alguém, como por exemplo acontece no caso da Bissinose, doença comum em trabalhadores na indústria do algodão. São, entretanto, prejuízos que podem ser evitados desde que, por exemplo, se esteja preparado para deixar de processar algodão. Ou, no caso de exposição ao benzeno, causadora de câncer, caso se determine parar de refinar petróleo.

Entretanto tais categorias de atividades são do tipo que a sociedade não consegue evitar se é que deseja se auto reproduzir, e não seria possível abandoná-las se se pretende levar uma vida normal. O cultivo de algodão e o refino de petróleo são atividades que são essenciais à reprodução da sociedade. Poderíamos individualmente deixar de comer certos alimentos, prescindir de roupas de algodão, ou substituir derivados de petróleo, mas nossa sociedade como um todo não pode, de forma realista, deixar de consumir cereais, refinar e consumir benzeno, e processar e vestir algodão.

Além disso, ganhar a vida é, para a maioria dos que trabalham no processamento do algodão ou do petróleo, uma atividade inevitável que satisfaz uma necessidade urgente.

E isso tudo só reforça a necessidade de que tais atividades sejam levadas a efeito de forma que considere princípios de equidade.

Pois é quase certo que esse tipo de riscos irá fatalmente desembocar em algum tipo de dano causado. Essas atividades – cultivo de alimentos, processamento de algodão, refino de petróleo – têm uma importância suficientemente ampla, em escopo e no tempo, para que não se trate mais apenas de uma probabilidade que irão ocorrer danos. Só o que resta perguntar é quantos serão prejudicados e quem serão essas pessoas.

10.6 Tipos de danos não justificados pela equidade

Mas que tipo de ganhos para determinadas pessoas justificaria infligir prejuízos devastadores, como a morte, a algumas outras pessoas? Não é qualquer ganho, certamente. Em princípio não seria equânime fazer com que alguns sofram danos devastadores de forma que muitos possam colher benefícios triviais.

Imagine-se que um equipamento de uma estação de TV cai sobre um técnico em serviço bem na hora de uma partida final de Copa do Mundo, e que a única forma de salvar a vida desse profissional seja interromper a emissão por trinta minutos, prejudicando o prazer de milhões de telespectadores em todo o mundo. Ora, embora o número de pessoas assistindo à partida pela TV seja imenso, o dano que lhes seria causado não é comparável, moralmente, à vida daquele técnico que se encontra preso sob o equipamento. A inconveniência e o desapontamento não são comparáveis moralmente à morte. Nenhuma quantidade de desapontamento, mesmo disseminada por uma multidão difusa, somaria o valor de uma simples vida humana. Então não se trata aqui de comparar valores pecuniários de uma coisa com a outra. Pode-se dizer que o custo para o técnico e o benefício para os telespectadores não são fungíveis e redutíveis a algum tipo de meio de troca. Os ganhos e perdas nos dois lados da equação não seriam comparáveis, nem mesmo que não se tratasse de risco de vida, mas apenas o sofrimento de uma dor excruciante, pelo técnico, pelo período de meia hora. Não são valores comparáveis em termos de sua urgência.

10.6.1 Subjetividade vs. Objetividade: comparabilidade entre riscos e danos

Portanto não se trata mais de falar em preferências referidas a valores pecuniários, mas sim das ideias de urgência e necessidade. É uma abordagem objetiva, e não subjetiva, que nos leva a considerar essas ideias de urgência e necessidade nas comparações interpessoais.

Essa questão só se modificaria caso os danos em ambos os lados da equação fossem comparáveis. Por exemplo, se fôssemos de alguma forma forçados a escolher entre infligir morte em alguns e tetraplegia em outros. A tetraplegia e a morte são comparáveis uma a outra. Ambas devastam as vidas daqueles que afetam. Se devemos escolher entre o risco de

quadriplegia a alguns e morte a outros, deveremos então considerar o número de pessoas afetadas.

Danos então são comparáveis quando eles impactam sobre as vidas dos afetados de forma similarmente grave ou severa. Danos são comparáveis quando eles assolam as pré condições de agência racional em formas igualmente severas. Ou quando desorganizam as vidas daqueles que afetam por formas similarmente contundentes.

Ônus e benefícios são comparáveis quando melhoram ou prejudicam vidas por formas similarmente importantes ou modestas. Quando ônus e benefícios são comparáveis eles poderão ser substituídos uns pelos outros. Quando não forem comparáveis, seria injusto e inequânime trocar uns pelos outros. A negociação entre prejuízos graves de um lado, e benefícios triviais de outro, sacrifica os interesses essenciais de alguns em nome de ganhos não essenciais de outros. E nosso senso de justiça proíbe esse tipo de sacrifício.

11 PRINCÍPIO DA EQUIDADE

Essa conclusão jaz na base das considerações sobre o conceito de equidade. A equidade tem a ver com a distribuição de benefícios e ônus. Ela se ocupa com quão bem a reivindicação de uma pessoa é satisfeita comparada com quão bem as de outra pessoa são satisfeitas. Seria inequânime que uma empresa deixasse os custos de acidentes, em que não ocorre culpa, caírem sobre vítimas azaradas, enquanto outros colhem os lucros de suas operações. A equidade requer que se inflija prejuízos devastadores em alguns tão somente em nome de ganhos, ou evitamento de perdas, comparáveis, para outros.

A ideia de equidade então dirige a atenção para um domínio diferente, tanto da eficiência, como dos direitos.

11.1 Contraste entre equidade e eficiência

A equidade se preocupa com a distribuição de ônus e benefícios entre distintas pessoas. Já a eficiência se volta a questões de bem estar e riqueza, que implicam uma satisfação absoluta.

A morte, a forma mais severa de prejuízo irreparável, coloca uma questão excessivamente difícil à análise de eficiência: de que adianta reduzir a probabilidade de morrer em meio a um grupo em que ninguém espera morrer, exceto eventualmente? A resposta se articula em torno do quanto essas pessoas pagariam para reduzir essa probabilidade. Trata-se essencialmente de uma questão de valoração individual.

A equidade, no sentido que nos diz respeito, é inerentemente relacional e interpessoal: que tipos de ganhos para alguns são suficientemente importantes para justificar infligir uma morte accidental a outros?

11.2 Contraste entre a equidade e os direitos

O contraste entre a equidade e os direitos é igualmente definido. Os direitos alocam controle sobre várias decisões. Eles identificam domínios nos quais indivíduos podem decidir o que fazer sem interferência pela, ou em nome da, sociedade. Ao passo que a equidade dirige nossa atenção a questões de custo e comparabilidade – para decisões quanto a se o jogo vale a pena ser jogado. Já a atribuição de direitos tende a excluir considerações de custos de nossas deliberações.

Quando alguém recebe o direito de controlar certo domínio – seja o domínio de sua própria consciência, vestimenta, ou filiação política, por exemplo – o custo de conceder tal controle já foi decidido que vale a pena.

Quando uma reivindicação é enquadrada como uma reivindicação de equidade distributiva, por outro lado, a própria questão enquadrada é uma questão de “custos” e “benefícios”. Os benefícios para alguns valerão os ônus para outros, que seria seu preço?

11.3 Confrontação da equidade com a análise custo-benefício

Quando riscos de prejuízos devastadores estão em jogo a equidade se confronta com o fato de que a análise custo-benefício irrestrita rejeita a ideia de que danos e benefícios diferem qualitativamente, e rejeita a ideia de que danos devem ser comparáveis em valor antes que possam ser substituídos uns pelos outros. A análise custo-benefício presume que todos os interesses humanos são comensuráveis, e que entre quaisquer desses interesses sempre existe alguma relação de troca em termos da qual é racional balancear a proteção de um contra a proteção do outro.

Na sua forma mais irrestrita e característica, a análise de custo benefício supõe que tudo é fungível mediante algum meio de troca. No caso do técnico de TV, ela permitiria que sua vida fosse comparada, e até superada em importância, pela decepção dos telespectadores. Deixar aquele indivíduo morrer ou sofrer dor excruciante poderia ser a solução que maximizaria a riqueza e a utilidade global.

No entanto esse resultado é moralmente grotesco. A decepção dos telespectadores simplesmente não é urgente o suficiente para ser comparada à morte ou à agonia do técnico.

11.4 Comparação de valores: indo além da justificação pelos custos

A ideia do valor comparável é uma boa razão para ir-se além do ponto das precauções justificadas em termos de custos, ou de máximo benefício econômico. Por isso mesmo há momentos em que (*a*) se quer reduzir os riscos aos níveis de máxima segurança ou insignificância, e há outros momentos em que (*b*) se deseja reduzi-los apenas a um mínimo que seja viável.

Uma redução de riscos de prejuízos devastadores para além do ponto de máximo retorno econômico se justifica quando os ganhos potenciais não são moralmente comparáveis à morte ou à devastação que seriam seu preço.

A redução de riscos de prejuízos devastadores (*a*) ao ponto em que sejam insignificantes se justifica quando os benefícios de suportar um risco significativo de prejuízos devastadores não são comparáveis, moralmente falando, aos ônus associados.

A redução dos riscos de prejuízos devastadores (*b*) ao ponto que seja apenas viável, sem aleijar uma atividade benéfica que gere esses riscos, se justifica quando aleijar a atividade em questão produziria um dano comparável a suportar um risco significativo de um prejuízo irreparável. Uma redução dos riscos só até esse ponto se ajusta ao princípio da equidade quando a frutificação a longo prazo da atividade à qual esses riscos pertencem é um bem moralmente comparável a um risco significativo de prejuízo devastador.

11.5 Casos concretos e a individualização dos ônus suportados: a falácia utilitarista

Essas considerações dos valores comparáveis não são as únicas razões que temos para crer que a aceitabilidade ou não de algumas imposições de riscos não devem ser resolvidas por um apelo ao padrão da justificação pelos custos. Ao considerarmos os ônus e benefícios de alguma imposição de risco devemos nos preocupar com os reais ônus suportados por aqueles afetados pela prática arriscada em questão, e não com a maximização dos valores totais envolvidos.

A maximização da utilidade total é falaciosa mesmo que aceitemos a utilidade como a unidade apropriada de valor, porque o que conta é a utilidade vivenciada por cada ser consciente envolvido, e uma utilidade total não é vivenciada por ninguém. A maximização da

riqueza – prática recomendada pela análise custo-benefício – é falaciosa pela mesma razão. Nenhuma pessoa individualmente colhe todos os benefícios e suporta todos os ônus de uma determinada prática social. O somatório desses benefícios menos aqueles ônus é, portanto, um indicador não confiável dos reais ganhos e perdas das pessoas afetadas por aquela prática.

As falhas da análise custo-benefício, neste sentido, repetem as falhas do utilitarismo clássico. Assim como o utilitarismo clássico, a análise custo-benefício fracassa em levar a sério as distinções entre pessoas. Ela agrega benefícios e ônus incomensuráveis através de um grupo de pessoas. Portanto ela faz com que a permissibilidade de várias práticas de imposição de riscos se apoie no valor total envolvido ao invés dos reais ônus e benefícios suportadas pelos afetados pelas práticas em questão, e desta forma possibilita que ganhos triviais para muitos justifiquem danos devastadores para poucos.

Quando riscos significativos de prejuízos devastadores estão envolvidos, tanto considerações de comparabilidade, como atenção à distribuição de benefícios e ônus, sugerem razões para que desejemos levar as precauções além do ponto da justificação pelos custos.

Uma preocupação com comparabilidade deveria nos fazer evitar utilizar apenas precauções justificadas pelos custos, porque uma análise custo-benefício irrestrita fixa o ponto de precauções justificadas por custos através de uma contabilização de custos e benefícios, em seu cálculo de valores, que não são comparáveis a prejuízos devastadores. É provável, portanto, que ela superestime os benefícios obtidos de algum prejuízo devastador.

Uma preocupação com a real distribuição de ônus e benefícios entre os afetados deveria igualmente nos tornar cautelosos quanto a precauções justificadas por custos. Quando riscos significativos de prejuízos físicos incorrem em morte ou em uma doença incurável, os benefícios de ir além de um nível de precaução justificada pelo custo são medidos em termos de vidas poupadas e doenças incuráveis evitadas. Para aqueles que os colhem, tratam-se de valiosas benesses.

Os custos distribuídos de ir além do ponto de justificação pelo custo, em contraste, podem bem ser perdas pequenas – talvez muito pequenas – para grande número de pessoas. Se se determina o nível de resíduos químicos permissíveis em alimentos frescos abaixo do nível justificado pelos custos, por exemplo, os produtores poderão não ser capazes de obter a mesma produtividade por área plantada. Poderão ter seus lucros reduzidos, e os consumidores podem ter que pagar preços mais altos como resultado. Exigir que renunciem a esses lucros extra, e que os consumidores paguem um pouco mais, pode ainda assim ser justo. Nenhum produtor rural, nenhum trabalhador da lavoura, e nenhum consumidor irá morrer ou adquirir

uma doença devastadora ou incurável. Poderão cada um deles sofrer não mais que perdas imperceptíveis, e nenhum deles irá sofrer uma perda comparável à morte.

11.6 O limite aos riscos permitidos socialmente

O fato que um nível determinado de pesticida na alimentação, ou um nível particular de benzeno ou poeira de algodão, no ambiente de trabalho, maximiza a riqueza que a sociedade obtém da atividade em questão, não dá àqueles que perdem sua saúde ou suas vidas uma boa razão para aceitar o nível de risco que seria permitido por considerações de eficiência. A sociedade está extraindo máxima vantagem da atividade, colocando essas pessoas em perigo de um risco grande e prontamente evitável.

Se o sacrifício que lhes é demandado puder ser evitado, sem impor um sacrifício comparável a ninguém mais, o risco deveria ser reduzido. Quando evitar um grande sacrifício por parte de uns poucos requer somente sacrifícios pequenos por parte de muitos, esses muitos deveriam fazer esses pequenos sacrifícios. Só será equânime infligir prejuízos devastadores a uns poucos quando os custos de evitar esses prejuízos é pelo menos comparável ao próprios custos desses danos.

Segundo Keating⁴⁹,

quando a atenção ao bem estar global permite um nível de imposição de risco que devasta alguns em nome de ganhos triviais a outros, uma injustiça irreparável é feita. A redistribuição da riqueza economizada por não se ir mais longe em termos de precauções não irá fazer com que aqueles que foram mortos e devastados fiquem em uma situação melhor do que estariam se fossem evitadas suas mortes e devastações. Eles sofreram danos além do poder de reparação de uma redistribuição. Quando uma atenção ao bem estar global permite um nível de imposição de risco que devasta alguns em nome de ganhos triviais para outros, a reivindicação de que a precaução justificada

⁴⁹ Texto original: “When attention to overall well-being licenses a level of risk imposition that devastates some for the sake of trivial gains to others, irreparable injustice is done. Redistribution of the wealth saved by not pressing precaution further will not make those who have been killed and devastated better off than they would have been had their death and devastation been avoided. They have been harmed beyond the power of redistribution to repair. When attention to overall well-being licenses a level of risk imposition that devastates some for the sake of trivial gains to others, the claim that cost-justified precaution makes everyone better off than they would otherwise be rings hollow. Well-being accrues to actual persons. Pressing precaution beyond the point of cost-justification will confer great benefits on some at the cost of trivial losses to others. Each person who benefits will gain far more than each person who loses. When pressing precaution beyond the point of cost-justification confers great benefits on some at the cost of only trivial losses to others, doing so is not only fair, it is also desirable insofar as well-being itself is of primary concern” (KEATING, G. C. Pressing precaution beyond the point of cost-justification. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, TN, v. 56, n. 3, p. 653-748, Apr. 2003. p. 637).

pelo custo coloca a todos em melhores condições do que estariam fossem as coisas diferentes, cai no vazio. O bem estar diz respeito a pessoas reais. Levar a precaução além do ponto de justificação pelo custo irá conferir grandes benefícios a alguns ao custo de perdas triviais para outros. Cada pessoa que se beneficia irá ganhar muito mais do que cada pessoa que perde. Quando pressionar a precaução além do ponto de justificação pelo custo confere grandes benefícios a alguns ao custo de apenas perdas triviais para outros, fazer isso não é apenas equânime, mas é também desejável na medida que o próprio bem estar é uma preocupação primária [tradução nossa].

12 UTILITARISMO VS. CONTRATO SOCIAL

A análise de custo-benefício, com sua concepção de valor como a satisfação racional de preferências subjetivas expressas em pecúnia, está conectada à tradição utilitarista, na filosofia política. A crítica que lhe é feita advém do princípio da equidade, parte de uma moral universalmente compartilhada, não necessitando ser enquadrado em qualquer moldura intelectual. Mas aqui se trata de um tipo particular de equidade que, este sim, surge a partir de uma tradição intelectual da filosofia política: a do Contrato Social.

12.1 Pessoa como ser racional e razoável

Nossa variante da tradição do contrato social concebe a pessoa como um ser ao mesmo tempo racional e razoável. Pessoas são consideradas racionais pela capacidade de governar suas ações de acordo com a razão, entendida não apenas instrumentalmente – a melhor forma de satisfazer preferências independentes – mas também praticamente – a capacidade de determinar que certas razões, propósitos, fins, ou preferências façam a ação valer a pena. É a capacidade para uma auto-governabilidade racional, criticamente reflexiva, que gera um interesse fundamental na liberdade para seguir os próprios julgamentos de valor.

12.2 Importância das instituições e da segurança na realização da liberdade humana

Por isso temos vantagem em viver dentro de instituições que permitem que realizemos nossas aspirações. Dependemos tanto das instituições quanto dos esforços cooperativos de outras pessoas. É a capacidade humana da razoabilidade que torna a cooperação equânime entre as pessoas possível. Somos agentes razoáveis devido a nosso senso de justiça, nossa capacidade para uma cooperação social equânime com outros seres livres e iguais, racionais e razoáveis.

Para atingirmos nossas aspirações necessitamos uma substancial medida de segurança: imunidade ao sofrimento de prejuízos de acidentes ou morte pelas mãos de outrem.

Mas esta necessidade de segurança é só um lado da moeda. Precisamos também uma substancial medida de liberdade – de colocar os outros sob risco de danos físicos na busca dos nossos próprios fins – se queremos levar nossas próprias vidas de acordo com nossas aspirações. Ao agir colocamos os outros em perigo, mesmo quando agimos com cuidado. Se não pudemos fazer isso não poderemos agir, e nossas vidas serão bloqueadas.

A máxima segurança extingue a liberdade, e a máxima liberdade extingue a segurança. Entretanto medidas substanciais tanto de liberdade como segurança são essenciais se pretendemos ter a chance de tornar nossas vidas uma resposta a nossas aspirações. Liberdade e segurança são ambas condições essenciais de uma atuação racional eficaz. Este é o dilema no cerne do direito acidentário [tradução nossa]⁵⁰.

12.3 Riscos permitidos: o dilema do direito acidentário

Quando o direito acidentário permite a imposição de um risco, ele reforça a liberdade de alguns e coloca em perigo a segurança de outros. Quando uma imposição de risco é proibida, o contrário ocorre. A imposição de riscos, assim, contrapõe a liberdade dos causadores de prejuízo à segurança das vítimas, e o direito acidentário ajusta os termos nos quais essas liberdades conflitantes são conciliadas. Mas há que fazê-lo de forma tanto favorável quanto equânime.

Os termos favoráveis proporcionam condições vantajosas tão somente para pessoas que buscam seus fins, objetivos e aspirações.

Já os termos equânimes reconciliam as reivindicações conflitantes da liberdade e da segurança em formas que produzam vantagens mesmo aos mais desvantajados.

⁵⁰ Texto original: “*Maximal security extinguishes liberty, and maximal liberty extinguishes security. Yet substantial measures of both liberty and security are essential if we are to have the chance to make our lives answer to our aspirations. Liberty and security are both essential conditions of effective rational agency. This is the dilemma at the heart of accident law*” (KEATING, *Pressing precaution...*, 2003, p. 676).

12.4 A escolha individual de cada um quanto aos riscos de danos: diferenças quanto a imposições de riscos pela sociedade

Cada um deve individualmente julgar a melhor forma de reconciliar a busca de atividades que valoriza, com a integridade física e psicológica que estas atividades podem colocar em cheque. Que fins valem seus riscos? Valerá a pena correr o risco de morte e mutilação que são o preço de escalar o Monte Everest, pelo senso de realização que vem de chegar ao topo? Os riscos aumentados de contrair câncer serão compensados por uma pesquisa médica desbravadora? Será que vale a pena contrair um câncer na corrida pelo enriquecimento pessoal?

Estas questões de escolha individual são uma questão de racionalidade, ao passo que escolhas a nível da sociedade são questões de razoabilidade.

Os paradigmas da racionalidade dão margem à subjetividade individual e se expressam naturalmente na linguagem da eficiência. Os indivíduos avaliam os ônus e benefícios de riscos por seus próprios critérios, aceitando-os na medida em que acharem que lhes valem a pena, tendo em vista seus objetivos de benefícios.

No entanto não é razoável que as pessoas exponham outros a riscos sempre que, pelos critérios dessas mesmas pessoas causadoras de prejuízo em potencial, os benefícios da imposição desses riscos superem os ônus com que terão que arcar por causá-los.

De acordo com Keating⁵¹,

as circunstâncias nas quais nós voluntariamente nos expomos a riscos na busca dos nossos próprios fins é muito diferente das circunstâncias nas quais outros involuntariamente nos expõem a riscos na busca de seus fins. As vidas de diferentes pessoas não podem ser aglomeradas em uma única vida que colha tanto os ônus quando os benefícios da imposição racional de riscos, e os diversos fins e aspirações de um conjunto de pessoas livres e iguais não podem ser convertidos em uma escala única que nos permita julgar coletivamente da mesma forma como fazemos individualmente. Em um mundo de pessoas distintas, que afirmam concepções diversas e

⁵¹ Texto original: “*The circumstance in which we voluntarily expose ourselves to risks in the pursuit of our own ends is very different from the circumstance in which others involuntarily expose us to risks in the pursuit of their ends. The lives of different people cannot be collapsed into a single life that reaps both the burdens and the benefits of rational risk impositions, and the diverse aims and aspirations of a set of free and equal people cannot be converted into a single scale which enables us to judge collectively as we do individually. In a world of distinct persons who affirm diverse and incommensurable conceptions of the ends worth pursuing over the course of a human life, there is no reason to assume that those who are put at risk value the ends pursued through the relevant risk impositions in the way that those imposing the risks do. The fact that you are prepared to run enormous risks for the advancement of medical knowledge does not mean that I am prepared to do so. The fact that I might be prepared to run enormous risks to scale K2 without oxygen does not mean that you are prepared to do so*” (KEATING, *Pressing precaution...*, 2003, p. 677).

incomensuráveis, dos fins que valem a pena perseguir no curso de uma vida humana, não há razão para supor que aqueles que são colocados em risco valorizam os fins perseguidos através das imposições de risco relevantes na forma que aqueles que impõem os riscos o fazem. O fato que você está preparado a correr enormes riscos pelo avanço do conhecimento médico não significa que eu esteja preparado a fazê-lo. O fato que eu possa estar preparado a correr enormes riscos para escalar o K2 sem oxigênio não significa que você esteja preparado a fazê-lo [tradução nossa].

12.5 Justificativa da exposição de pessoas a riscos: comunidades de riscos

É razoável expor outras pessoas a riscos de prejuízos sérios, ou até à morte, quando é equânime fazê-lo; e é equânime fazê-lo quando elas também têm a ganhar, *ex-ante* e ao longo do tempo, com a imposição desses riscos. É o direito de impor riscos sobre outrem, de forma recíproca, que justifica a imposição de riscos, por outrem, sobre nós próprios: todos ganham com a presença de muitos carros andando no trânsito. Nesses casos surge uma *comunidade de riscos*.

Dentro de uma comunidade de riscos as práticas da imposição de riscos são equânimes se e quando elas valem como vantagem para um membro **qualquer** da comunidade: a liberdade que ela obtém pela existência da atividade vale mais que a segurança que ela perde por ter que se submeter à exposição dos riscos criados pelos demais integrantes.

Mas o que pode ser dito como justificção perante àqueles que vêm a perder com os danos causados? A única resposta é que práticas relevantes de imposição de riscos lhes serviram de vantagens *ex-ante* e que seus membros e vidas não foram sacrificados nem para o bem estar geral e nem para satisfazer interesses menores de outros indivíduos. Não haveria outra forma alternativa de conciliar liberdade e segurança que tivesse melhorado suas perspectivas de vida, e que tivesse talvez evitado sua devastação, sem produzir uma dificuldade maior em outra classe de pessoas. Quando tais critérios de vantagens *ex-ante* são satisfeitos, a real distribuição de vencedores e perdedores será mais favorável do que qualquer arranjo alternativo, mas alguns ainda irão perder, e perder de forma devastadora. O único consolo é que suas vidas não foram tomadas de forma inequânime.

12.6 Tempestividade da colheita de benefícios

Mas e quanto ao aspecto temporal? Com qual brevidade deve o benefício real dar frutos? Isso depende do contexto, mas o limite extremo de um tempo razoável é geralmente o decurso de uma vida normal. As perspectivas de vida dos que devem suportar os riscos permitidos a alguma prática são geralmente a mais longa referência do prazo de coleta das vantagens. Se escolhermos um marco mais longínquo, os que sofrem as desvantagens de uma determinada prática de imposição de risco não poderão ter expectativa de colher os benefícios das mesmas⁵².

12.7 O egoísmo econômico-financeiro na análise custo benefício

Questões sobre comparações interpessoais de valores comparáveis são objeções centrais no que diz respeito à fixação do nível de precaução contra riscos de morte e prejuízos devastadores através de uma análise de custo-benefício. Tal tipo de análise utiliza uma concepção subjetiva de bem estar. Benefícios e ônus são medidos em termos de preferências pecuniárias daqueles afetados pelos riscos. Dessa forma comparam-se danos tais como a morte e inconveniências que não são comparáveis, moralmente falando.

Danos devem ser comparáveis em urgência e no benefício ou prejuízo que produzem nas vidas dos afetados antes que possam ser substituídos uns pelos outros. No entanto, é a ideia da satisfação de preferências subjetivas, expressa em pecúnia, que subjaz à análise de custo-benefício.

⁵² Casos há que são exceção a essa regra, como nos sacrifícios feitos para que gerações vindouras desfrutem de melhores condições de sobrevivência e desfrute do meio ambiente, isso exigindo algum sacrifício por parte da atual geração no sentido de não causar-lhe danos irreparáveis. Mas são casos especiais.

12.8 Liberdade e segurança à luz da moral: importância do contrato social

Quais são as ideias subjacentes à nossa discussão de urgência e comparabilidade moral? Como elas se relacionam à “liberdade” e à “segurança”?

A ideia de que a vida só pode ser sacrificada em troca de algo comparável em valor é um conceito moral que não advém de qualquer teoria política. E tampouco a noção de que é injusto sacrificar a vida de uma pessoa para evitar uma inconveniência para milhões de outras.

Mas estes julgamentos de comparabilidade e equidade convidam a uma teorização. Nós não sabemos, intuitivamente, o que estes julgamentos implicam no sentido de critérios para a imposição de riscos permissíveis, quando tais riscos produzem prejuízo irreparável. Temos, portanto, razões para buscar e articular princípios que possam tirar um sentido desses julgamentos e orientar nosso pensamento em outros casos.

A teoria do contrato social extrai um sentido geral desses julgamentos ao supor que julgamentos de valor comparável devem basear-se em critérios objetivos de comparação interpessoal, critérios cuja pedra de toque é a urgência, e não a preferência.

12.8.1 O desvalor do uso de critérios subjetivos vs. Valor dos critérios objetivos

Crítérios “subjetivos” de comparação interpessoal avaliam o nível de bem estar desfrutado por uma pessoa em dadas circunstâncias materiais ou a importância para aquela pessoa de um dado benefício ou sacrifício, tão somente do ponto de vista dos gostos e interesses daquela pessoa. Mas critérios “objetivos” consideram os ônus e benefícios em termos que são o melhor padrão ou justificção disponíveis, mutuamente aceitáveis, para as pessoas cujas preferências divergem.

Em um mundo no qual os fins das pessoas são diversificados e incomensuráveis, comparações de bem estar devem ser feitas com base em critérios que são independentes de quaisquer fins ou preferências individuais e sensíveis à urgência das reivindicações sob questão.

Liberdade de ação e segurança são critérios “objetivos” de comparação interpessoal, embora altamente abstratos. Sua importância não depende de afirmar qualquer concepção *particular* do bem nem em sustentar qualquer conjunto particular de objetivos e aspirações

finais. Sua importância depende de *ter fins e aspirações* e de ter um interesse fundamental em ser capaz de realizar estes fins e aspirações ao longo do prazo normal de uma vida. Liberdade e segurança são condições essenciais para a busca da maioria dos fins dos seres humanos, especialmente quando consideramos os fins perseguidos no curso de uma vida.

12.9 Estabelecendo uma escala moral de valores

Ao comparar ônus e benefícios da liberdade e segurança devemos perguntar em que casos esses ônus e benefícios desorganizam, e em que casos eles promovem a capacidade daqueles afetados, de perseguir seus fins e aspirações no curso de uma vida normal. A morte e o prejuízo devastador são grandes ônus, ao passo que a inconveniência de perder um programa favorito não é. Porque a morte e prejuízos devastadores interferem com nossa habilidade de realizar nossos fins ao longo do curso de uma vida de forma muito mais grave do que perder um episódio de um programa favorito de TV.

São considerações de urgência que devem, a rigor, subjazer a nossos julgamentos de comparabilidade. Por sua vez, essas considerações recaem tacitamente em ideias que temos sobre o curso de uma vida normal e as condições que favorecem sua busca, sobre julgamentos sobre a relativa importância de evitar uma dor severa ou evitar uma inconveniência, e em ideias sobre os bens e condições que nos permitem perseguir nossos fins, e assim por diante.

12.10 O desafio colocado a uma visão objetiva das comparações interpessoais

A abstratividade dessas ideias coloca um desafio para abordagens objetivas às comparações interpessoais. Este desafio é o de construir uma concepção mais concreta do bem estar em termos de bens e condições particulares que sejam reconhecidas como importantes a uma boa vida, mesmo por pessoas com valores divergentes.

O direito dos ilícitos baseado na culpa constrói concepções mais concretas fazendo suposições normalizadoras – suposições como, por exemplo, de que menores não necessitam a liberdade de se engajarem em atividades adultas mas necessitam a liberdade de se engajarem em atividades de risco apropriadas a sua idade e desenvolvimento, suposições de

que a necessidade daqueles com várias incapacidades de viver vidas independentes e auto-suficientes justificam a imposição de alguns ônus extras sobre outras pessoas.

Tais julgamentos são, é lógico, socialmente contingentes e contestáveis. Nossa noção de quais atividades são apropriadas para cada idade varia de era a era, de acordo com as mudanças em nossas ideias sobre o curso do desenvolvimento humano normal e as capacidades ordinárias de menores de várias idades, de mudanças em nossas ideias sobre riscos aceitáveis, e assim por diante. Nossas concepções sobre exatamente quanto os “incapazes” são capazes de levar vidas “normais”, e sobre exatamente quanto os “normais” devem assimilar os incapazes e vice-versa, também mudam ao longo do tempo.

12.11 Resumindo: por que ir além das precauções justificadas pelo custo?

O argumento contra considerar apenas precauções justificadas pelo custo, em favor de considerar os riscos significativos de prejuízos devastadores, recai sobre duas reivindicações básicas.

Primeiro, um prejuízo devastador não é comensurável, por alguma relação de troca, com quaisquer bens que poderiam ser obtidos ao infligi-lo. O baixo nível de segurança justificado pelo custo devasta, de forma inequânime, uns poucos em nome de ganhos triviais para muitos.

Segundo, prejuízos devastadores prejudicam severamente o funcionamento normal e a vida normal em maneiras que não podem ser desfeitas. As vítimas de prejuízos devastadores não poderão nunca ser restauradas ao seu nível de bem estar anterior ao prejuízo sofrido.

13 DANOS REPARÁVEIS

Mas nem todos os danos são severos e irreparáveis. Nem todos os danos devem permanecer indivisivelmente concentrados sobre aqueles que os sofrem. Quando o prejuízo recai sobre uma propriedade comercial, por exemplo, o dano é reparável, mesmo que a propriedade seja totalmente destruída. Mesmo a destruição total de uma propriedade comercial resulta em uma perda que pode ser medida e ressarcida em pecúnia. O pagamento de indenizações por dano pode desfazer o dano feito, dispersando-o por aqueles que se beneficiaram da imposição do risco que resultou no dano, e retificar qualquer inequidade na distribuição dos benefícios e ônus.

Mas será que a equidade requer mais do que uma precaução justificada pelo custo em tais casos? Ou será que seu objeto pode ser tratado pela redistribuição do custos dos acidentes após sua ocorrência?

13.1 Indenização em pecúnia: exceção em que a eficiência precede a equidade

As respostas a essas perguntas são, em princípio, simples e claras. Quando o dano causado pode ser plenamente reparado após o fato, pelo pagamento de uma indenização, e dessa forma alocado entre os que se beneficiaram de sua imposição, a equidade suporta a tomada de precauções baseadas em critérios de eficiência – e apenas precauções eficientes – contra os prejuízos. Nesse caso, colocar o nível de precaução no ponto de justificação pelo custo maximiza os ganhos pecuniários envolvidos.

Como a reparação pode desfazer todo o dano feito, podemos tratar a vítima com equidade concedendo apenas reparação monetária pelo dano causado. Como os danos que podem ser medidos em pecúnia podem ser divididos e dispersados, podemos alocar os custos de acidentes de forma equânime após estes acidentes terem ocorrido. Podemos distribuir o custo da reparação entre aqueles que se beneficiaram da imposição do risco em questão. Como o dinheiro pode tanto reparar o dano como ser redistribuído para satisfazer as demandas da equidade, a fixação do nível de precaução no ponto no qual irá maximizar a quantia disponível não entra em conflito com as demandas da equidade. Antes de mais nada, permite a distribuição equânime dos ônus e benefícios dos riscos envolvidos através da

maximização dos recursos disponíveis para satisfazer as demandas de equidade. Quando os prejuízos são moderados e plenamente compensáveis, o argumento econômico de que questões de distribuição equânime deveriam ser tratadas apenas após as precauções eficientes terem sido adotadas faz sentido e é persuasivo.

13.2 Propriedade personalizada: riscos de danos devastadores associados a danos ressarcíveis

Há características da imposição de risco que não caem no caso claro que acabamos de tratar. Há riscos que ameaçam tanto causar alguns prejuízos devastadores como, por outro lado, há riscos que apenas causam alguns prejuízos ressarcíveis. E há casos que caem entre estes extremos. Os danos à propriedade personalizada é um tal caso. São casos qualitativamente diferentes de danos a propriedade comercial porque, ao investir a propriedade com personalidade, esta pode tornar-se insubstituível.

Esta diferença não chega a colocar uma perda de tal tipo de propriedade em igualdade com uma perda de algum membro ou de uma vida, mas a impossibilidade de uma compensação plena ao proprietário torna a destruição de tal propriedade um dano mais sério do que a destruição de propriedade puramente comercial despersonalizada.

Isso torna o benefício de evitar esse tipo de prejuízo maior do que no caso do prejuízo a uma propriedade comercial. O nível equânime de precaução para tais casos não é estabelecido pela distinção que fizemos até aqui entre prejuízos devastadores e os plenamente ressarcíveis. Parece provável, entretanto, que a clarificação das duas extremidades desse contínuo e os níveis de precaução que requerem, é um importante primeiro passo para identificar o nível equânime de precaução para tais casos mistos e intermediários.

14 CONCLUSÃO

No livro *The Anatomy of Tort Law*, de Peter Cane, encontramos importantes ideias e proposições que nos permitem arriscar um fechamento de tudo que foi dito nesse trabalho, que procura pensar a questão dos riscos e dos danos, com suas contrapartidas e tentativas de superação, com os quais convivemos em nossas modernas comunidades pós industriais de risco. Tentarei aqui celebrar essa apoteose com algumas colocações que considero chave, abstraídas do último capítulo da mencionada obra, o capítulo 7, intitulado *Anatomy, Functions and Effects*.

O direito dos ilícitos deve ser abordado como um conjunto de interesses protegidos, condutas sancionadas e sanções. Visto assim pode ser melhor compreendido como uma instituição social e ética, e não apenas como um feixe de categorias técnicas que os advogados manipulam, frequentemente por formas misteriosas.

O direito dos ilícitos e a moralidade são sistemas de regras e princípios éticos. Sua interrelação é tal que os dois não coincidem perfeitamente - há alguns conflitos. Agir de acordo com a lei não implica observar exigências da moralidade. Assim, apenas em poucos casos em que o direito dos ilícitos é aplicável, se pode falar em satisfação de uma moralidade, seguramente muito mais abrangente que aquele. “Ama teu vizinho como a ti mesmo”, se torna, no direito dos ilícitos, apenas a regra que exige não causar danos a terceiros, o *naeminem laedere*.

O direito dos ilícitos pode, outrossim, exigir condutas que vão contra a moralidade individual. Então surgem críticas ao direito que, partindo da moralidade, entendem que esta se colocaria acima daquele. Mas moralidade não prescinde do direito, que a concretiza mediante regras concretas. A moralidade diz que se deve dirigir com cuidado, mas é a lei que estabelece limites de velocidade e regras de trânsito. A moralidade é vaga, a lei é específica e sancionadora.

O direito permite ainda resolver conflitos entre diferentes pontos de vista morais. Evitam-se, assim, ressentimentos ou conflitos sociais. O direito cria padrões de conduta universalmente exigíveis, gerando assim coesão social, além de um compromisso moral. Essa função do direito, de gerar harmonia social, acaba sendo vista como positiva pelas mais extremadas posturas de moralidade. Uma lei moralmente controvertida não a torna uma lei ruim.

E dentro desse quadro se insere o direito dos ilícitos, que não necessariamente coincide com a moralidade de ninguém em particular, mas “representa um regime equânime e razoável de responsabilidade pessoal para a sociedade adotar e exigir de seus membros, dada a gama de pontos de vista morais relevantes assumidos por seus cidadãos” [tradução nossa]⁵³.

Quaisquer discordâncias quanto a essa visão são tratadas, em sociedades democráticas, através do estabelecimento de instituições – legislativo e judiciário – que criam e aplicam as regras do direito dos ilícitos. As regras por elas criadas estão, é claro, abertas a críticas quanto a sua validade como conjunto de princípios válidos a serem adotados por determinada sociedade. Uma importante qualidade de tal conjunto deveria ser sua coerência e consistência internas, o que o direito dos ilícitos na sua forma atual está longe de ser. Por isso mesmo urge uma revisão das formas casuísticas atuais de suas práticas, no sentido de uma estrutura baseada na ética e na responsabilidade pessoal entre os indivíduos.

A vida em geral leva a incorrer em riscos. Daí a importância de que haja a imputação aos agentes, da responsabilidade por resultados eventualmente não desejados ou danosos a outrem. Já que os benefícios por uma atuação sem percalços são colhidos por quem a perpetua, é muito natural, até moralmente falando, que esse mesmo agente assuma a responsabilidade por quaisquer desvios de trajetória que atinjam terceiros. E aqui se está falando de uma responsabilidade objetiva, independente da necessidade de avaliar-se se o agente agiu com dolo ou culpa, se agiu sem uma intenção de causar dano ou de forma que não pudesse ter evitado o resultado indesejado.

A aceitação de determinados riscos sempre irá depender do conceito de quem os aceita, quanto ao que constitui uma boa sociedade (de riscos, obviamente).

As regras e princípios do direito dos ilícitos não são como rochas que apenas existem, não nos dizendo respeito perguntar o que justifica sua existência. Aqui se deseja, sim, conhecer das causas originárias, uma vez que o direito é uma produção da mente humana e, portanto, se quer conhecer não apenas o que explica a existência e conteúdo do direito dos ilícitos, mas também o que os justifica. O direito dos ilícitos é um sistema ético-normativo e, assim, passível de ser avaliado e examinado em termos éticos e normativos.

Há duas facções doutrinárias que se apresentam nessa análise.

⁵³ Texto original: “[...] *represent a fair and reasonable regime of personal responsibility for society to adopt and enforce against its members, given the range of relevant moral views held by its citizens*” (CANE, **The anatomy of tort law**, 1997, p. 26).

Uma delas se concentra na essência do direito dos ilícitos, podendo ser chamada de essencialista, e o que fazem seus adeptos é perguntar se o direito dos ilícitos dá eficácia a nossas ideias do que é “certo”.

Do outro lado estão os funcionalistas, que procuram verificar se o direito dos ilícitos é uma boa coisa, julgada a partir de suas funções e efeitos.

Como diria um filósofo, os essencialistas afirmam a prioridade do que é certo com relação ao que é bom, enquanto os funcionalistas equacionam o certo com o bom.

Para os essencialistas o direito dos ilícitos é justificado na corporificação do princípio que as pessoas não deveriam causar mal a outrem (o conhecido princípio do *naeminem laedere*): o que advém da ideia de um ser humano provido de consciência moral. As funções desse ramo do direito são irrelevantes para sua justificação. Quaisquer princípios que não abracem a noção básica citada acima, não merece pertencer ao direito dos ilícitos. O direito dos ilícitos é nada mais do que aquilo que deveria ser, tudo mais está fora.

Já os funcionalistas dizem que o importante é a obtenção, via direito dos ilícitos, da eficiência econômica. Sua metodologia é considerar o direito dos ilícitos como justificado apenas na medida em que atinge eficiência econômica, alocando recursos escassos a sua mais eficiente utilização – maximizando a riqueza global. Maximizar essa riqueza torna-se então, não apenas uma coisa boa, desejável, mas também a coisa certa a ser feita. Ao contrário dos essencialistas, não excluem nenhum princípio do âmbito do direito dos ilícitos. Não estão preocupados com a essência do instituto. Apenas excluem tudo que não maximize a riqueza global, na medida, e enquanto, não o fizerem.

São, sem dúvida, posições extremadas para quem pretende que o direito dos ilícitos seja visto como um sistema de regras éticas e princípios de responsabilidade pessoal. Uma melhor solução, de consenso, é considerar aspectos de ambas as escolas acima. Há algo no valor do direito dos ilícitos que diz respeito aos princípios de conduta escorreita que ele engloba e, por outro lado, igualmente nos benefícios das funções a que se propõe servir e perfazer. Seria por demais radical falar em uma essência do direito dos ilícitos que excluísse quaisquer princípios e regras supostamente errados eticamente. Da mesma forma não cabe falar que só interessaria o atingimento de determinados objetivos, desconsiderando de forma absoluta os meios.

Em suma, o direito dos ilícitos se justifica, parcialmente, na medida em que engloba princípios éticos sólidos de responsabilidade pessoal e, parcialmente, na medida em que ele persegue objetivos humanos e sociais.

Mas ao falar em atingir objetivos temos que pensar sempre em graus, pois um artefato humano qualquer sempre irá funcionar mais ou menos bem. Mesmo que uma solução tenha bom desempenho podemos desaprová-la se outra desempenha melhor e por menor custo. E pode acontecer que se aceite um artefato, ainda que deficiente, na falta de algo melhor que atue em seu lugar.

Da mesma forma, aquilo que as pessoas consideram como os bons princípios da responsabilidade pessoal varia. Em uma sociedade, tais discordâncias devem ser resolvidas se se pretende evitar conflitos. **E aqui reside precisamente uma das principais funções do direito dos ilícitos.** Na medida em que o direito dos ilícitos serve a função de moderador entre visões morais conflitantes, será consagrado, mais ou menos, como um conjunto **público** de princípios éticos.

Além de ser um sistema de regras éticas e de princípios de responsabilidade pessoal, o direito dos ilícitos também consiste em um sistema que implica coerção estatal. Essa é a principal diferença entre o direito dos ilícitos e o sistema denominado de “moral”. Portanto é esse sistema de corpos de adjudicação independentes, juntamente com um conjunto de remédios exigíveis, que torna o direito dos ilícitos peculiar.

Na realidade, a grande maioria das demandas quanto a ilícitos é resolvida por acordos entre as partes litigantes, antes de chegarem aos tribunais. Mas o fato de estar sendo dispensada a máquina de coercibilidade estatal nesses casos não exclui a aplicação do direito dos ilícitos. O direito dos ilícitos existe como um conjunto público de princípios e regras éticas independentemente de sua atuação em relação a disputas individuais.

O fato que há um conjunto de remédios coercitivos concebidos para resolver disputas sobre ilícitos é intrínseco a este ramo do direito, mas o mesmo não pode ser dito sobre o conteúdo desses remédios. Mesmo a compensação obtida em cada caso não passa de um fator extrínseco à ideia de um direito de ilícitos. E muito mais extrínsecas ainda são outras formas de remédios menos invasivas, tais como a expropriação de ganhos obtidos indevidamente.

O quão eficazmente, em casos individuais, o direito dos ilícitos realiza as funções extrínsecas diretas de compensar, punir, garantir a devolução de ganhos indevidos e conseguir que os réus ajam ou restrinjam sua ação em determinadas formas depende de quão eficazmente o remédio concedido é executado. Se o réu pagar ao autor determinada indenização como forma de compensação, devolução de ganho indevido, ou punição, ou se ele cumpre determinada ordem de fazer ou não fazer, então o direito dos ilícitos terá realizado sua função extrínseca direta relevante naquele caso. Além disso, se o réu cumpre determinada ordem de fazer ou não fazer, a função direta de

bloquear condutas ilícitas futuras por aquele réu também terá sido eficazmente realizada [tradução nossa]⁵⁴.

Mas só se pode falar em efeito de bloqueio de condutas futuras, no caso de indenização paga por feitos executados com negligência, imprudência ou dolo. Caso contrário, se a ação foi inocente, a principal função seria apenas a de garantir a **proteção de interesses do autor**, não havendo qualquer relação aqui com algum efeito futuro da aplicação do remédio.

Muito menor efeito futuro ainda haveria no caso do réu ser forçado a pagar indenização como forma de “legalizar” uma atuação ilícita ocorrida, com o caráter de substituição a alguma injunção proposta como remédio ao prejuízo causado. Tal forma de contornar uma turbação não irá desestimular futuras ocorrências no mesmo sentido, dado que o valor pago seja compensado pelos ganhos do réu ao cometer o ilícito. Não haverá efeito detentor ou inibidor.

Algumas pessoas vêem a responsabilidade por ilícitos baseados em conduta como uma espécie de tributo. Assim, o objetivo moral seria, ou fazer o agente desistir da atividade, ou pagar indenização às eventuais vítimas: o que se torna repugnante, ao se pensar nos casos de danos intencionais, dolosos, ou mesmo em casos de mera negligência. Mas o fato é que ambas situações ficam fora do objetivo do direito dos ilícitos.

O imperativo ético da responsabilização por ilícitos baseados em conduta é a não incorrência nas condutas sancionadas, e as sanções devem ser vistas como penalidades e nunca como uma taxa permissiva.

O direito dos ilícitos protege tanto danos corporais ou mentais a pessoas, como ataques a sua dignidade, bem como aspectos de sua vida e personalidade que definem sua individualidade.

Um princípio básico é que deveria haver apenas **um** conjunto de regras, para a proteção de qualquer **um** interesse particular, contra **um** determinado tipo de conduta, e não vários conjuntos oferecendo proteções ligeiramente diferentes, entre as quais um autor pode estrategicamente escolher, para usar ao enfrentar o do réu.

⁵⁴ Texto original: “[...] *how effectively, in individual cases, tort law performs the direct extrinsic functions of compensating, punishing, securing disgorgement and bringing it about that defendants act or refrain from acting in particular ways depends on how effectively the remedy awarded is enforced. If the defendant pays to the plaintiff any monetary award made by way of compensation, disgorgement or punishment, or complies with any order to act or to refrain from acting, the direct function of deterring future tortious conduct by that defendant will also have been effectively performed*” (CANE, **The anatomy of tort law**, 1997, p. 215).

A principal preocupação do direito dos ilícitos não é punir condutas de risco, mas sim compensar os efeitos adversos que venham a ser por elas causados. Assim só serão sancionadas condutas de risco se o risco se materializar. Por isso mesmo não existe o ilícito tentado, no âmbito cível da responsabilidade perante terceiros.

Em casos de responsabilidade por ilícitos sem dano, o âmago do ilícito é a interferência com um direito ou interesse do autor. O que autoriza a ação é a interferência como tal (*per se*). Exemplos são o esbulho de terra e de objetos móveis, bem como certos tipos de apropriação não autorizada de propriedade tangível e intangível. A difamação, por exemplo, é acionável *per se* no sentido que indenizações e tutelas substanciais por danos à reputação podem ser recuperadas, ainda que o autor não tenha (e nem pudesse ter) provado um dano à reputação como resultado da publicação difamatória.

O direito dos ilícitos tem certos interesses em maior apreço que outros, sendo essa hierarquia de interesses parte da estrutura ética deste ramo do direito. Quanto maior a proteção, maior a limitação imposta na liberdade de ação da pessoa que interfere com tal interesse de outrem.

Como essa proteção de interesses públicos pelo direito dos ilícitos se relaciona ao fato que este ramo do direito é melhor concebido como um conjunto de princípios éticos de responsabilidade pessoal? Ora, como o ser humano é um animal social, nossa noção de responsabilidade pessoal leva esse fato em consideração.

A maioria de nossas interações com outras pessoas têm poucas ramificações sociais (são privadas), mas outras há que só podem ser propriamente compreendidas em seu contexto social. A responsabilidade pessoal de um indivíduo por determinada conduta pode ser afetada pela significância social daquela conduta. Assim, se alguém prejudica outrem quando uma tal conduta está justificada por um interesse público legítimo, ele não deve ser responsabilizado legalmente por tal prejuízo. O interesse público pode modificar, desse modo, a responsabilidade pessoal.

As regras do direito dos ilícitos são projetadas para fornecer **um conjunto de princípios de fundo** para a conduta da vida social e das interações pessoais. Algumas são consideradas de tamanha e tão básica importância ao bem-estar humano que, em nossa sociedade, as pessoas não são livres para “barganhar” com elas. Não é permitido que as pessoas se vendam à escravidão, e o consentimento não é, de forma geral, uma excludente contra uma acusação criminal.

Por outro lado, muitas das regras do direito dos ilícitos não são consideradas como sendo de tal fundamental importância que não deveria ser permitido aos indivíduos concordar

em relevá-las: uma pessoa pode consentir com uma publicação difamatória, por exemplo, mas não, provavelmente, com o sofrer danos físicos sérios. A existência da excludente pela responsabilidade da vítima mostra que as pessoas são livres para assumir riscos se escolherem assim livremente. A possibilidade de exclusão ou de restrição de certas responsabilidades por ilícitos através de provisões contratuais, ou por notificações extra contratuais, reflete igualmente a natureza automática de algumas regras do direito dos ilícitos.

Através do direito dos ilícitos, o Estado oferece proteção às pessoas, mas nem sempre força-as a aceitá-la. O direito assim reconhece que as pessoas são frequentemente os melhores juízes de seus próprios interesses, que pode não haver razão para impedir que uma pessoa troque seu direito de proteção contra uma invasão ilícita aos seus interesses por algum outro benefício percebido como sendo de maior importância. Em última instância, entretanto, o Estado também decide em qual extensão essa liberdade de renunciar à própria proteção deveria ser restringida no interesse dos indivíduos ou da sociedade. O direito dos ilícitos assim atinge um complexo equilíbrio entre responsabilidade e liberdade, bem como entre os interesses de autores e réus.

A base ética do princípio da compensação é que, mesmo que o agente do ilícito tenha baixa culpabilidade, sendo a vítima isenta de culpa, aquele deverá compensar-lhe plenamente o dano causado: o que interessa é apenas que a vítima não tem culpa alguma pelo ocorrido. Por outro lado uma solução equânime (justiça retributiva) iria requerer que a sanção fosse proporcional ao grau de ilicitude do ato. Pode-se pensar que somente o recurso a um seguro de responsabilidade resolveria a questão da inequidade, dentro do princípio da compensação plena. Entretanto, como no direito dos ilícitos, ao contrário do direito penal, há uma preocupação em manter uma correlatividade, é tão importante proteger os direitos do agente do ilícito quanto os da vítima.

Quando se pensa em participação da vítima no resultado do ilícito, a relatividade é uma ideia crucial: há que se questionar o quão responsável foi a vítima relativamente ao agente causador do ilícito. Em termos jurídicos essa proporcionalidade jurisdicional tem sido um grande sucesso. Seria mesmo impossível criticar essa apropriação proporcional da responsabilidade, considerada a estrutura ética do direito dos ilícitos. Se a vítima é inocente, deve recuperar plenamente os danos que lhe foram causados; mas não se, de acordo com padrões razoáveis, sua conduta deixou por menos quanto a sua inocência no evento.

O conceito da obrigação de cuidado é um conceito negativo, que impõe limites na gama potencialmente enorme do princípio de que as pessoas devem ser responsáveis por danos causados, por negligência, a outrem. Podem ser atos ou omissões e, nesse sentido, o

direito dos ilícitos reflete a ética não legislada, que estabelece uma distinção entre os dois, atribuindo mais sanções aos primeiros do que às segundas.

O direito dos ilícitos desempenha um importante papel, não apenas na proteção dos interesses individuais sobre a propriedade, mas também na conformação e definição dos papéis sociais da propriedade: a propriedade é valiosa, não apenas como um recurso privado, mas também como uma instituição social sobre a qual o edifício da economia de mercado é construído.

O direito dos ilícitos tem estado na linha de frente das amargas discussões sobre os usos e abusos e controles do poder econômico nas sociedades. Aqui o elo entre direitos e obrigações criados pelo direito dos ilícitos no sentido de regular interações entre indivíduos, e grandes questões econômicas e políticas sobre o tipo de sociedade em que desejamos viver, não poderia ficar mais evidenciado.

O direito dos ilícitos é certamente um conjunto de princípios éticos de responsabilidade individual, mas não é um sistema auto contido ou fechado de raciocínios, baseado unicamente em princípios de ética pessoal. Os princípios de responsabilidade dos quais ele consiste são baseados sobre, e influenciados por, uma mistura complexa de questões individualistas, sociais e institucionais.

O direito dos ilícitos, e nossos conceitos extra legais sobre a responsabilidade pessoal, tentam atingir um equilíbrio equânime entre o interesse do autor em não sofrer turbações e o interesse do réu em sua liberdade de ação.

O direito dos ilícitos é um conjunto de regras e princípios de responsabilidade pessoal, tal que as condutas por ele proscritas são contrárias às exigências éticas do direito. A seleção de determinada conduta como merecedora de sanção é intrínseco ao direito dos ilícitos, ao passo que estabelecer o pagamento de uma indenização não é intrínseco. Os remédios adotados são sempre apenas formas de expressar uma reação da lei à prática da conduta proscrita, e têm caráter meramente instrumental.

Segundo Cane⁵⁵,

as regras e princípios do direito dos ilícitos têm um status ético independente de, e superior a, os remédios por ele adotados. Sob esse ponto de vista, os remédios do direito dos ilícitos são (com apenas algumas possíveis exceções) não o preço a ser pago pela interferência com os interesses de outrem, mas

⁵⁵ Texto original: *The rules and principles of tort law have an ethical status independent of and superior to the remedies of tort law. On this view, the remedies of tort law are (with only a few possible exceptions) not the price of interfering with the interests of another but a sanction for doing so. In general, the remedies of tort law are designed to sanction interferences with interests, not to license them or create a market in them* (CANE, **The anatomy of tort law**, 1997, p. 217).

uma sanção por fazê-lo. Em geral, os remédios do direito dos ilícitos são projetados para sancionar interferências com interesses, e não para licenciá-las ou criar um mercado com elas [tradução nossa].

A eficácia do direito dos ilícitos como fator de evitamento da ocorrência de ilícitos em geral depende não só da estrutura e conteúdo das regras desse ramo do direito, mas especialmente da forma e extensão como é utilizado na prática, como uma forma de lidar com as interferências com interesses que, em tese, ele protege, ao sancionar certos tipos de condutas. Não por acaso as pesquisas empíricas sobre o efeito inibidor de certas condutas do direito dos ilícitos tem se concentrado nas áreas que dão origem à maioria das ações por ilícitos, como acidentes de trânsito, acidentes do trabalho, e erros médicos.

Aqui, para uma avaliação da significância de tais pesquisas, devemos levar em conta a existência dos seguros de responsabilidade contra terceiros, que cobrem tais casos. Na maioria das ações bem sucedidas quem paga a conta é o seguro que assumiu o risco. Assim, ocorre uma distribuição no tempo e a socialização do impacto pelo ressarcimento do dano causado. O típico impacto psicológico nesses casos é anestesiar a consciência do segurado no sentido de que alguém, que não ele, irá pagar a conta dos danos causados. E aqui reside um forte “risco moral”, pois esses agentes irão tipicamente tomar menores precauções em seu agir do que se tivessem que assumir a responsabilidade pecuniária.

É bem verdade que os seguradores adotam estratégias para combater tal risco moral, procurando correlacionar a magnitude do risco de o segurado causar danos, o volume dos prováveis danos, e os prêmios a serem pagos pelo seguro. Assim, se os prêmios são relacionados às práticas dos agentes, surgirá um incentivo semelhante ao que ocorreria a um não segurado para que reduzisse os riscos oferecidos por seus atos.

Mas muitas vezes essa sistemática não tem o resultado esperado devido aos custos, para as seguradoras, de fazer este tipo de avaliação e estabelecer as escalas apropriadas de valoração dos prêmios em cada caso. Preferível cobrar taxas uniformes, nivelando a todos por baixo. Ou então utilizar classificações por demais grosseiras para causar um efeito realmente redutor de riscos e danos. Afinal o que importa às seguradoras é a obtenção de lucros, não estando uma preocupação moral e ética entre seus objetivos empresariais. Vale a preocupação com os riscos morais, mas só até determinado ponto, definido por considerações de custo-benefício apenas.

Por fim, é preciso deixar claro, como derradeiro e conclusivo preceito, que não se pretende aqui explicar o direito dos ilícitos por um único princípio nem propor uma visão normativa desse ramo do direito. Isso se deve à assunção de uma visão da natureza humana e

da moralidade humana diferente da que serve de base para as teorias dos analistas econômicos.

Tais teorias presumem ser possível e desejável descobrir uma ideia explicativa unificadora, ou princípio normativo, que subjaza a instituições tais como o direito dos ilícitos.

Pela “interpretação econômica” do direito dos ilícitos, todos os remédios pretendem essencialmente incentivar o evitar de condutas ilícitas. Até mesmo indenizações compensatórias visam primordialmente esse fim, expressando desaprovação de certos tipos de conduta, desencorajando-as. A responsabilização pela exploração não autorizada da propriedade alheia, por exemplo, sinaliza o alto valor social dos direitos de propriedade, e a importância, para a estabilidade do mercado, que direitos de propriedade sejam cuidadosamente protegidos. O que torna a conduta do agente do ilícito sancionável não é propriamente seu impacto sobre os interesses do reclamante, mas seu impacto sobre a propriedade como uma instituição social.

Mas o problema é que essas teorias puramente econômicas partem de uma visão irrealista da natureza humana. Seres humanos perseguem na vida um grande número de diferentes objetivos, alguns até mesmo conflitantes entre si. De onde a necessidade de fazer escolhas, opções, preferindo uns e sacrificando outros.

Mas tipicamente tais escolhas não se baseiam em teorias unitárias sobre o propósito da vida de cada um, mas sim em ponderações entre esses objetivos, à luz de cada situação concreta que se apresenta, do conflito particular do momento, e sempre contemplando algum julgamento de valor que poderia muito bem não mais valer em um contexto ou oportunidade diferentes. Em cada momento da vida, os objetivos que se conflitam são sempre diferentes. Assim parece ser, em verdade, a vida humana.

Então esse processo de resolução de conflitos entre nossos objetivos requer constantes reajustes à luz das circunstâncias, e jamais uma adesão simplista a uma visão unitária.

Se isso corresponde à maneira pela qual os indivíduos abordam escolhas difíceis entre objetivos conflitantes, o que não dizer da forma com que conflitos de objetivos são resolvidos em uma instituição social tal qual o direito dos ilícitos. Nesta seara se perseguem objetivos variados e potencialmente conflitantes da mesma forma que outras formas de condutas humanas dirigidas a um propósito. Mas é até menos provável aqui que a vida de uma sociedade será informada por um princípio unificante que servirá a resolver conflitos de objetivos dentro do direito dos ilícitos. Aqui, como nas vidas dos indivíduos, conflitos têm que ser resolvidos priorizando um objetivo contra o outro, nas circunstâncias de casos

individuais, de acordo com julgamentos de valor que podem, eles próprios, em diferentes circunstâncias, conflitar com outros objetivos sociais.

A verdade é que - e a história dos povos nos demonstra isso - a adesão inflexível a um único objetivo é sinal de obsessão patológica moralmente truncada. Ao encontrar um princípio unificador profundamente arraigado em determinada convicção, ele pouca serventia terá para resolver conflitos superficiais do dia a dia, do tipo que o direito dos ilícitos é chamado a resolver.

Se, por um lado, o aumento da riqueza social é um objetivo dos indivíduos e das sociedades, por outro lado ninguém, nem nenhuma sociedade, em sã consciência, irá perseguir um tal objetivo em detrimento de todos os demais. Até mesmo conceitos altamente abstratos, idealizados, como liberdade e igualdade, seriam inadequados para servirem de teorias unificadoras pois, apesar de todos os indivíduos e sociedades valorizarem tanto a liberdade como a igualdade, jamais o farão favorecendo uma, de forma total, em detrimento da outra, ou mesmo em detrimento de outros valores e objetivos.

Assim como não há um conceito único que explique a motivação humana, nenhum há que explique o direito dos ilícitos.

A pluralidade e a indeterminação na vida humana e nas instituições sociais não apenas são inevitáveis como são também plenas de oportunidades. Se a vida humana fosse em última instância governada por um único princípio normativo, a diversidade, variedade e infinitas possibilidades pelas quais nós a valorizamos seriam destruídas, ou ao menos seriamente diminuídas [tradução nossa]⁵⁶.

⁵⁶ Texto original: “*Plurality and indeterminacy in human life and social institutions is not only inevitable but also full of opportunity. If human life were ultimately governed by a single normative principle, the diversity, variety and infinite possibilities for which we value it would be destroyed, or at least seriously diminished*” (CANE, **The anatomy of tort law**, 1997, p. 225).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 4. ed. Brasília, DF: Edições Câmara, 2010. (Série legislação ; 34).

BRASIL. **Código civil da República dos Estados Unidos do Brasil**: Lei n. 3071 de 1 de janeiro de 1916, com as correções ordenadas pela Lei n. 3725, de 15 de janeiro de 1919. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1919.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988**. 42. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALABRESI, G. **The costs of accidents**. New Haven: Yale University Press, 1970.

CALABRESI, G.; MELAMED, A. D. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, Apr. 1972.

CANE, P. **The anatomy of tort law**. 1st. paperback ed. Oxford: Hart, 1997.

COASE, R. H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, IL, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.

FENNELL, L. A. Property and half-torts. **Yale Law Journal**, New Haven, CT, v. 116, p. 1400-1471, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=959548#>. Acesso em: 9 ago. 2010.

KEATING, G. C. Pressing precaution beyond the point of cost-justification. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, TN, v. 56, n. 3, p. 653-748, Apr. 2003.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. L. **Curso de processo civil**: execução. 2. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de processo civil, v. 3).

NORONHA, F. O ato ilícito nos contratos e fora deles. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 34-45, out./dez. 1985.

POLINSKY, A. M. Resolving nuisance disputes: the simple economics of injunctive and damage remedies. **Stanford Law Review**, Stanford, CT, v. 32, p. 1075-1112, July 1980.

SANTOS, M. F. S. **Acidente do trabalho entre a seguridade social e a responsabilidade civil**: elementos para uma teoria do bem-estar e da justiça social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SHAVELL, S. **Liability for harm versus regulation of safety**. Cambridge, MA: The National Bureau of Economic Research, 1983. (NBER Working Paper Series: Working Paper, 1218). Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w1218.pdf?new_window=1>. Acesso em: 10 out. 2010.

STARCK, B. Domaine et fondement de le respnsabilité sans faute. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v. 56, p. 475-515, 1958.

SZTAJN, R. Law and economics. *In*: ZYLBERSZTJN, D.; SZTAJN, R. (Org.). **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. 4. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83.