

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LORENA FONSECA SILVA

“O QUE VOCÊ JÁ TEM”:
PROPRIEDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL EM ARTHUR RIPSTEIN

BELO HORIZONTE/MG

2023

Lorena Fonseca Silva

“O QUE VOCÊ JÁ TEM”:

PROPRIEDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL EM ARTHUR RIPSTEIN

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito.

Linha de Pesquisa: Linha 3 – História, Poder e Liberdade

Área de Estudo: H-09 – Direito Civil na Interdisciplinaridade

Orientador: Prof. Dr. Leandro Martins Zanitelli

BELO HORIZONTE/MG

2023

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

S586q Silva, Lorena Fonseca
“O que você já tem” [manuscrito] : propriedade e responsabilidade civil em Arthur Ripstein / Lorena Fonseca Silva. - 2023.
210 f.: il.

Orientador: Leandro Martins Zanitelli.
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 208-210.

1. Direito - Filosofia - Teses. 2. Responsabilidade (Direito) - Teses. 3. Propriedade - Teses. 4. Ripstein, Arthur, 1943- - Teses. I. Zanitelli, Leandro Martins. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 347.51



ATA DA DEFESA DE TESE DA ALUNA LORENA FONSECA SILVA

Realizou-se, no dia 25 de agosto de 2023, às 14:00 horas, Google Meet., da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada “*O QUE VOCÊ JÁ TEM: PROPRIEDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL EM ARTHUR RIPSTEIN.*”, apresentada por LORENA FONSECA SILVA, número de registro 2019666981, graduada no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Leandro Martins Zanitelli - Orientador (UFMG), Prof(a). Fabio Queiroz Pereira (UFMG), Prof(a). Rafael de Freitas Valle Dresch (UFRGS), Prof(a). Joao Daniel Macedo Sá (Universidade Federal do Pará), Prof(a). Flávio Henrique Silva Ferreira (Universidade Federal de Juiz de Fora).

A Comissão considerou a tese:

(X) Aprovada, tendo obtido a nota 100.

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 25 de agosto de 2023.

Prof(a). Leandro Martins Zanitelli (Doutor) Nota: 100

Prof(a). Fabio Queiroz Pereira (Doutor) Nota: 100

Prof(a). Rafael de Freitas Valle Dresch (Doutor) Nota: 100

Prof(a). Joao Daniel Macedo Sá (Doutor) Nota: 100

Prof(a). Flávio Henrique Silva Ferreira (Doutor) Nota: 100

Página de assinaturas



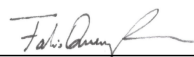
Leandro Zanitelli
706.213.900-97
Signatário



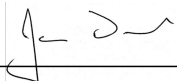
Flávio Ferreira
035.626.676-12
Signatário



Rafael Dresch
898.387.340-04
Signatário







Fabio Pereira
014.389.606-70
Signatário



Joao Sa
708.347.252-15
Signatário

HISTÓRICO

- 29 ago 2023** 07:53:57  **Lorena Fonseca** criou este documento. (E-mail: lorena.fonseca@outlook.com)
- 29 ago 2023** 08:16:50  **Leandro Martins Zanitelli** (E-mail: leandrozanitelli@gmail.com, CPF: 706.213.900-97) visualizou este documento por meio do IP 191.185.21.218 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil
- 29 ago 2023** 08:17:12  **Leandro Martins Zanitelli** (E-mail: leandrozanitelli@gmail.com, CPF: 706.213.900-97) assinou este documento por meio do IP 191.185.21.218 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil
- 30 ago 2023** 17:07:46  **Fabio Queiroz Pereira** (E-mail: fabio.queiroz@gmail.com, CPF: 014.389.606-70) visualizou este documento por meio do IP 191.185.78.88 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil



- 30 ago 2023**
17:08:09  **Fabio Queiroz Pereira** (E-mail: fabio.queiroz@gmail.com, CPF: 014.389.606-70) assinou este documento por meio do IP 191.185.78.88 localizado em Belo Horizonte - Minas Gerais - Brazil
- 29 ago 2023**
14:42:24  **Flávio Henrique Silva Ferreira** (E-mail: flaviohsf@hotmail.com, CPF: 035.626.676-12) visualizou este documento por meio do IP 200.131.56.9 localizado em Juiz de Fora - Minas Gerais - Brazil
- 29 ago 2023**
14:50:40  **Flávio Henrique Silva Ferreira** (E-mail: flaviohsf@hotmail.com, CPF: 035.626.676-12) assinou este documento por meio do IP 200.131.56.9 localizado em Juiz de Fora - Minas Gerais - Brazil
- 30 ago 2023**
21:23:39  **Joao Daniel Macedo Sa** (E-mail: joaosa@ufpa.br, CPF: 708.347.252-15) visualizou este documento por meio do IP 177.65.141.5 localizado em Belém - Para - Brazil
- 30 ago 2023**
21:24:45  **Joao Daniel Macedo Sa** (E-mail: joaosa@ufpa.br, CPF: 708.347.252-15) assinou este documento por meio do IP 177.65.141.5 localizado em Belém - Para - Brazil
- 30 ago 2023**
16:18:48  **Rafael de Freitas Valle Dresch** (E-mail: rafael.dresch@ufrgs.br, CPF: 898.387.340-04) visualizou este documento por meio do IP 189.114.107.152 localizado em Porto Alegre - Rio Grande do Sul - Brazil
- 30 ago 2023**
16:21:13  **Rafael de Freitas Valle Dresch** (E-mail: rafael.dresch@ufrgs.br, CPF: 898.387.340-04) assinou este documento por meio do IP 189.114.107.152 localizado em Porto Alegre - Rio Grande do Sul - Brazil



AGRADECIMENTOS

Há tanto eu tenho sonhado com a escrita destes agradecimentos. Eu sabia que, chegado este dia, estaria mais perto do fim desta etapa. Hoje, o dia está do jeito que eu gosto — o céu está azul, a temperatura baixa e meu coração nunca esteve tão tranquilo. O dia chegou!

Eu jamais conseguiria cursar o Doutorado e produzir esta tese sem o auxílio, sem as preces, energias, amor e sapiência de muitas pessoas.

Ao Professor Dr. Leandro Zanitelli, agradeço por ter me guiado, desde o início da pós-graduação na UFMG, com seu impecável comprometimento, seriedade, rigor e respeito. A minha pesquisa e meu exercício docente têm em você uma fonte de inspiração eterna.

A Felipe, agradeço pelo encorajamento e pela absoluta devoção à nossa família. Você encheu nossa casa de alegria, criou todo o espaço possível para que eu pudesse me superar — e para que meus sonhos tomassem o mundo. Sua inteligência, tenacidade, amor e respeito em nossos debates teóricos me tornaram uma pesquisadora muito mais corajosa. Tão corajosa que quase menciono aqui a metáfora da cobra com pernas de avestruz. Obrigada por ser meu melhor interlocutor.

A Elcione, eu agradeço por respeitar e acolher, mesmo sem entender, este processo de doutoramento. Obrigada por imprimir nos meus genes toda essa fibra. Certa de que minhas ausências estão perdoadas, saiba do meu orgulho e amor por você.

A Guilherme e Eloá, eu agradeço por quebrarem minha seriedade e por me fazerem voltar meus olhos para o cotidiano. Que vocês nunca esqueçam que “gente é pra brilhar”; brilhemos, brilhemos sempre.

A Ana Beatriz Silva, Cristiano Tolentino, Gabriel Correia, Hisabella Porto, Jeane Ruas, José Cléber de Araújo, Luciana Palma, Marina Marinho, Nathália Domingues, Patrick Alves, agradeço, do fundo do meu coração, pela amizade, carinho e apoio.

Aos professores Dr. Alexandre Carrieri, Dr. Onofre Batista Jr., Dra. San Romanelli, agradeço pela generosidade, incentivo e excelência. Vocês foram fundamentais.

Ao Grupo de Debates Avançados, agradeço por fornecer um ambiente acolhedor na pós. André Matos, Luiz Gustavo Rocha, Marina Marinho, Pamela Côrtes, Rafaela Leite, Rodrigo Dornas, Vinicius Faggion, Yago Condé, obrigada pelas discussões aprofundadas e pelos desacordos metodológicos tomados de leveza.

À Rafaela Leite, eu agradeço por materializar o sonho de qualquer doutoranda: ter uma irmã-de-orientação perspicaz, acessível e metodologicamente rígida. A cada decêndio, recuperei meu fôlego, sorri e me senti sortuda por ter você como amiga.

Aos servidores, colegas e, sobretudo, aos amigos que construí na Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade do Estado (UEMG-Diamantina), eu agradeço pelo apoio e gentileza neste processo.

Aos meus ex e atuais alunos da UFJF-GV e da UEMG-Diamantina, eu agradeço por serem meu grande incentivo. A docência transformou minha trajetória acadêmica e minha vida, graças a vocês.

À Vívica Lé Sénéchal, agradeço por me acompanhar, com respeito, e por me auxiliar a dimensionar o tamanho que tudo realmente tem.

À Raquel Brigatte, agradeço pelo esmero e gentileza na revisão linguística deste texto.

Aos meus professores, à UFMG, às políticas de bolsa a estudantes, em especial a CAPES, agradeço imensamente. Sem o apoio, qualidade e fomento esta pesquisa não seria possível.

RESUMO

O objetivo geral desta pesquisa é analisar a consistência entre as teorias da propriedade e da responsabilidade civil desenvolvidas por Arthur Ripstein. O trabalho perpassa pelas obras *Force and Freedom* (2009) e *Private Wrongs* (2016); bem como realiza um teste das objeções levantadas pela crítica. Este teste de (in)consistência ocorre a partir de quatro hipóteses: primeiro, que a teoria da propriedade na qual Ripstein se ancora é suficiente para produzir um cenário em que os indivíduos ajam dentro dos limites recíprocos; segundo, que, ao pressupor o direito ao corpo e à propriedade, a teoria de responsabilidade civil de Ripstein consegue ser suficiente para garantir que tais direitos sejam exercidos com independência; terceiro, que, ao considerar os direitos de propriedade como dados e justificados na independência entre os indivíduos, a estrutura racional básica falha ao não tratar da distribuição de propriedade e indica que algum instrumentalismo parece ser necessário; quarto, que Ripstein consegue fornecer uma teoria inteiramente fundada na ideia de liberdade como independência. Todas as hipóteses foram refutadas, exceto a primeira parte da terceira hipótese traçada. Defendo, neste trabalho, a minha tese de que Ripstein não consegue prover uma teoria inteiramente baseada na liberdade; mais que isso, ao deixar de explicar os contornos e limites da autorização unilateral, não é possível aferir o que se pode exigir a respeito das decisões coletivas sobre distribuição de propriedade, bem como isso impacta a proteção através da responsabilidade civil. Assim, mesmo tentando desvincular a responsabilidade civil da propriedade no terceiro estágio da ideia de independência, as imprecisões deste terceiro estágio reverberam na responsabilidade civil ripsteiniana. Essas questões contribuem para que, ao fim, haja uma consistência *parcial* entre a teoria da propriedade desenvolvida por Arthur Ripstein em *Force and Freedom* e sua teoria de responsabilidade civil proposta em *Private Wrongs*.

Palavras-chave: responsabilidade civil; propriedade; arthur ripstein; filosofia do direito privado.

ABSTRACT

The general objective of this research is to analyze the consistency between the theories of property and torts developed by Arthur Ripstein. The work goes through the books *Force and Freedom* (2009) and *Private Wrongs* (2016); as well as performs a test of the objections raised by the critics. This test of (in)consistency occurs from four hypothesis. First, that the property theory on which Ripstein is anchored is sufficient to produce a scenario in which individuals act within reciprocal limits. Second, that by presupposing the right to the body and property, Ripstein's theory of torts manages to be sufficient to guarantee that such rights are exercised independently. Third, that by considering property rights as given and justified in independence between individuals, the basic rationale fails to address the distribution of property and indicates that some instrumentalism seems to be necessary. Fourth, that Ripstein manages to provide a theory entirely founded on the idea of freedom as independence. All hypotheses were refuted, except for the first part of the third hypothesis outlined. In this work, I defend my thesis that Ripstein is unable to provide a theory entirely based on freedom and, more than that, that by failing to explain the contours and limits of unilateral authorization, it is not possible to assess what can be demanded regarding collective decisions on the distribution of property, as well as how this impacts protection through tort law. Thus, even trying to detach torts from property in the third stage of the idea of independence, the inaccuracies of this third stage reverberate in Ripsteinian theory of torts. These issues contribute to the fact that, in the end, there is a partial consistency between the theory of property developed by Arthur Ripstein in *Force and Freedom* and his theory of torts proposed in *Private Wrongs*.

Keywords: tort law; property; arthur ripstein; philosophy of private law.

LISTA DE FIGURAS

| | |
|---|-----|
| Figura 01: Representação de Conceitos sobre Direito Inato da Humanidade..... | 35 |
| Figura 02: Representação de Conceitos das Categorias de Direitos Adquiridos..... | 47 |
| Figura 03: Representação Conceitual sobre o Direito de Propriedade de Ripstein..... | 54 |
| Figura 04: Representação Conceitual sobre os Defeitos do Estado de Natureza..... | 63 |
| Figura 05: Rede de Conceitos Gerais em <i>Force and Freedom</i> | 176 |
| Figura 06: Rede de Conceitos Gerais em <i>Private Wrongs</i> | 186 |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| CAPÍTULO 1 — INTRODUÇÃO | 13 |
| CAPÍTULO 2 — OS ESTÁGIOS DA IDEIA DE LIBERDADE COMO INDEPENDÊNCIA EM <i>FORCE AND FREEDOM</i> | 20 |
| 2.1 A abordagem ripsteiniana de Kant | 21 |
| 2.2 Os três estágios da ideia de liberdade como independência | 28 |
| 2.3 Primeiro estágio: Direito inato de humanidade | 29 |
| 2.4 Segundo estágio: Direito adquirido | 42 |
| 2.5 Terceiro estágio: Direito público | 55 |
| CAPÍTULO 3 — OBJEÇÕES A <i>FORCE AND FREEDOM</i> E AS RÉPLICAS DE ARTHUR RIPSTEIN | 69 |
| 3.1 O impasse do conceito amplo de direito inato: a inclusão dos poderes corporais e da capacidade de perseguir propósitos | 69 |
| 3.2 O vício de circularidade da liberdade como independência | 73 |
| 3.3 A subdeterminação do conceito de liberdade | 86 |
| 3.4 Ampliação do direito inato: instituições como ameaças à liberdade externa | 92 |
| 3.5 Considerações gerais sobre <i>Force and Freedom</i> e o teste de força das objeções | 100 |
| CAPÍTULO 4 — A TESE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE ARTHUR RIPSTEIN EM <i>PRIVATE WRONGS</i> | 106 |
| 4.1 Esboço do argumento e metodologia da obra | 107 |
| 4.2 Direito ao que você já tem | 112 |
| 4.2.1 O que você já tem: Corpo e propriedade | 112 |
| 4.2.2 O que você já tem: Bom nome | 121 |
| 4.3 Usando o que você já tem: Distinção entre <i>misfeasance</i> e <i>nonfeasance</i> | 127 |
| 4.4 Os direitos sobrevivem à violação | 135 |
| 4.5 O papel das instituições na proteção dos direitos | 142 |
| CAPÍTULO 5 — OBJEÇÕES A <i>PRIVATE WRONGS</i> E AS RÉPLICAS DE ARTHUR RIPSTEIN | 148 |
| 5.1 O problema do valor intrínseco e a fraca rejeição ao instrumentalismo | 148 |
| 5.2 A imprecisão quanto ao tipo de moralidade do direito invocado | 152 |
| 5.3 A irrelevância moral da distinção entre <i>misfeasance</i> e <i>nonfeasance</i> | 155 |
| 5.4 As limitações da união entre direito e tutela | 159 |
| 5.5 O defeito na proposta de proteção “(a)o que você já tem” e a discussão sobre justiça distributiva | 169 |
| CAPÍTULO 6 — (IN)CONSISTÊNCIAS ENTRE AS TEORIAS DA PROPRIEDADE E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DE ARTHUR RIPSTEIN | 174 |
| 6.1 A (inevitável) diferenciação entre Direito Inato e Direitos Adquiridos | 175 |

| | |
|--|-----|
| 6.2 Vontade Omnilateral e o dilema de Ripstein com o instrumentalismo | 180 |
| 6.3 “O que você já tem”: Propriedade e responsabilidade civil em Arthur Ripstein | 185 |
| CAPÍTULO 7 — CONCLUSÃO | 196 |
| REFERÊNCIAS | 208 |

CAPÍTULO 1 — INTRODUÇÃO

O objetivo geral desta pesquisa é analisar a consistência entre a *teoria da propriedade* desenvolvida por Arthur Ripstein em *Force and Freedom* (2009) e sua *teoria de responsabilidade civil* proposta em *Private Wrongs* (2016). Ripstein é professor da Universidade de Toronto e tem pesquisado sobre responsabilidade civil há mais de vinte anos. Parte das ideias sobre essa temática foram articuladas no seu livro *Equality, Responsibility, and the Law* (1999). Em escritos posteriores, o autor avançou no debate¹, condensando sua *nova visão* sobre responsabilidade civil na obra *Private Wrongs* (2016). Sua teoria, considerada elegante, perspicaz e essencial ao estudo do tema², é proposta como uma maneira diferente de olhar para a responsabilidade civil, trazendo um novo vocabulário para organizar o domínio do ilícito privado.

A nova visão da responsabilidade civil de Ripstein foi moldada pela filosofia política e jurídica de Kant. Anos antes, em *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy* (2009), Ripstein apresentou uma teoria que buscava fundamentar toda a moralidade política em um único direito-mestre: o direito à liberdade, entendido como o direito de ser independente das escolhas dos outros. O autor ofereceu uma interpretação altamente ambiciosa, desafiadora e elegantemente escrita³, objetivando sustentar uma justiça sistemática e inteiramente articulada com ideia de liberdade como independência. Na sua obra, “a independência carrega todo o ônus justificatório da argumentação, desde proibição de danos pessoais, minúcias do direito de propriedade [...] até os detalhes da separação constitucional de poderes”⁴; dessa forma, um complexo conjunto de direitos e prerrogativas das pessoas foi reduzido ao direito à liberdade.

Com esse pressuposto, Ripstein construiu uma teoria constitutiva e protetiva de responsabilidade civil em *Private Wrongs*. Na obra, o direito ao corpo e à propriedade representa meios que cada um usa para perseguir propósitos e constitui, também, uma restrição à conduta dos outros. Em vez de construir a teoria de responsabilidade civil a partir da ação que causou um ilícito, o autor retrocede e parte da ideia moral kantiana de que cada um deve usar seus meios de acordo com a própria escolha. Ao fazer essa

¹ Neste sentido, ver: (RIPSTEIN, 2007-A; RIPSTEIN, 2007-B; RIPSTEIN, 2011).

² (HERSHOVITZ, 2017; VALLENTYNE, 2018).

³ (TADROS, 2011).

⁴ “The idea of independence carries the justificatory burden of the entire argument, from the prohibition of personal injury, through the minutiae of property [...], on to the details of the constitutional separation of powers” (RIPSTEIN, 2009, p. 14).

proposição, Ripstein não instancia a responsabilidade civil apenas como cerne dos ilícitos e da justiça corretiva, mas sim considera que os ilícitos civis são incompatíveis com nossa independência mútua.

O autor só é capaz de sustentar sua abordagem de responsabilidade civil porque pressupõe um sistema de propriedade no qual as pessoas têm direitos a outros meios além de seus poderes físicos, e os outros não podem alterar esses meios, usando-os sem permissão ou danificando-os. Por isso, no desenvolvimento desta pesquisa, dou um passo preliminar para investigar *se há consistência entre a teoria da propriedade e a teoria da responsabilidade de Ripstein*. Ao expor os limites das teorias do autor, será possível verificar se os pressupostos do direito de propriedade nos quais se ancora em *Private Wrongs*, e previamente desenvolvidos em *Force and Freedom*, são consistentes e suficientes para amparar a pretensão de independência recíproca e livre uso dos recursos.

Ainda que Ripstein construa sua teoria tendo em vista o *Common Law*, projeto análogo pode ser reproduzido no Brasil. Aqui, também o direito de propriedade é a espinha dorsal do sistema jurídico. Além disso, as práticas de responsabilidade civil não diferem muito de um sistema jurídico para outro. Embora nos sistemas jurídicos continentais a própria ideia de *torts* não desempenhe nenhum papel na estruturação da responsabilidade civil, todos os sistemas jurídicos tratam a compensação pelo dano que causamos uns aos outros mais ou menos da mesma maneira⁵. As construções de Ripstein fornecem, portanto, explicações singulares sobre questões de filosofia política e de fundamentos do direito privado, iluminando sistemas do *Common Law* e do *Civil Law*, daí a importância desta pesquisa.

Não pretendo, todavia, examinar a vasta literatura teórica sobre filosofia do direito privado, nem tratar de teorias particulares em detalhes. Também não busco produzir um trabalho de natureza exegética. Não faz parte do meu escopo analisar a precisão da interpretação que Ripstein faz de Kant, ou se sua abordagem é consistente com os textos kantianos. Delimitei minha proposta apenas a analisar os principais argumentos e objeções a Ripstein em *Force and Freedom* e *Private Wrongs*, testando a força dessas críticas e a consistência entre as obras. Para que a ideia moral de que cada pessoa é responsável por ela própria se sustente, é preciso explicar o que a teoria de responsabilidade civil de Ripstein está protegendo e se, ao menos, os preceitos de justiça nos quais o autor se ancora são suficientes. Relacionar as teorias e analisar a consistência

⁵ (PAPAYANNIS, 2018; VALLENTYNE, 2018).

entre elas é uma das maneiras de averiguar se a justificativa da propriedade pressuposta é consistente com sua teoria de responsabilidade civil baseada na independência.

Neste sentido, os objetivos específicos desta pesquisa são: *a)* compreender os elementos centrais da ideia de liberdade como independência, elucidando a tese ripsteiniana de que o direito de propriedade é estruturado pelo requisito básico de um sistema de liberdade igual; *b)* apresentar e analisar as principais objeções direcionadas a *Force and Freedom*, bem como discorrer sobre as réplicas de Ripstein, escrutinando a concepção de justiça apresentada; *c)* delinear e analisar os aspectos fundamentais da teoria de responsabilidade civil de Ripstein em *Private Wrongs*; *d)* explorar e analisar as críticas existentes a *Private Wrongs*, bem como as réplicas existentes (e possíveis) de Ripstein, tangenciando como as objeções afetam a estrutura do argumento central.

Para cumprir o objetivo geral desta pesquisa, irei testar a (in)consistência entre as teorias da propriedade e da responsabilidade civil a partir das seguintes hipóteses: *1)* a teoria da propriedade na qual Ripstein se ancora é suficiente para produzir um cenário em que os indivíduos ajam dentro dos limites recíprocos; *2)* ao pressupor o direito ao corpo e à propriedade, a teoria de responsabilidade civil de Ripstein consegue ser suficiente para garantir que tais direitos sejam exercidos com independência; *3)* ao considerar os direitos de propriedade como dados e justificados na independência entre os indivíduos, a estrutura racional básica falha ao não tratar da distribuição de propriedade e indica que algum instrumentalismo parece ser necessário; *4)* Ripstein consegue fornecer uma teoria inteiramente fundada na ideia de liberdade como independência.

Quanto à metodologia, este trabalho se inspira na produção de conhecimentos filosóficos, assim caracterizados como o resultado do raciocínio e da reflexão humana que busca dar sentido aos fenômenos sociais. Sua abordagem é qualitativa, ou seja, não se preocupa com representatividades numéricas ou testes de correlações sociais, mas sim com o aprofundamento da compreensão sobre um determinado problema e a explicação da dinâmica lógica das relações sociais. Trata-se de uma pesquisa de natureza básica, uma vez que objetiva gerar conhecimentos que envolvam interesses universais⁶. Quanto aos objetivos, esta pesquisa classifica-se como exploratória, pois visa proporcionar maior familiaridade com o problema, com vista a torná-lo mais explícito⁷. Quanto ao procedimento, será realizada por meio de revisão de fontes bibliográficas e análises dialógicas das construções teóricas.

⁶ (SILVEIRA e CÓRDOVA, 2009).

⁷ (GIL, 2007).

Para responder à pergunta de pesquisa “em que medida há consistência entre a teoria da propriedade desenvolvida por Arthur Ripstein em *Force and Freedom* e sua teoria de responsabilidade civil defendida em *Private Wrongs*?”, irei dividir esta tese em sete capítulos. Este primeiro introduz o trabalho.

O segundo capítulo tratará dos estágios da ideia de liberdade como independência em *Force and Freedom*. Irei delinear sua visão pretensamente não instrumental da liberdade e a maneira como o autor reconstruiu a filosofia do direito de Kant de forma abrangente e internamente articulada. Também serão enunciados os controversos três estágios da ideia de independência, apresentando o argumento geral dos estágios do direito inato, do direito adquirido e do direito público. Explicarei, com detalhes, como o direito inato da humanidade em sua própria pessoa, também identificado como o direito de ser seu próprio mestre, fornece a base de quaisquer outros direitos que você possa ter.

Contudo, o direito inato ao seu corpo e à sua reputação (como meios que podem ser usados para estabelecer e perseguir fins) não abrange a possibilidade de outros meios que possam estar disponíveis. Por isso, explicarei como Ripstein estende o direito inato para tornar seu uso compatível com a liberdade de cada pessoa. Apresentarei, assim, uma visão geral dos direitos adquiridos que cobre as categorias tradicionais do direito privado como relações de propriedade, contrato e *status*. O foco, nesta seção, estará na análise da estrutura da propriedade, ou seja, nas maneiras pelas quais o direito de propriedade de uma pessoa restringe a conduta de outras.

Por fim, o estágio final do direito público será abordado. Explicarei a necessidade do direito público para aquisição de propriedade. Apresentarei a visão de Ripstein de que são fundamentais as condições legítimas para estabelecer o sistema de direito privado. Irei apontar como a independência só pode ser plenamente realizada quando o direito inato é conjugado com o direito privado e com o direito público. Além disso, esclarecerei que, ainda que o Estado entre na explicação de Ripstein como solução para os problemas da interação privada, só pode resolver esses problemas quando se ocupa de poderes e obrigações como tributação e redistribuição para impedir que direitos de propriedade gerem novas formas de dependência.

No terceiro capítulo, tratarei das objeções direcionadas a *Force and Freedom*, bem como discorrerei sobre as réplicas de Ripstein. Analisarei como as fragilidades apontadas pela crítica comprometem a realização geral da obra. Alguns compromissos foram, inevitavelmente, feitos para interpretação de um direito kantiano próprio, por isso, irei escrutinar a concepção de justiça apresentada pelo autor.

Através de um levantamento de uma coletânea de comentadores que revisitaram a teoria de Ripstein, apresentarei as objeções que refletem preocupações elencadas na literatura. Irei construir um estado-da-arte de oposições em relação a *Force and Freedom* para, então, tangenciar a consistência com as hipóteses desta pesquisa. As críticas estarão divididas por seções. Tratarei do impasse criado pelo conceito amplo de direito inato; do vício de circularidade da liberdade como independência; da subdeterminação do conceito de liberdade e, por fim, da ampliação do direito inato, tendo as instituições como ameaças à liberdade externa. Examinadas as principais críticas, bem como as respostas reais (e possíveis) de Ripstein, apresentarei as considerações gerais e o teste de força dessas objeções, sinalizando em que medida a teoria de Ripstein resiste, considerando as hipóteses desta tese.

O quarto capítulo trata da teoria de responsabilidade civil de Ripstein em *Private Wrongs*. Explicarei que o autor compreende a responsabilidade civil como um padrão composto de estruturas conceituais e normativas baseado na ideia moral de independência. Vou esclarecer como o autor articula uma compreensão sistemática dos direitos que são protegidos pela responsabilidade civil, apresentando o caminho que Ripstein percorre para chegar a uma concepção não instrumental de que ilícitos são violações de direitos, e a tutela é sua substituta.

Também vou explorar como os direitos ao corpo e à propriedade são meios para cada um definir e perseguir propósitos, e como os ilícitos privados restringem esses meios. As restrições que se apresentam geram duas formas básicas de violação: o ilícito baseado no uso, e o ilícito baseado no dano. Essa distinção é importante, porque ilustra as maneiras pelas quais uma pessoa pode prejudicar outra. Explicarei, por fim, que, além do direito ao corpo e à propriedade, o direito ao bom nome é protegido.

Neste capítulo, também vou abordar os conceitos de *misfeasance* e *nonfeasance* para descrever a distinção entre *prejudicar uma pessoa*, entendido como fazer algo a alguém, e *deixar de fazer algo por essa pessoa*, nos termos dos ilícitos de dano e de uso. Essa explicação mais extensiva de Ripstein leva à conclusão de que o direito ao corpo e à propriedade limita as reivindicações que outros podem fazer contra você, mesmo se em situações de perigo.

Além disso, apresentarei a visão de Ripstein sobre tutela. Para compreender que uma tutela não substitui o direito violado, e sim cumpre o próprio direito, vou me encarregar de demonstrar a ideia de que os direitos sempre sobrevivem à sua própria violação. Por fim, explicarei por que somente instituições públicas podem exigir que

alguém corrija um ilícito. Concentrar-me-ei sobre o argumento de Ripstein de que o exercício do poder público pelo tribunal na resolução de disputas é essencial para determinar a existência e contornos do ilícito, inclusive pelo Estado.

O quinto capítulo trata das críticas existentes a *Private Wrongs*. Apresentarei as oposições que tenham conexão com as objeções ao livro-base, *Force and Freedom*, bem como tenham conexão com as preocupações que guiam esta pesquisa. Neste capítulo, também serão apresentadas as réplicas existentes (e possíveis) de Ripstein. À medida que a exposição avança, sinalizarei como as objeções afetam a estrutura do argumento central, agora protegido pela responsabilidade civil. Neste capítulo, serão analisadas as seguintes objeções: o problema do valor intrínseco e fraca rejeição ao instrumentalismo; a imprecisão quanto ao tipo de moralidade do direito invocado; a irrelevância moral da distinção entre *misfeasance* e *nonfeasance*; as limitações da união entre direito e tutela; o defeito na proposta de proteção (*a*) *o que você já tem* e a discussão sobre justiça distributiva.

Após a exposição dos principais argumentos teóricos e objeções a Ripstein em *Force and Freedom* e *Private Wrongs*, analisarei, no sexto capítulo, a consistência entre as obras, apresentando três argumentos centrais que compõem minha tese. Dessa forma, será possível tratar das implicações para as hipóteses desta pesquisa.

Vou sustentar a necessidade de distinção entre direito inato e direitos adquiridos. Defendo que não se pode conferir igual tratamento ao direito ao corpo (inato) e direitos de propriedade (adquiridos). Tensiono a necessidade de rever a explicação no que concerne ao segundo e terceiro estágios da ideia de independência, demonstrando que a vontade unilateral precede a constituição conclusiva de direitos de propriedade, de modo que a ausência de contornos acerca do conceito de vontade unida cria fissuras na explicação de Ripstein.

Além disso, exploro como essa fissura abre brechas para que outras finalidades, que não a liberdade como independência, possam macular a pretensão de Ripstein de fundar toda sua teoria na independência, visto que a verticalidade do Estado pode propor condições de fundo para garantir a liberdade externa, o que pode ser feito por meio da promoção de outros fins inerentes aos poderes e deveres estatais.

Por fim, analiso *o que você já tem*, buscando verificar a consistência interna entre as teorias da propriedade e da responsabilidade civil nas obras de Ripstein. Demonstrarei que as falhas quanto à definição de vontade unilateral reverberam em incertezas sobre o papel do direito público em restringir e garantir a operacionalização dos direitos à

propriedade e responsabilidade civil. Concluo que, apesar de Ripstein não precisar de outros fins que não a liberdade para compor a sua teoria, o autor deixa espaço para que outros objetivos estejam presentes na responsabilidade civil.

Depois de retomar as hipóteses de pesquisa para confirmá-las, ou refutá-las em caráter conclusivo, defendo, conclusivamente, minha tese de que Ripstein não consegue prover uma teoria inteiramente baseada na liberdade; mais que isso, ao deixar de explicar os contornos e limites da autorização unilateral, não é possível aferir o que se pode exigir a respeito das decisões coletivas sobre distribuição de propriedade, bem como isso impacta a proteção através da responsabilidade civil. Assim, mesmo tentando desvincular a responsabilidade civil da propriedade no terceiro estágio da ideia de independência, as imprecisões deste terceiro estágio reverberam na responsabilidade civil.

Em conclusão, no sétimo capítulo, serão sumarizados os achados desta pesquisa, respondidos os objetivos e as hipóteses.

CAPÍTULO 2 — OS ESTÁGIOS DA IDEIA DE LIBERDADE COMO INDEPENDÊNCIA EM *FORCE AND FREEDOM*

Em *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy* (2009), Arthur Ripstein apresentou uma leitura “impressionante, informativa e altamente perspicaz da filosofia política de Kant”⁸. Ao reconstruir o pensamento político-filosófico kantiano, a obra buscou criar uma concepção de justiça sistemática e internamente articulada com ideia de liberdade como independência. O objetivo geral deste capítulo é elucidar a tese ripsteiniana de que o direito de propriedade é estruturado pelo requisito básico de um sistema de liberdade igual.

A primeira seção traçará um esboço da abordagem ripsteiniana de Kant. Delinearei sua visão não instrumental da liberdade e a maneira como o autor reconstruiu a filosofia do direito de Kant de forma abrangente. Em seguida, na segunda seção, enunciarei os três estágios da ideia de independência, articulando o argumento geral dos estágios do direito inato, do direito adquirido e do direito público.

Na terceira seção, explicarei, com detalhes, como o direito inato da humanidade em sua própria pessoa, também identificado como o direito de ser seu próprio mestre, fornece a base de quaisquer outros direitos que você possa ter. Como será visto, esse estágio gera limitações sobre as formas pelas quais a força pode ser usada e impõe uma exigência extrema de unidade em sua explicação de justiça política.

Nessa concepção de independência, cada pessoa tem o direito de definir e perseguir seus propósitos, de acordo com a capacidade dos outros de fazer o mesmo, não estando sujeita, portanto, a ações que usurpem ou destruam seus poderes para estabelecer seus próprios fins. Contudo, conforme será analisado, o direito inato oferece uma explicação incompleta da independência. Uma pessoa tem o direito natural ao seu corpo e à sua reputação (como meios que podem ser usados para estabelecer e perseguir fins), mas isso não abrange a possibilidade de outros meios que possam estar disponíveis.

Na quarta seção, será desenvolvido o segundo estágio da ideia de independência, qual seja, dos direitos adquiridos. O objetivo é explicar como o direito inato deve ser estendido para tornar seu uso compatível com a liberdade de cada pessoa. Argumentarei que essa extensão possibilita que pessoas possam ter direitos a outras coisas além de seus próprios poderes corporais. Apresentarei, assim, uma visão geral dos direitos adquiridos

⁸ “Ripstein’s book represents an impressive, informative and highly insightful reading of Kant’s political philosophy” (FLIKSCHUH, 2010, p. 304).

que cobre as categorias tradicionais do direito privado como relações de propriedade, contrato e *status*. O foco nesta seção está na análise da estrutura da propriedade, ou seja, nas maneiras pelas quais o direito de propriedade de uma pessoa restringe a conduta de outras. Nela, será feita uma especificação dos possíveis tipos de interação consistentes com a liberdade. Também serão apresentadas quais teorias da propriedade são rejeitadas pela abordagem de Ripstein. Questões relacionadas à posse física, à aquisição de objetos externos e a como o direito de propriedade pode ser explicado sem tentar fundamentá-lo em uma teoria lockeana de aquisição também são objeto de esclarecimento. Por fim, serão introduzidos o problema da provisoriedade da propriedade e a questão da autoridade pública.

Na quinta seção, o estágio final do direito público será abordado. O objetivo aqui é explicar a necessidade de direito público para aquisição de propriedade. Serão explorados aspectos dos defeitos do estado da natureza e suas soluções. Explicarei a visão de Ripstein de que são fundamentais as condições legítimas para estabelecer o sistema de direito privado. A seção encarregar-se-á de apontar como a independência só pode ser plenamente realizada quando o direito inato é conjugado com o direito privado e com o direito público. Além disso, vou esclarecer de que forma o Estado entra na explicação de Ripstein como solução para os problemas da interação privada; contudo, só pode resolver esses problemas quando se ocupa de poderes e obrigações como tributação e redistribuição para impedir que direitos de propriedade gerem novas formas de dependência.

2.1 A abordagem ripsteiniana de Kant

A filosofia política liberal contemporânea se inspirou em Kant para produzir trabalhos sobre legitimidade política, poder do estado, punição e tributação. Entretanto, há uma corrente de pensamento que sustenta que essas teorias autointituladas kantianas, até mesmo a de Rawls (*A Theory of Justice*, 2005), divergem dos objetivos e métodos próprios de Kant⁹, como será investigado na sequência. No seu livro *Force and Freedom* (2009), “Arthur Ripstein defende uma perspectiva kantiana mais ortodoxa, apresentando-a como superior às visões dominantes (inspiradas em Kant)”¹⁰.

⁹ (RIPSTEIN, 2009; VALENTINI, 2012).

¹⁰ “Arthur Ripstein advocates a more orthodox Kantian outlook, presenting it as superior to dominant (Kant-inspired) views” (VALENTINI, 2012, p. 450).

Essa visão alternativa às abordagens tradicionais no pensamento jurídico e político contemporâneo tem como principal característica a tentativa de fundamentar toda a moralidade política exigível em um direito — o direito à liberdade, entendido como o direito de ser independente das escolhas dos outros¹¹. Ou seja, a obra busca reconstruir a filosofia jurídica e política de Kant como inteiramente e consistentemente fundamentada na ideia do direito inato das pessoas à liberdade como independência.

Neste sentido, a liberdade como independência forneceria uma resposta sistemática a todas as questões básicas da filosofia política: como e quando as desigualdades de riqueza e poder são consistentes com a igualdade inata; quais poderes das autoridades públicas são consistentes com a igual liberdade; e de que forma o poder estatal é legítimo¹². Desse modo, a ideia de independência influencia a maneira como o poder social é exercido, o que é permitido, proibido ou restringido, como fazer ofertas, redigir contratos, usar, possuir e destruir propriedade.

Na abordagem de Ripstein¹³, a resposta distintamente kantiana a esses questionamentos é que o exercício de poder social pode ser legitimamente proibido quando, e somente quando, restringe a liberdade das pessoas¹⁴. Ainda que não sejam fornecidas fórmulas detalhadas para a resolução de disputas privadas ou o conteúdo da legislação pública, o argumento de Ripstein mostra “como essas questões devem ser enquadradas, de acordo com o direito de cada pessoa de ser seu próprio mestre, e também, por que instituições públicas devem ser criadas para resolvê-las”¹⁵.

Nessa perspectiva, um contexto perfeitamente justo é aquele em que ninguém está subordinado à vontade dos outros e todos gozam de liberdade como independência. A preservação desse estado de coisas constitui a única base sobre a qual os direitos e as prerrogativas dos indivíduos são definidos e indica sob quais condições o uso do poder coercitivo é legítimo. A leitura de Ripstein chama atenção porque é o direito de cada pessoa à liberdade que baliza a atuação de uma autoridade ao fazer cumprir uma decisão. Não seriam, portanto, interesses ou valores conflitantes que guiariam tal julgamento. O foco na liberdade afasta as considerações normativas baseadas em valores como

¹¹ (VALENTINI, 2012; RONZONI, 2012).

¹² (RIPSTEIN, 2009; RONZONI, 2012).

¹³ Não pretendo produzir um trabalho de natureza exegética. Não faz parte do meu escopo analisar a precisão da interpretação ripsteiniana de Kant, ou se sua abordagem é consistente com os textos kantianos. Doravante, vou me referir à interpretação ripsteiniana de Kant, como abordagem própria de Ripstein, ou seja, a interpretação que o autor faz dos textos kantianos.

¹⁴ (SANGIOVANNI, 2012).

¹⁵ “How those issues must be framed, consistent with each person’s right to be his or her own master, and also why public institutions must be set up to resolve them” (RIPSTEIN, 2009, p. 11).

reciprocidade, igualdade ou felicidade, porque no núcleo da teoria está uma preocupação com a liberdade individual e a justificação da coerção¹⁶.

Diferentemente das teorias contemporâneas de matiz kantiana, nas quais a justiça deve se ocupar da distribuição justa de encargos e benefícios, *Force and Freedom* não é articulada com essa preocupação¹⁷. A crítica de Ripstein é direcionada não apenas às abordagens consequencialistas, mas também ao igualitarismo liberal contemporâneo que sustenta uma ideia de que a justiça é um valor ou objetivo, cuja realização justifica o poder coercitivo das instituições estatais¹⁸.

Em *A Theory of Justice* (2005), por exemplo, Rawls emprega conceitos de Kant para determinar quais termos de cooperação são aceitáveis para pessoas livres e iguais; ou seja, importa para a sua justiça social a distribuição justa dos ônus e benefícios da cooperação social. Nessa visão dominante, uma sociedade justa distribui de forma equânime tais benefícios e encargos, protegendo, assim, igualmente, os interesses de todos os seus cidadãos¹⁹. Entretanto, em *Force and Freedom*, Ripstein faz uma leitura kantiana indiferente a isso, porque o que importa “não é a combinação de encargos e benefícios que recaem sobre as pessoas, mas as relações particulares nas quais as pessoas se encontram umas em relação às outras”²⁰. A obra apresenta enfoque na condição em que cada um tem direito de ser seu próprio mestre, isto é, não estar subordinado à escolha de qualquer outra pessoa. O direito de ser seu próprio mestre implica cada um decidir os acordos nos quais quer participar e quais benefícios quer receber; dessa forma, a fundamentação da coerção estatal está apenas no direito à liberdade.

De maneira geral, a ideia de liberdade igualitária é considerada incapaz de balancear exercícios de liberdade que competem entre si, a menos que prestigie certos interesses subjacentes (outros que não a liberdade) para criar bases de referências normativas²¹. Em outras palavras, teorias da justiça baseadas na liberdade costumam ter outro fundamento que não a própria liberdade em si para justificar a sua validade jurídica e normativa. Contudo, a afirmação de que um conjunto de padrões de interesses outros que não a liberdade (como valores públicos, por exemplo) governa o uso da força estatal

¹⁶ (VALENTINI, 2012).

¹⁷ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁸ (RONZONI, 2012).

¹⁹ (VALENTINI, 2012).

²⁰ “Is not the combination of harms and benefits befalling people, but the particular relations in which people stand vis-à-vis one another” (VALENTINI, 2012, p. 451).

²¹ (RIPSTEIN, 2009).

e cria uma contradição na qual a justificativa da sanção parece ignorar ou desconsiderar o fundamento da norma anterior (que deveria se basear exclusivamente na liberdade)²².

Gerald Allan Cohen²³, por exemplo, afirmou que qualquer conjunto de regras que protegesse certas liberdades estaria fazendo-o às custas de outras liberdades; Ronald Dworkin²⁴ (1977), a seu turno, usou o exemplo de dirigir na contramão em uma via de mão única para ilustrar a dificuldade com explicações de justiça baseadas na liberdade; Charles Taylor²⁵ enfatizou as diferenças entre liberdade de religião e a liberdade de cruzar as interseções de forma livre. Tais críticos se diferenciam de muitas formas, mas são convergentes em relação à assunção de que em um mundo no qual as ações de uma pessoa afetam outras, a liberdade não é um princípio autolimitante; portanto, as teorias da justiça que aspirem guiar os sistemas normativos devem decidir *quais liberdades devem ser favorecidas, ou como sopesar a liberdade contra outros valores*²⁶.

Todas essas objeções comuns à ideia de liberdade igualitária concebem a liberdade como a capacidade de uma pessoa de *alcançar* seus próprios propósitos sem a intervenção de outras pessoas. Esse entendimento de liberdade é descrito por Isaiah Berlin (1969) como liberdade negativa²⁷, que caracteriza como violações à liberdade quaisquer ações ou regulações intencionais que previnem uma pessoa de alcançar seus propósitos. A profunda objeção que Ripstein apresenta refere-se a *como os diferentes exercícios de liberdade negativa interagem uns com os outros dependentes de propósitos particulares que as pessoas estejam buscando*. Segundo o autor,

Se nossos propósitos entram em conflito, nossa liberdade negativa também deve entrar em conflito. Qualquer propósito, seja meu propósito particular de atravessar seu quintal ou o propósito público do Estado de coordenar o fluxo de tráfego, pode entrar em conflito com a habilidade de uma pessoa de conseguir o que quer²⁸.

A liberdade igualitária, na visão de Ripstein, não trata da distribuição de porções iguais de algum benefício, como quer que seja sua métrica, mas da respectiva independência recíproca entre as pessoas. Esse sistema de liberdade igualitária é relacional. *Cada pessoa é livre para usar seus próprios poderes, de forma individual ou*

²² (RIPSTEIN, 2009).

²³ (COHEN, 1981).

²⁴ (DWORKIN, 1977).

²⁵ (TAYLOR, 1985).

²⁶ (RIPSTEIN, 2009).

²⁷ (BERLIN, 1969).

²⁸ “If our purposes come into conflict, so too must our negative freedom. Any purpose, whether my private purpose of crossing your yard or the state’s public purpose of coordinating traffic flow, can come into conflict with some person’s ability to get what he or she wants” (RIPSTEIN, 2009, p. 33).

cooperativa, para definir seus próprios propósitos, e ninguém tem a permissão de forçar outros a usar seus poderes de modo a beneficiar outrem em seus propósitos distintos.

Você é independente, se for você quem decide para quais fins você usará seus meios para perseguir, em vez de ter outra pessoa decidindo por você. No nível do direito inato, seu direito à liberdade protege seu propósito — *sua capacidade de escolher* os fins para os quais você usará seus meios para perseguir — contra as escolhas dos outros, mas não contra suas próprias escolhas ruins ou a inadequação de seus meios para suas aspirações. Você permanece independente, se ninguém mais puder lhe dizer quais propósitos perseguir com seus meios; *cada um de nós é independente se nenhum de nós consegue dizer ao outro quais propósitos perseguir*²⁹ (destaque nosso).

Neste sentido, em *Force and Freedom*, a independência é um aspecto distintivo de seu *status* como uma pessoa em relação a outras pessoas, sendo cada um possuidor da *capacidade* para definir sua própria vontade; e não como um instrumento para a busca da vontade de outros. Nessa perspectiva kantiana, a sua vontade sobre si mesmo(a) é soberana contra os outros não porque você pode decidir sobre as coisas que importam para você, mas porque *ninguém mais pode decidir para você quais propósitos você deve perseguir*. Logo, a concepção do direito à independência se separa completamente do que se refere na literatura instrumentalista como “teoria dos interesses ou teoria da vontade”³⁰.

Por trás da diferença entre as explicações teóricas dos instrumentalistas, existe uma concepção compartilhada de que a proteção oferecida pelo direito é um *instrumento institucional* que restringe a conduta de outras pessoas para proteger coisas que importam. Contudo, na construção expositiva traçada por Ripstein, o direito kantiano deve ser lido como uma restrição à conduta de outros *sob a lei universal*, ou seja, aquela consistente com todos tendo restrições equivalentes. O direito de cada pessoa ser independente das escolhas das outras restringe a conduta dos agentes em função dessa independência — e não em função de qualquer outro valor como desejo de sucesso, felicidade, dignidade ou autonomia. Nas palavras do autor:

Se os direitos são entendidos dessa maneira instrumental, eles são sempre pelo menos potencialmente condicionados à sua capacidade de assegurar os valores subjacentes que deveriam proteger. O direito kantiano à independência, ao contrário, é sempre um direito dentro de um sistema de *limites recíprocos à liberdade* e, portanto, só pode ser violado pela conduta de outros, e seu único

²⁹ “You are independent if you are the one who decides what ends you will use your means to pursue, as opposed to having someone else decide for you. At the level of innate right, your right to freedom protects your purposiveness—your capacity to choose the ends you will use your means to pursue—against the choices of others, but not against either your own poor choices or the inadequacy of your means to your aspirations. You remain independent if nobody else gets to tell you what purposes to pursue with your means; each of us is independent if neither of us gets to tell the other what purposes to pursue” (RIPSTEIN, 2009, p. 33-34).

³⁰ (RIPSTEIN, 2009, p. 34).

ponto é proibir essa conduta. A proteção da independência e a proibição da decisão de uma pessoa decidir que propósitos outra irá perseguir está em uma relação de equivalência, em vez de uma relação de meios para um fim. Como resultado, a restrição que um sistema de liberdade igual impõe à conduta é incondicional³¹ (destaque nosso).

Na visão instrumental tradicional, o direito é a base para buscar interesses, necessidades ou valores materialmente definidos. Em *Force and Freedom*, entretanto, a independência é, em si, o único fim. O que importa para um sistema de direitos é que nenhuma outra pessoa determine os propósitos de outra. Não há, assim, qualquer preocupação teleológica, porque não é uma questão alcançar ou mesmo perseguir algum estado final determinável³². A pretensão de Ripstein em *Force and Freedom* é tentar “desvendar as consequências de conceber as pessoas como agentes livres e independentes, que estabelecem e perseguem seus propósitos no espaço e no tempo, cada um não dominado por qualquer outro”³³.

A visão não instrumental de liberdade leva “à rejeição de todas as justificativas orientadas para objetivos do Estado”³⁴, pois este não deve ser concebido como facilitador da realização desses propósitos — fazer isso seria interpretar mal Kant. Claro que essa posição não instrumental não implica que instituições públicas devem realizar o objetivo da liberdade como independência para todos, mas sim que “o exercício consistente do direito à liberdade por uma pluralidade de pessoas não pode ser concebido à parte de um direito público”³⁵. Neste sentido, as normas e instituições fornecem a única maneira possível pela qual uma pluralidade de pessoas pode interagir em termos de igual liberdade. São estabelecidos os limites para os quais os cursos de ação são compatíveis com o exercício do direito à liberdade de todos os agentes morais; além disso, são uma condição capacitadora (favorável) para permitir o exercício conjunto e seguro de tal direito³⁶.

³¹ If rights are understood in this instrumental way, they are always at least potentially conditional on their ability to secure the underlying values that they are supposed to protect. The Kantian right to independence, by contrast, is always an entitlement within a system of reciprocal limits on freedom, and so can only be violated by the conduct of others, and its only point is to prohibit that conduct. The protection of independence and the prohibition of one person deciding what purposes another will pursue stand in a relation of equivalence, rather than one of means to an end. As a result, the constraint a system of equal freedom places on conduct is unconditional (RIPSTEIN, 2009, p. 34-35).

³² (EDMUNDSON, 2010).

³³ “Unpacking the consequences of conceiving persons as free and independent agents, who set and pursue their purposes in space and time, each undominated by any other” (EDMUNDSON, 2010, p. 871).

³⁴ “Freedom as independence leads to the rejection of all goal-oriented justifications of the state” (RONZONI, 2012, p. 470).

³⁵ “The consistent exercise of the right to freedom by a plurality of persons cannot be conceived apart from a public legal order” (RONZONI, 2012, p. 471).

³⁶ (RONZONI, 2012).

Force and Freedom busca fornecer a independência como justificção da ordem legal e política. A obra almeja moldar a natureza republicana, a divisão de poderes, estabelecer que tipo de redistribuição deve acontecer, além de indicar como a justiça civil e criminal deve ser administrada. Ao reconstruir, assim, o pensamento jurídico e político de Kant, Ripstein tenta de forma abrangente e relacional conceber uma “justiça inteira e internamente articulada em tais fundamentos”³⁷. Desde que tais relações sejam consistentes com cada um sendo seu próprio mestre, uma ordem coercitiva do Estado será, na visão do autor, justificada³⁸.

A consistência dessa articulação será testada ao longo deste trabalho. Por ora, esbocei a de Ripstein em *Force and Freedom* e como a obra direcionou críticas às abordagens consequencialistas e às vertentes liberais contemporâneas. Nesta seção, busquei explicar que a liberdade como independência é inteiramente articulada como fundamento para definição, especificação e condicionamento de direitos e prerrogativas dos indivíduos.

Aponte que o poder estatal coercitivo, no que se refere, por exemplo, à propriedade, à responsabilidade civil e aos contratos, funda-se apenas no direito à liberdade, isto é, a não estar subordinado à escolha de qualquer outra pessoa. Neste sentido, a coerção é legítima quando preserva a condição em que cada um é seu próprio mestre, quando ninguém mais pode decidir para você quais propósitos perseguir. Assim, a obra rejeita as justificativas do direito como instrumento institucional, pois a coerção não tem, por finalidade, qualquer valor ou interesse, outro que não a liberdade.

Estas são certamente as características iniciais de *Force and Freedom* quanto à liberdade como independência. Contudo, as concepções iniciais abstratas de todos os seus conceitos centrais adquirem gradualmente maior determinação à medida que o argumento avança. Assim, será necessária exposição completa, com a progressão dos argumentos, para lançar luz sobre esse ponto de partida. Neste sentido, as próximas seções tratarão dos estágios da ideia de independência. Mostrarei como Ripstein articula essas etapas na tentativa de fundamentar toda a moralidade política exigível no direito à liberdade. Além disso, apresento a tese ripsteiniana de que a propriedade é estruturada pelo requisito básico de um sistema de liberdade igual.

³⁷ “Ripstein’s reconstruction of Kant’s legal and political thought is the first comprehensive attempt to build an entire and internally articulated conception of justice on such grounds, and this is what makes it particularly impressive and challenging” (RONZONI, 2012, p. 471).

³⁸ (VALENTINI, 2012).

2.2 Os três estágios da ideia de liberdade como independência

A ideia de liberdade como independência é desenvolvida em três estágios na obra *Force and Freedom*. No primeiro estágio, chamado *direito inato da humanidade*, a relação de independência é articulada como uma restrição à interação entre as pessoas. Neste estágio, não se requer nenhum ato para estabelecê-la. Ou seja, “as pessoas têm direito à independência simplesmente porque são capazes de estabelecer seus próprios propósitos”³⁹. O direito inato de humanidade regula apenas o direito à sua própria *pessoa* e *reputação*, caminhando em duas direções: na primeira, cada pessoa gozará do direito à igualdade jurídica inatamente, sem necessidade de atos afirmativos para estabelecimento desse direito; na segunda direção, o direito inato pressupõe que cada um deve ser considerado inocente, a menos que tenha cometido ilícito. Isso significa que o indivíduo está, a princípio, irrepreensível e apenas os seus próprios atos podem ser imputados a ele⁴⁰.

Entretanto, essa forma de independência é incompleta, sendo necessário estender direitos a outras coisas, para além dos poderes corporais. Esse é o *segundo estágio* da ideia de independência, quando são abarcadas categorias tradicionais do direito privado como relações de propriedade, contrato e *status*. Como o direito inato regula apenas o direito de uma pessoa à sua própria pessoa e reputação, o direito privado é um postulado adicional, uma extensão consistente com, mas não contida no direito inato, e serve para regular os direitos para além desses. Na interpretação de Ripstein, a “liberdade requer que você seja capaz de ter coisas utilizáveis totalmente à sua disposição, para usar como achar melhor, e, assim, decidir quais propósitos perseguir com elas, sujeito apenas a tais restrições impostas pelo direito de outros”⁴¹.

Assim, a *propriedade* aparece como a espinha dorsal do sistema jurídico, pois fornece o tipo de interação que é consistente com a liberdade⁴². As pessoas livres podem interagir, enquanto proprietários, a partir dos próprios propósitos, sem estar sujeitas aos propósitos de ninguém. Neste sentido, a propriedade será violada se usada em nome de

³⁹ “People are entitled to independence simply because they are persons capable of setting their own purposes” (RIPSTEIN, 2009, p. 17).

⁴⁰ (RIPSTEIN, 2009).

⁴¹ “Freedom requires that you be able to have usable things fully at your disposal, to use as you see fit, and so to decide which purposes to pursue with them, subject only to such constraints imposed by the entitlement of others to use whatever usable things they have” (RIPSTEIN, 2009, p. 19).

⁴² (RIPSTEIN, 2009).

outro, impedindo você de usá-la em próprio nome. No mesmo sentido, haverá violação se a propriedade for danificada, pois impede-se a utilização da propriedade em próprio nome⁴³. Por isso, a teoria da propriedade defendida por Ripstein é uma relação entre pessoas, e não relação pessoa-coisa. Essa relação é possível, porque a propriedade pode ser adquirida “provisoriamente em estado de natureza”, sem instituições de direito público e sem fundamentá-la em uma teoria de aquisição original.

O segundo estágio fornece uma especificação completa de independência, porém, apenas no *terceiro estágio*, em uma condição de direito público, é que os indivíduos conseguirão usufruir dessa independência de forma consistente. Em uma condição de direito público, Executivo, Legislativo e Judiciário fornecem condições legítimas para estabelecer o sistema de direito privado. É no terceiro estágio de estado civil que a propriedade é adquirida conclusivamente⁴⁴. Desse modo, a propriedade é uma questão de direitos privados entre pessoas, mas, ao mesmo tempo, a aquisição só é possível com o pano de fundo de uma estrutura pública de autoridade. A autoridade do Estado é justificada pela capacidade de colocar os indivíduos em uma *condição legítima*, uma condição na qual se tem o conjunto de direitos exigíveis necessários para garantir a independência⁴⁵. Apresentadas as linhas gerais dos três estágios de independência, vou me concentrar, na próxima seção, no primeiro deles, a saber, o direito inato de humanidade.

2.3 Primeiro estágio: Direito inato de humanidade

Nesta seção, examinarei esta interpretação conciliativa proposta por Ripstein para trazer luz à relação entre o Princípio Universal do Direito e a ideia de liberdade igualitária. Buscarei explorar com profundidade os conceitos propostos pelo autor, para, posteriormente, iniciar a análise das proposições teóricas que o autor derivou para o campo do Direito Privado.

Em *Force and Freedom*, a liberdade igualitária está associada a um direito inato de humanidade em sua própria pessoa, ou seja, o *direito de ser seu próprio mestre*, ou, mais importante, *o direito de que nenhuma outra pessoa além de você mesmo(a) seja seu*

⁴³ (RIPSTEIN, 2009).

⁴⁴ (TADROS, 2011).

⁴⁵ (TADROS, 2011).

*mestre*⁴⁶. Essa ideia estaria de acordo com o Princípio Universal do Direito de Kant de que “uma ação é justa se pode coexistir com a liberdade de todos, conforme a lei universal, ou, se em sua máxima, a liberdade de escolha de cada um pode coexistir com a liberdade de todos conforme a lei universal”⁴⁷.

O direito que cada pessoa possui contra outra deriva desse enunciado. O direito de independência (não ser sujeito a outra pessoa) não limita apenas a ação de cada pessoa a si mesma, mas também limita as ações do Estado aos propósitos genuinamente públicos, bem como os meios que o Estado pode utilizar para alcançá-los. Neste sentido, “o poder do Estado não pode ser utilizado para sujeitar uma pessoa privada às escolhas de outra pessoa privada”⁴⁸.

Essa interpretação fornecida por Ripstein é sustentada pela ideia de que um direito é um *título de coerção*, ou seja, um princípio de contradição que permite que uma pessoa que tente impedir o livre exercício de liberdade de outrem possa, por sua vez, ser impedida por outras. Interessante notar que a dialética apresentada aparece como uma estratégia linguística que reverte a proposta afirmativa original para a “negação da negação de direitos”⁴⁹. Optando pela manutenção do sentido original, o Princípio Universal do Direito é explicado da seguinte forma: não é que *o sujeito seja livre conforme o princípio universal do direito*, mas que *o sujeito não pode ser impedido de ser livre conforme o princípio universal do direito*.

A soberania de si mesmo(a), considerada a qualidade de ser seu próprio mestre (*sui juris*), tem como ponto de partida o seu direito à sua própria pessoa — caracterizado como direito inato. Sendo inato, esse direito contrasta com quaisquer direitos posteriores adquiridos que uma pessoa possa ter, porque direitos inatos não requerem *nenhuma ação afirmativa* para estabelecê-los⁵⁰. E, como direito, é uma restrição na conduta de outras pessoas, mais do que uma forma de proteger algum aspecto pessoal não relacional. Trata-se, em outras palavras, de uma pré-condição que não depende de *atos antecedentes* por parte da pessoa. Na interpretação de Ripstein, existe apenas um direito inato: a liberdade⁵¹.

⁴⁶ (RIPSTEIN, 2009).

⁴⁷ “The universal principle of right states that “an action is right if it can coexist with everyone’s freedom in accordance with a universal law, or if on its maxim the freedom of choice of each can coexist with everyone’s freedom in accordance with universal law” (RIPSTEIN, 2009, p. 30).

⁴⁸ “State power may not be used to subject one private person to the choice of another” (RIPSTEIN, 2009, p. 31).

⁴⁹ (RIPSTEIN, 2009).

⁵⁰ (RIPSTEIN, 2009).

⁵¹ “Kant writes that there is “only one innate right” (RIPSTEIN, 2009, p. 35).

A *liberdade como direito inato* é a individualização do Princípio Universal do Direito, aplicada ao caso no qual apenas pessoas são levadas em consideração. De acordo com esse princípio, cada pessoa deve exercer sua escolha *de forma consistente com a liberdade de todas as outras pessoas*; o direito inato à liberdade é, então, a legitimidade que cada um possui para exercer sua liberdade, restringida apenas pelos direitos de todos os outros de fazerem o mesmo sob a lei universal⁵².

A interpretação *relacional* de independência em *Force and Freedom* contrasta com a concepção de autonomia. Autonomia remete a uma característica de um agente particular. Para Ripstein, a independência kantiana não é uma característica da pessoa individual considerada isoladamente, mas trata das relações *entre as pessoas*, isto é, em relação à escolha de outra pessoa. Diferentemente da autonomia, essa independência só pode ser comprometida pelos atos dos outros⁵³.

Esse aspecto relacional emerge da existência de uma *sociedade* — nenhuma questão de independência ou obrigação legítima surgiria se houvesse apenas uma pessoa no mundo — e da *capacidade* do ser humano livre de estabelecer seus próprios propósitos. Distintamente das coisas (objetos), o ser humano não pode ser utilizado na busca de quaisquer propósitos que outra pessoa possa vir a ter. O exemplo clássico da violação do direito inato trazido para ilustrar essa condição é o caso da pessoa sendo tratada como escrava, pois um escravo está inteiramente à disposição de seu senhor:

O problema do escravo é que ele está sujeito à escolha do mestre: o mestre decide o que fazer com o escravo e o que o escravo fará. O escravo não estabelece seus próprios fins, mas é apenas um meio para os fins estabelecidos por outra pessoa. Chamar isso de “o” problema não é excesso: se os outros problemas que um escravo tem — baixo bem-estar, opções limitadas etc. — fossem dirigidos por um mestre benevolente, a relação de escravidão seria menos ruim, mas não seria menos errada. O direito de ser seu próprio mestre não é o direito de fazer as coisas correrem bem para você, nem o direito de ter uma ampla gama de opções. Em vez disso, é explicitamente contrastante e interpessoal: ser seu próprio mestre é não ter outro mestre. *Não é uma afirmação sobre sua relação consigo mesmo, apenas sobre sua relação com os outros*⁵⁴ (destaque nosso).

⁵² (RIPSTEIN, 2009).

⁵³ (RIPSTEIN, 2009).

⁵⁴ “The slave’s problem is that he is subject to the master’s choice: the master gets to decide what to do with the slave and what the slave will do. The slave does not set his own ends, but is merely a means for ends set by someone else. To call it “the” problem is not too strong: if the other problems a slave has—low welfare, limited options, and so on—were addressed by a benevolent master, the relationship of slavery would perhaps be less bad, but it would not thereby be any less wrong. The right to be your own master is neither a right to have things go well for you nor a right to have a wide range of options. Instead, it is explicitly contrastive and interpersonal: to be your own master is to have no other master. It is not a claim about your relation to yourself, only about your relation to others” (RIPSTEIN, 2009, p. 36).

Portanto, o direito à liberdade igualitária é apenas o direito de que nenhuma pessoa seja dona de outra. A ideia de *ser o senhor de si* também equivale a uma ideia de igualdade, pois ninguém tem, simplesmente por direito de nascimento, nem o dever de comandá-los, nem o dever de obedecê-los. Logo, o direito à igualdade não traz consigo a exigência de que as pessoas sejam tratadas da mesma maneira em algum aspecto, como bem-estar ou recursos, mas apenas que nenhuma pessoa seja mestre de outra⁵⁵.

Esse direito de ser mestre de si mesmo(a) em um sistema de liberdade igualitária gera o que Kant chamou de *dever interno de honra justa*, que consiste na afirmação do próprio valor como ser humano em relação aos outros — um dever expresso pelo ditado “não faça de si mesmo um meio para os outros, mas ao mesmo tempo um fim para eles”⁵⁶. Esse dever interno pode ser explicado, em outras palavras, como uma obrigação que deriva do direito de humanidade em sua própria pessoa.

Apesar de ser um dever interno, o dever de honra justa é também *relacional*. Trata-se de um dever porque é um limite no exercício da liberdade de uma pessoa que é imposto pelo Princípio Universal do Direito⁵⁷. Portanto, na mesma medida em que os direitos de outras pessoas restringem sua liberdade, no mesmo sentido, você também não pode adquirir nada agindo de forma inconsistente com o direito inato de outra pessoa. Assim, a humanidade em sua própria pessoa restringe as maneiras pelas quais você pode exercer a sua liberdade⁵⁸.

Isso não quer dizer, todavia, que a honra justa vá prevenir o agente de alguma possibilidade jurídica indigna ou prejudicial. Não se comete ilícito contra si mesmo(a) se um agente se vincular voluntariamente em um acordo inconsistente com a humanidade em sua própria pessoa⁵⁹. Em vez disso, o dever de honra justa afirma que nenhum acordo pode ser vinculante se violar o direito inato, de modo que nenhuma pessoa tem o direito de forçar uma reivindicação de direito que pressupõe uma ação contra a honra justa.

No direito privado, sua honra justa o impede de entrar em um contrato de escravidão vinculante, mesmo que você acredite que o acordo seja vantajoso. No direito público, impede que funcionários façam acordos em seu nome que sejam inconsistentes com seu direito inato. A honra justa também fornece a ligação do direito privado ao direito público, impondo a cada um o dever de

⁵⁵ (RIPSTEIN, 2009, p. 37).

⁵⁶ “Do not make yourself into a mere means for others but be at the same time an end for them” (RIPSTEIN, 2009, p. 37). De acordo com Ripstein (2009), Kant introduziu a ideia de honra justa a partir da referência ao preceito “honeste vive”, do jurista romano Eneu Domício Ulpiano. Uma tradução mais literal seria “viver de forma honrável”.

⁵⁷ (RIPSTEIN, 2009).

⁵⁸ (RIPSTEIN, 2009; EDMUNDSON, 2010).

⁵⁹ (RIPSTEIN, 2009).

sair do estado de natureza, que Kant caracteriza como uma condição na qual todos estão sujeitos à escolha dos outros⁶⁰.

Outro aspecto importante é que, por um lado, a honra justa o impede de renunciar à sua capacidade de estabelecer seus próprios propósitos e, portanto, impede que acordos vinculativos inconsistentes com a humanidade em sua própria pessoa possam ser obrigatórios. Por outro lado, a honra justa não exige que você se comporte de forma altruísta, que opte por ajudar outra pessoa em função de seus interesses, ou até mesmo adote os objetivos de outra pessoa como seus. Tais hipóteses seriam meros exercícios da liberdade individual⁶¹.

Compreendida desta maneira interpessoal, a independência incondicional contrasta com visões contemporâneas proeminentes, segundo as quais obstáculos naturais e sociais representam impedimentos sérios à liberdade. Dito em outros termos, essa explicação sobre independência não busca isolar as pessoas dos efeitos das escolhas das outras pessoas para si mesmas, mas sim isolá-las da possibilidade de que outras pessoas escolham em nome delas — *sujeitando* alguém aos propósitos de outrem.

Eu permaneço independente se suas escolhas têm efeitos sobre mim, como quando você se recusa a cooperar comigo em algum projeto, ou você persegue seus próprios propósitos e, ao fazê-lo, torna as coisas que eu esperava usar indisponíveis. Qualquer ideia de independência de todos os efeitos das ações de outros viola a ideia básica de liberdade igual de Kant. Isolar uma pessoa de todos os efeitos das escolhas dos outros subordinaria todos os outros à escolha dessa pessoa⁶².

Esse contraste entre *sujeitar* alguém aos meus propósitos e apenas *afetar* o cenário de escolha, ou seja, a diferença entre independência da escolha dos outros e a independência dos efeitos das escolhas dos outros, fundamenta toda a concepção kantiana sobre a ocorrência de ilícitos. Ripstein traz exemplos de situações em que *não* há incidência de violações ao meu direito à liberdade: *a)* alguém oferecer um produto melhor ao consumidor, embora eu vá perder meus clientes; *b)* alguém danificar uma coisa que eu

⁶⁰ “In private right your rightful honor prevents you from entering into an enforceable contract of slavery, even if you were to believe the arrangement to be to your advantage. In public right, it prevents officials from making arrangements on your behalf that are inconsistent with your innate right. Rightful honor also provides the link from private right to public right by imposing a duty on each to leave the state of nature, which Kant characterizes as a condition in which everyone is subject to the choice of others” (RIPSTEIN, 2009, p. 38).

⁶¹ (RIPSTEIN, 2009; VALENTINI, 2012).

⁶² “I remain independent if your choices have effects on me, as when you decline to cooperate with me on some project, or you pursue purposes of your own, and in so doing render things I had hoped to use unavailable. Any such idea of independence from all effects of the actions of others violates Kant’s basic idea of equal freedom. To insulate one person from all effects of the choices of others would subordinate everyone else to that person’s choice” (RIPSTEIN, 2009, p. 39).

estou acostumado a usar, mas que não é minha; *c*) alguém violar um contrato com outra pessoa que não seja eu; e *d*) alguém destruir o cercado de sua propriedade de forma que a minha terra esteja exposta ao vento. Em cada um desses casos, cada pessoa continua independente, ou seja, ninguém as está impedindo de usar os próprios meios para buscar os próprios fins⁶³.

Neste sentido, na articulação de direito inato de humanidade, é fundamental diferenciar ações que *sujeitam* os propósitos de outros às nossas escolhas (e são, portanto, incompatíveis com o princípio do direito) e ações que meramente *afetam* o contexto no qual os outros perseguem seus propósitos (e são, portanto, presumivelmente compatíveis com o princípio do direito).

Uma vez compreendida a liberdade em termos da respectiva independência entre pessoas, aduz-se que a liberdade de uma pessoa não precisa entrar em conflito com a de outra; o importante é que cada pessoa seja livre para usar seus próprios meios e poderes para definir e perseguir seus próprios propósitos, de forma consistente com o direito de todas as outras pessoas fazerem o mesmo. Essa proteção provê um sistema de liberdade igualitária no qual ninguém usa seus meios para causar danos a outra pessoa ou aos seus respectivos recursos. Da mesma forma, exige que ninguém use da pessoa ou dos recursos de outrem sem sua respectiva permissão⁶⁴.

Este último argumento é exatamente a base de fundamento que Ripstein vai utilizar posteriormente para construir sua tese sobre ilícitos e responsabilidade civil, o que será tratado com maior profundidade mais adiante nesta pesquisa. O importante, neste momento, é compreender que essa explicação sobre a independência fornece também as bases teóricas para visualizar os ilícitos como violações do direito inato ou violações da liberdade. Da mesma forma, essa elucidação também cria bases teóricas para compreender os limites das *autorizações* inerentes ao direito inato à própria pessoa, especialmente no que tange à liberdade de expressão, à liberdade de uso dos próprios recursos (liberdade de escolha) e ao direito de ser irrepreensível. Um resumo esquemático das ideias apresentadas até aqui está contemplado na *Figura 01*.

⁶³ (RIPSTEIN, 2009, p. 39)

⁶⁴ (RIPSTEIN, 2009; VALENTINI, 2012).

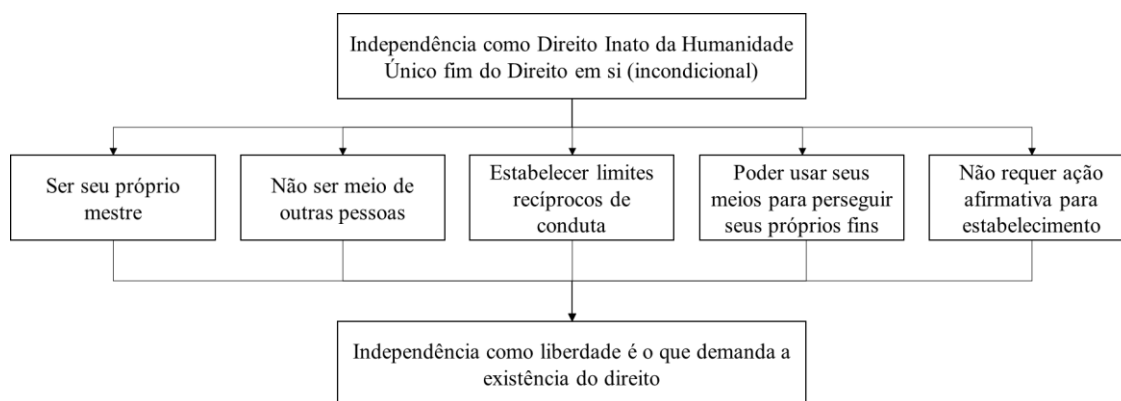


Figura 01: Representação de Conceitos sobre Direito Inato da Humanidade

Fonte: Da autora, 2023.

Feitos tais apontamentos, cabe agora explorar um pouco mais sobre cada uma dessas *autorizações*. No nível do direito inato, a *capacidade de escolha* se baseia na observação de que “se você optar por fazer algo, deve se preparar para fazê-lo, o que exige que você leve adiante o que está dentro de sua capacidade de fazer”⁶⁵. O seu direito à liberdade protege sua *capacidade de perseguir propósitos*⁶⁶ — ou seja, “sua capacidade de escolher os fins para os quais usará seus meios contra as escolhas dos outros, mas não contra suas próprias escolhas ruins ou a inadequação de seus meios para suas aspirações”⁶⁷.

Ripstein considera retrógrada a ideia de que uma pessoa simplesmente teria certos propósitos e só então seleciona meios para alcançá-los. Na visão do autor, mesmo que seus desejos fossem fixados pela sua biologia e educação, você só poderia fazer algo se se propusesse a fazê-lo, e você só poderia se dedicar a fazer o que acredita ter o poder de fazer⁶⁸. Neste sentido, você pode estar enganado(a) sobre o que seu corpo e seus recursos podem alcançar, mas sua *liberdade de escolher seus próprios propósitos* é apenas sua liberdade de decidir como usar os poderes e capacidades que possui. Logo,

Sem poderes, você pode desejar qualquer coisa — caminhar na lua e chegar em casa a tempo do jantar —, mas não é uma escolha que você possa fazer. Seus desejos podem se tornar realidade, mas você só faz as coisas exercendo seus poderes. Você não tem e não poderia ter o direito contra os outros à capacidade de perseguir propósitos. Em vez disso, seu direito é que você, em

⁶⁵ “If you choose to do something, you must set about doing it, which requires that you take it to be within your power to pursue” (RIPSTEIN, 2009, p. 40).

⁶⁶ No original, a expressão é “*capacity for purposiveness*”. Optou-se por traduzi-la doravante como “capacidade de perseguir propósitos”, no sentido de capacidade do indivíduo de escolher os fins para os quais usará os próprios meios.

⁶⁷ “Your capacity to choose the ends you will use your means to pursue, against the choices of others, but not against either your own poor choices or the inadequacy of your means to your aspirations” (RIPSTEIN, 2009, p. 34).

⁶⁸ (RIPSTEIN, 2009).

vez de qualquer outra pessoa, seja aquele que determina quais propósitos você buscará⁶⁹.

Para perseguir seus propósitos nesse sistema de igual independência, você deve ter direito à sua pessoa. Esse direito é determinado, primeiramente, pelo *direito ao seu corpo*. Seu corpo é a somatória de suas capacidades para definir e buscar seus próprios propósitos. Seu direito a seu corpo impõe que nenhuma outra pessoa seja capaz de definir o que você deve fazer com ele. É no seu corpo que acontecem as manifestações materiais da vida, é por meio do seu corpo que você se envolve em transações, e todas as manifestações de vontade e ações se dão por meio do uso do corpo⁷⁰. Ademais, todas as vezes que alguma pessoa fez algo, ou algum fato aconteceu com você, isso o(a) afetou em seu corpo. Atuar contra o corpo é atuar diretamente, portanto, contra a sua pessoa, interferindo nas suas habilidades corporais e na sua capacidade de estabelecer e perseguir seus propósitos, interferindo nos meios que você tem para defini-los⁷¹.

Por isso, qualquer atividade cooperativa deve ser voluntária. O requisito da inviolabilidade corporal impede qualquer pessoa de usar os poderes e capacidades corporais de outrem sem a sua devida permissão. Da mesma forma, outras pessoas não são obrigadas a usar seus próprios poderes e capacidades corporais para atender aos propósitos corporais dos outros, seja para atendê-las em seus desejos, seja para protegê-las das várias possibilidades existentes no mundo empírico. As pessoas só são obrigadas a usar seus corpos de maneira que não danifiquem ou destruam o que já é dos outros⁷².

Qualquer violação ao seu direito inato constitui ilícito. Ilícito, neste caso, assume a forma de dominação. Nessa construção teórica, ilícitos contra a sua pessoa não são resultados das ações das outras pessoas que o desfavorecem⁷³. Em outras palavras, “não é que alguém faça algo que faça com que algo ruim aconteça com você; é que *alguém faz algo a você*”⁷⁴. Neste sentido, a maioria dos ilícitos são exemplos de interferências na

⁶⁹ “Without the powers, you can wish for anything—to walk on the moon and be home in time for dinner—but it is not a choice you can make. Your wishes may all come true, but you only do things by exercising your powers. You do not, and could not, have a right against others to purposiveness as such. Instead your right is that you, rather than any other person, be the one who determines which purposes you will pursue” (RIPSTEIN, 2009, p. 40).

⁷⁰ (RIPSTEIN, 2009).

⁷¹ (RIPSTEIN, 2009).

⁷² (RIPSTEIN, 2009).

⁷³ Aqui, há uma clara oposição ao “princípio do dano” proposto por Mill, o qual “se concentra exclusivamente nos resultados que podem ser caracterizados sem referência aos atos que os produzem” (RIPSTEIN, 2009, p. 42).

⁷⁴ “It is not that somebody does something that causes something bad to happen to you; it is that somebody does something to you” (RIPSTEIN, 2009, p. 42).

liberdade de outra pessoa, prejudicando o exercício de seus poderes ou na capacidade de exercê-los.

Os poderes de uma pessoa podem sofrer interferência de duas maneiras básicas: usurpando-os (ilícito de uso), ou destruindo-os (ilícito de dano)⁷⁵. Um poder é usurpado se alguém o exerce para seus próprios propósitos à revelia daquele que os possui, ou se alguém é forçado a exercê-lo para os propósitos de outrem, como no caso de uma fraude ou uso indevido da força. Independentemente do nível da ameaça ou do montante do prejuízo, houve violação consumada, pela pura interferência no direito inato da pessoa.

Eu usei você e, ao fazê-lo, tornei sua escolha sujeita à minha e privei você da capacidade de decidir o que fazer. [...] Suponha que você se oponha à fluoretação dos dentes por motivos que acredita serem relacionados à saúde. Você está enganado sobre isso, mas se comprometeu a fazer campanha contra a fluoretação. Como seu dentista, aproveite a oportunidade criada pelo preenchimento de uma de suas (muitas) cavidades para fluoretar subrepticiamente seus dentes, satisfeito por ter avançado a causa da saúde bucal e tendo prazer em fazê-lo em você, o oponente vocal de fluoretação. Neste exemplo, eu não causo dano a você, e há até um sentido em que eu trouxe benefício a você. Eu ainda cometi um ilícito contra você porque eu o atraí para um propósito que você não escolheu⁷⁶.

Neste último exemplo, fica claro que a pessoa precisa mais do que a capacidade de perseguir os propósitos que estabeleceu para si, mas também precisa ser capaz de se recusar a perseguir propósitos a menos que a própria pessoa os tenha estabelecido para si. Usurpar o poder significa negar ao sujeito o seu poder de veto, interferindo diretamente na capacidade de perseguir propósitos da pessoa, impondo a ela um exercício despótico da vontade alheia.

Da mesma forma, o dano físico causado a um corpo, como no caso de ferimentos, ou até mesmo no caso da morte (que encerra a capacidade de perseguir propósitos), intervém na capacidade de estabelecer os fins de que cada um é capaz. O ilícito, neste caso, não consiste no fato de que você não possui mais esses poderes, mas na agência de uma pessoa que domina a outra ao privá-la de suas capacidades⁷⁷. Neste sentido, não apenas outra pessoa pode estar definindo quais fins você deve buscar, mas *quais fins você*

⁷⁵ (RIPSTEIN, 2009).

⁷⁶ “I have used you, and in so doing made your choice subject to mine, and deprived you of the ability to decide what to do [...] Suppose that you are opposed to the fluoridation of teeth on what you believe to be health-related grounds. You are mistaken about this, but committed to campaigning against fluoridation. As your dentist, I use the opportunity created by filling one of your (many) cavities to surreptitiously fluoridate your teeth, pleased to have advanced the cause of dental health, and privately taking delight in doing so on you, the vocal opponent of fluoridation. In this example, I don’t harm you, and there is even a sense in which I benefit you. I still wrong you because I draw you into a purpose that you did not choose” (RIPSTEIN, 2009, p. 44).

⁷⁷ (RIPSTEIN, 2009, p. 46).

será capaz de buscar, a partir do momento que eu usurpo e defino qual o limite de suas capacidades.

Os ilícitos de uso e de dano esgotam o espaço de possíveis violações da independência. Muitos ilícitos contra pessoas *combinam uso e dano*, como, por exemplo, no caso em que uma pessoa toca a outra sem seu consentimento e, durante o processo, causa-lhe um ferimento. Não apenas eu usei seu corpo para um propósito que você não definiu ao tocá-lo, como também restringi as possibilidades de você usar seu próprio corpo para perseguir seus próprios fins⁷⁸. Há, assim, uma dupla violação da independência. Seu corpo foi usado para propósitos que você não definiu, de modo que a transgressão contra a sua pessoa é primária, e qualquer dano consequente será secundário a ela.

É por isso que uma carícia ou beijo não autorizado pode ser uma grave violação, mesmo que a vítima esteja dormindo ou anestesiada. Outras pessoas podem fazer várias coisas que o incomodam de várias maneiras. Você pode ser mais feliz, se outras pessoas se vestirem de maneiras que você considera de bom gosto ou modestas, ou se absterem de demonstrações públicas de afeto. Por mais perturbadora que você possa achar subjetivamente tal conduta, seu direito à sua própria pessoa não lhe dá o direito de constrangê-la, porque isso não o impede de usar seu corpo como achar melhor⁷⁹.

Há ressalvas, contudo, quando se trata de violação de independência. A lesão autoinfligida, por exemplo, não envolve violação, pois não é algo que uma pessoa tenha feito com a outra. Da mesma forma, danos corporais que resultam de compromissos consensuais também não envolvem ilícitos⁸⁰. Isso acontece porque, se o consentimento for genuíno, a pessoa ferida como o resultado de um perigo assumido voluntariamente não submeteu a sua vontade ao crivo de outrem, mas simplesmente exerceu sua própria liberdade. Portanto, o direito de se envolver em atos ou compromissos consensuais não é, estritamente falando, parte do direito inato como tal, mas, sim, direitos adquiridos, que exigem atos afirmativos para estabelecê-los⁸¹.

A própria cooperação consensual, neste sentido, é uma manifestação da liberdade, ou um ato de engajamento mútuo em que duas liberdades convergem. A cooperação

⁷⁸ (RIPSTEIN, 2009).

⁷⁹ “That is why an unauthorized caress or kiss can be a serious wrong, even if the victim is asleep or anesthetized. Other people might do various things that annoy you in various ways. You might be happier if other people dressed in ways that you found tasteful or modest, or refrained from public displays of affection. However troubling you might subjectively find such conduct, your right to your own person does not entitle you to constrain it, because it does not stop you from using your body as you see fit” (RIPSTEIN, 2009, p. 46).

⁸⁰ (RIPSTEIN, 2009).

⁸¹ (RIPSTEIN, 2009).

legítima é um ato voluntário de ambos os lados e pressupõe a mútua decisão voluntária sobre como os poderes e as capacidades de uma pessoa devem ser utilizados. O argumento, enfim, é que “cada um de nós é soberano sobre nossos poderes, e o poder de decidir com quem cooperar é uma expressão básica dessa soberania”⁸².

Por outro lado, na leitura ripsteiniana, de maneira alguma uma pessoa pode forçar a outra a fornecer condições ou contextos adequados para que esta exerça seus poderes, potencializados pela ação de outrem. Conforme explicado, o direito inato não o protege dos *efeitos* das ações das pessoas, mas fornece garantias de ser seu próprio mestre. Logo, recusar-se a oferecer condições para que outra pessoa exerça sua liberdade também pode ser entendido como um mero exercício da sua própria liberdade. No mesmo sentido, uma pessoa não pode exigir determinadas condutas de outras em função do mero fato de que estas condutas o desfavorecem; há, aqui, uma proibição de submissão do outro à sua vontade⁸³.

Da mesma forma, se você me derrotar em uma competição justa, você não me priva de qualquer um dos meus poderes. Eu simplesmente falhei em algo que estava tentando fazer. Esse fracasso pode me decepcionar, mas não me priva dos meios que já tinha, apenas me impede de adquirir outros. Minha derrota pode *mudar o contexto* em que eu uso esses poderes no futuro: se você ganhar o campeonato, outros não podem mais me contratar para endossar seus produtos. Contudo eu não tinha direito contra você a um contexto favorável, ou a fazer com que essas outras pessoas entrassem em acordos de cooperação comigo⁸⁴ (destaque nosso).

A construção em *Force and Freedom* indica que essa regra geral referente ao direito inato se aplica mesmo em casos nos quais o dano ou uso indevido são involuntários, como no caso da pessoa que inadvertidamente esbarra em outrem e acaba ferindo-o(a); tais condutas são censuráveis, dado o fato de que o corpo de uma pessoa foi submetido à escolha de outrem, como um meio para sujeitá-lo à sua conduta. Essa conduta seria inconsistente com a liberdade sob a Lei Universal, visto que uma pessoa estaria restringindo a capacidade de outrem para definir e perseguir seus próprios propósitos⁸⁵.

⁸² “Each of us is sovereign over our powers, and the power to decide who to cooperate with is a basic expression of that sovereignty” (RIPSTEIN, 2009, p. 47).

⁸³ (RIPSTEIN, 2009; TADROS, 2011).

⁸⁴ “In the same way, if you defeat me in a fair contest, you do not deprive me of any of my powers. I merely failed at something that I was trying to do. That failure may disappoint me, but it doesn’t deprive me of means that I already had, it only prevents me from acquiring further ones. My defeat may change the context in which I use those powers in the future: if you win the championship, others may no longer hire me to endorse their products. But I had no entitlement against you to a favorable context or to have those other people enter into cooperative arrangements with me” (RIPSTEIN, 2009, p. 48-49).

⁸⁵ (RIPSTEIN, 2009).

O direito inato à sua própria pessoa também não inclui apenas a integridade corpórea, mas também subjetiva. Neste sentido, o direito de independência confere a cada pessoa o direito de dizer às outras pessoas o que se pensa ou planeja fazer, sem ser responsabilizado por dizê-lo; o direito de ser *irrepreensível* em sua liberdade é o direito de ter apenas os seus próprios atos imputados à sua pessoa. Daí, derivam tanto os direitos relacionados à liberdade de expressão quanto os direitos de proteger sua própria reputação quanto a difamações⁸⁶.

Controversamente, na interpretação de Ripstein, o direito de liberdade de expressão se estende até mesmo a falsidades deliberadas, visto que, em tese, seria da responsabilidade de cada um decidir se acreditam ou não no que lhes é dito. No entanto, é censurável se tal inverdade privar o outro de algum direito adquirido, como dano à reputação, ou como no caso de alguém que grita que há uma bomba no recinto e sabe que aquilo gerará uma situação de violência entre as pessoas tentando sair do local. Em cada uma dessas situações, há uma ação deliberada para prejudicar o outro, não apenas mudar o contexto no qual todos se inserem⁸⁷. Por isso, há violação do direito inato.

Ser irrepreensível em sua liberdade, a seu turno, quer dizer que nenhuma pessoa pode colocar outra sob uma obrigação ou restrição simplesmente alegando que esta cometeu um dano; se assim o fosse, qualquer pessoa poderia ter colocado sobre si o ônus da prova de sua própria inocência, o que seria uma forma de *forçar* a pessoa a usar seus meios de formas que ela não escolheu, submetendo-a, assim, à vontade de outrem. Portanto, “ser irrepreensível é apenas o direito de que você nunca precisa limpar seu próprio nome; você tem direito ao seu próprio bom nome simplesmente em virtude de seu direito inato de humanidade”⁸⁸.

O direito de coerção (ou autorização para coagir) não serve para outro propósito que seja rechaçar a violação do direito inato e restituir as pessoas à sua condição de direito anterior — também de forma consistente com o direito de todos a fazer o mesmo. Neste sentido, na interpretação de Ripstein, Kant se afasta da tradição anglófona de que sanções devam ser aplicadas a um subconjunto adequado das coisas que as pessoas não devem fazer, considerando a gravidade dos atos e os custos e benefícios de usar ameaças para

⁸⁶ (RIPSTEIN, 2009, p. 51).

⁸⁷ (RIPSTEIN, 2009).

⁸⁸ “Your right to be “beyond reproach” just is the right that you never have to clear your own name; you are entitled to your own good name simply by virtue of your innate right of humanity” (RIPSTEIN, 2009, p. 52).

desencorajá-los⁸⁹. Não se trata, aqui, de modelar o comportamento humano por meio da criação e execução de ameaças, pois a sanção ocupa um lugar secundário na filosofia política construída em *Force and Freedom*.

Neste sentido, como trabalharei com mais detalhes adiante nesta tese, a coerção *não é concebida em termos de ameaças*, mas sim como uma restrição à limitação de liberdade. O uso da força é legítimo quando se direciona a restituir um direito antecedente violado — o direito da vítima de exercer sua própria liberdade. Nas palavras do autor, “o uso da força é uma instância do direito da vítima à independência e, portanto, uma aplicação consistente de um sistema de liberdade igual”⁹⁰. Trata-se, portanto, do uso da força para impedir obstáculos à liberdade.

No nível do direito inato, o direito de impedir os obstáculos à sua liberdade é sempre defensivo. Também pode operar prospectivamente; a expectativa de que os outros se defenderão pode levar alguém que considera a agressão a abster-se. O princípio do direito não precisa ser o incentivo à conduta; um ato é correto se consistente com a independência dos outros, independentemente das razões da pessoa para agir⁹¹.

Em conclusão, o direito inato de humanidade é a base que fundamentará todos os direitos posteriores que uma pessoa deve ter, porque é um direito que pressupõe autodomínio. Logo, é também um direito que limita as formas pelas quais a força pode ser usada. A necessidade de conformidade com o direito inato de todos é uma exigência para cada um em nível individual. O direito de coagir é simplesmente, neste sentido, o direito de que todos exerçam sua liberdade de forma consistente entre si.

Essa é a base para a explicação do que seria a liberdade igualitária, que fornece fundamentos tanto para o direito privado quanto para o direito público. Contudo, é no segundo estágio do argumento, no direito privado, que o direito inato da humanidade estrutura todos os demais direitos que cada pessoa pode adquirir e as restrições à capacidade de aquisição de novos. Sobre esses direitos e suas implicações, tecerei maiores considerações na próxima seção.

⁸⁹ (RIPSTEIN, 2009, p. 53).

⁹⁰ (RIPSTEIN, 2009, p. 55).

⁹¹ “At the level of innate right, the entitlement to hinder hindrances of your freedom is always defensive. It may also operate prospectively; the expectation that others will defend themselves might lead someone considering aggression to refrain. The principle of right does not need to be the incentive to conduct; an act is right if consistent with the independence of others, regardless of the person’s reasons for acting” (RIPSTEIN, 2009, p. 56).

2.4 Segundo estágio: Direito adquirido

No primeiro estágio da ideia de liberdade como independência traçado em *Force and Freedom*, ficou claro que o Princípio Universal do Direito é silente quanto aos direitos a objetos externos. Isso significa que, a princípio, não há direito a outras coisas, além da sua própria pessoa, para estabelecer e perseguir seus propósitos. No primeiro estágio, o direito inato de humanidade é um direito ao seu próprio corpo e à reputação; e não depende de quaisquer outros direitos ou atos adicionais⁹². No segundo estágio, os *direitos adquiridos* estendem o Princípio Universal do Direito à possibilidade de haver meios pelos quais uma pessoa pode estabelecer e perseguir propósitos através de coisas — além de seu próprio corpo.

Nas palavras de Ripstein, “a base normativa dos direitos adquiridos depende do seu direito à sua própria pessoa, mas os direitos aos objetos externos de escolha não são redutíveis ao seu direito à sua própria pessoa”⁹³. Assim, nesse segundo estágio, os direitos adquiridos estendem a liberdade do Princípio Universal de Direito por meio de relações legítimas criadas através de atos afirmativos. Esse estágio é caracterizado como um *postulado*, “porque especifica o que deve ser pressuposto para que os conceitos morais sejam aplicados a uma nova classe de objetos no espaço e no tempo”⁹⁴.

Esse argumento normativo busca ilustrar que os direitos adquiridos são a única extensão possível do Princípio Universal do Direito à situação em que existem coisas externas que podem ser usadas por pessoas livres para estabelecer e perseguir fins⁹⁵. Os objetos externos de escolha podem pertencer a diversas pessoas, diferentemente de seu próprio corpo. Por exemplo, José poderia ser dono de uma casa, mas Antônio é o dono dela, porque comprou essa propriedade. Se, ao contrário, José a tivesse adquirido, teria propriedade sobre o imóvel. E o mesmo pode ser dito em relação a terceiros. O objetivo dessa caracterização é mostrar que, para saber *quem tem direito, é indispensável fazer referência ao ato afirmativo necessário para adquirir tal direito*.

Por isso, o postulado do direito adquirido diverge do direito inato da humanidade em sua própria pessoa. Na primeira etapa do argumento, a pergunta sobre *ser meu ou seu*

⁹² (RIPSTEIN, 2009).

⁹³ “The normative basis of acquired rights depends on your right to your own person, but rights to external objects of choice are not reducible to your right to your own person” (RIPSTEIN, 2009, p. 57).

⁹⁴ “Because it specifies what must be presupposed if moral concepts are to be applied to a new class of objects in space and time” (RIPSTEIN, 2009, p. 58).

⁹⁵ (RIPSTEIN, 2009).

não se aplica, porque a decisão do que fazer com seu corpo não pertence a ninguém além de você. O direito à própria pessoa é inato e não requer um ato adicional. Já no segundo estágio do argumento, qualquer indivíduo pode estabelecer legitimamente tais direitos adquiridos por meio do ato requerido⁹⁶.

Em *Force and Freedom*, existem três tipos de direito a serem adquiridos: a propriedade, o contrato e o *status*. O exercício dos direitos sobre essas três categorias é consistente com a liberdade dos outros, porque nunca priva, e não privou, outra pessoa de algo que ela já possui. Portanto, “qualquer coisa menos do que direitos totalmente privados de propriedade, contrato e *status* criaria uma restrição à liberdade que era ilegítima porque está baseada em algo diferente da liberdade”⁹⁷. Dito em outras palavras, a aquisição não priva de algo que a pessoa já possui. Ninguém é prejudicado por existirem objetos sujeitos à escolha de cada um. Por isso, a aquisição de objetos externos é incorporada a um sistema de liberdade igual, porque o propósito de cada pessoa é restrito apenas pelos propósitos dos outros.

Interessante notar que, na construção do argumento, não há qualquer premissa sobre a *necessidade* desses objetos externos, ou mesmo sobre o *benefício* desses objetos para realização dos propósitos de cada pessoa. Na concepção de Ripstein, não há preocupações com essas questões, nem mesmo em relação à “quanta propriedade as pessoas deveriam ter, ou como ela deveria ser distribuída, mas apenas se é consistente com os propósitos dos outros que uma pessoa tenha um objeto sujeito à sua escolha”⁹⁸. Assim, ter o direito de usar os meios para definir e perseguir quaisquer propósitos que julgar adequados, restrito apenas pelo direito de outros a fazerem o mesmo com seus meios, é que dá consistência formal à argumentação.

Os direitos adquiridos podem ser de três tipos, isto é, existem três maneiras pelas quais algo pode ser meu ou seu: você pode ter direito a um objeto (*propriedade*), ter direito à realização de um ato específico por outra pessoa (*contrato consensual*), ou ter o direito a uma pessoa, semelhante a um direito a uma coisa (*status*).

No que se refere ao contrato, as partes modificam seus direitos, não exatamente pela aquisição de uma coisa externa, mas adquire-se a ação de outra pessoa. Por meio do

⁹⁶ (RIPSTEIN, 2009).

⁹⁷ “So anything less than fully private rights of property, contract, and *status* would create a restriction on freedom that was illegitimate because based on something other than freedom” (RIPSTEIN, 2009, p. 62).

⁹⁸ “How much property people should have, or how it should be distributed, but only whether it is consistent with the purposiveness of others for one person to have an object subject to his or her choice” (RIPSTEIN, 2009, p. 63).

acordo de vontades, uma pessoa transfere o direito de esperar algum ato da contraparte, ou seja, algum resultado ali especificado. O ilícito aconteceria quando há falha em prover a realização desse ato⁹⁹. A coerção, neste sentido, estaria presente, porque fora adquirido um direito entre aqueles contratantes. Apesar do direito limitado ao uso dos poderes do outro para meus propósitos, não há no contrato qualquer propriedade sobre o outro. Além disso, nessa categoria, terceiros não têm quaisquer direitos ou obrigações.

No que se refere aos *status*, estão inclusos nessa categoria os relacionamentos em que as pessoas interagem de forma não consensual, diferentemente dos contratos. Assim, trata-se dos casos em que uma das partes não está em condição de consentir com a existência da relação, tampouco com a modificação dos seus termos¹⁰⁰. Citam-se, por exemplo, as crianças. Elas existem em razão de iniciativa alheia e não podem sair do relacionamento com os pais. Neste sentido, “os pais não podem usar seus filhos em busca de seus próprios fins. Em vez disso, eles estão sujeitos ao dever de agir em benefício dessas crianças, em que o benefício é entendido em termos de permitir que as crianças se tornem seres com propósito”¹⁰¹. Nessa categoria, há posse de uma pessoa equivalente a uma coisa, mas não há o direito de usá-la para meus propósitos. O ilícito presente no *status* é, portanto, usar outra pessoa para avançar objetivos diversos ao dela. Ao fazer isso, priva-se o outro da liberdade de definir seus próprios fins, dado o consentimento inexistente ou impossível.

Dos três tipos de direitos adquiridos, o mais importante para este trabalho é a propriedade. A estrutura de um direito de propriedade possibilita que haja direitos sobre outras coisas além da própria pessoa¹⁰². Dito de outra forma, existem duas maneiras pelas quais um indivíduo pode perseguir seus propósitos. A primeira forma, como exposto, é que cada pessoa pode fazer uso dos seus direitos pessoais para alcançar algum fim. Esses direitos inatos não dependem de nenhum ato afirmativo. A segunda forma é ter poderes e meios externos à disposição para realizar seus propósitos. Na abordagem de Ripstein, a propriedade a essa coisa externa se apresenta como um meio à disposição para perseguir os próprios fins.

⁹⁹ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁰⁰ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁰¹ “Parents may not use their children in pursuit of their own ends. Instead, they are subject to a duty to act for the benefit of those children, where the benefit is understood in terms of enabling the children to become purposive beings” (RIPSTEIN, 2009, p. 71).

¹⁰² (RIPSTEIN, 2009).

Essa concepção de propriedade, bem como todo o restante da teoria, oferece uma explicação metafísica, e não tem por objetivo explicar nenhuma questão de alguma sociedade em específico¹⁰³. “A estrutura básica da propriedade é um reflexo da conexão entre ter meios e estabelecer fins”¹⁰⁴. Por ser metafísica, essa explicação de propriedade não faz referência à necessidade, à escassez ou à distribuição, porque a compreensão ripsteiniana concebe a *interferência na propriedade* como *interferência na liberdade*¹⁰⁵. Neste sentido, a razão para proteção da propriedade reside na proteção da independência.

Na visão de Ripstein, assim como a *pessoa* é protegida para que estabeleça e busque seus fins, a *propriedade* também o é¹⁰⁶. A despeito do paralelismo, “não possuo propriedade em minha própria pessoa; eu sou apenas minha própria pessoa”¹⁰⁷. Desse modo, a própria pessoa não é submetida à estrutura de “meu ou seu”, contudo, nessa concepção, há direito de propriedade à própria pessoa, assim como há direito a objetos externos.

Os direitos de propriedade a objetos externos são extensivos à posse e ao uso. Haverá ilícito, então, quando há uso e dano indevidos à propriedade. Esse ilícito civil é peculiar, porque, quando uma propriedade é danificada, não apenas *interesses* são afetados, mas a própria *liberdade* é limitada. Nas palavras de Ripstein:

Você limita ilicitamente minha liberdade externa porque limita os meios que tenho para definir e perseguir meus próprios fins. Você, assim, viola meu direito de usar meus meios como eu achar melhor. Se você invadir minha propriedade — usá-la sem minha permissão —, você limita minha capacidade de definir os fins para os quais ela será usada. Com isso, você viola meu direito à posse, isto é, ter a coisa sujeita à minha escolha exclusiva, porque os direitos à pessoa e à propriedade protegem de outros com quem eles interagem de forma independente¹⁰⁸.

Se no contrato e no *status* há obrigações afirmativas, no caso da propriedade há obrigações negativas, uma vez que não há permissão na lei para que se danifique, fira ou invada nem a pessoa, nem os seus bens. Apesar dessa divergência, tanto os ilícitos contra

¹⁰³ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁰⁴ “The basic structure of property is a reflection of the connection between having means and setting ends” (RIPSTEIN, 2009, p. 67).

¹⁰⁵ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁰⁶ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁰⁷ “I do not have property in my own person; I just am my own person” (RIPSTEIN, 2009, p. 68).

¹⁰⁸ “You wrongfully limit my external freedom because you limit the means I have with which to set and pursue my own ends. You thereby violate my entitlement to use my means as I see fit. If you trespass on my property—use it without my permission— you limit my ability to set the ends for which it will be used. You thereby violate my entitlement to possession, that is, to have the thing subject to my exclusive choice. Because rights to person and property protect persons from others with whom they interact independently” (RIPSTEIN, 2009, p. 68-69).

propriedade quanto os ilícitos envolvendo *status* e contrato afetam a liberdade externa, porque atingem a própria capacidade de estabelecer e perseguir propósitos. Diante da interferência nessa capacidade de buscar determinados fins, haverá violação a um direito de propriedade quando há uso ou destruição dos *meios que uma pessoa já possui*.

É importante ressaltar que essa violação não corresponde à interferência na realização bem-sucedida do fim, isto é, a ofensa ao direito não decorre do fato de que outras pessoas não me beneficiaram, ou não criaram um cenário adequado para que eu persiga meus objetivos. Ripstein deixa clara essa característica com o seguinte exemplo: se eu planto girassóis no meu quintal, e você faz uma construção no seu, privando-me de luz, você me prejudica, mas não me causa ilícito, porque tudo o que você fez foi deixar de usar sua terra de uma forma que me forneça algo¹⁰⁹. Portanto, o êxito do meu fim é incidental.

Na interpretação ripsteiniana, a decisão de ocupar — ou não — qualquer espaço na terra não envolve questões de direito de outras pessoas. Assim, cada um usará sua propriedade, conforme o próprio fim. Se esse exercício impede outras pessoas de alcançar seus propósitos, sem acordo prévio, não há obrigação de que haja atitudes de adaptação ou preservação desses propósitos particulares¹¹⁰. Há, sim, o direito de que a propriedade não seja danificada, destruída ou que seja usada de maneira inconsistente com a Lei Universal; neste sentido, direito a uma coisa somente limita as maneiras pelas quais os outros podem interferir no que você possui.

As três categorias de direitos adquiridos, suas principais características e condições de ilicitude podem ser sumarizadas da seguinte maneira:

¹⁰⁹ (RIPSTEIN, 2009, p. 78).

¹¹⁰ (RIPSTEIN, 2009).

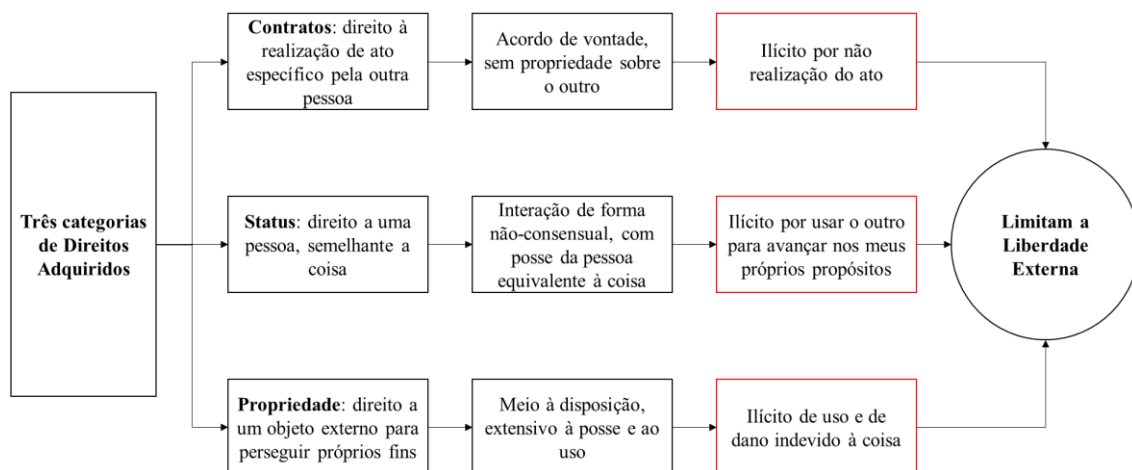


Figura 02: Representação de Conceitos das Categorias de Direitos Adquiridos

Fonte: Da autora, 2023.

Apresentadas as categorias inseridas no segundo estágio da ideia de independência, *Force and Freedom* passa a sustentar uma *tese de propriedade distinta* por algumas razões: em *primeiro* lugar, refuta um modelo chamado “direito público disfarçado”; em *segundo* lugar, não fundamenta o argumento na teoria da aquisição original; em *terceiro* lugar, indica que uma regra de prioridade no tempo e uma ação unilateral são adequadas para amparar o argumento; e, em *quarto* e último lugar, indica que direitos de propriedade são, em parte, uma questão de direitos privados entre pessoas, mas, ao mesmo tempo, sustenta que aquisição só é possível com o pano de fundo de uma estrutura pública de autoridade.

Considerando a centralidade da propriedade na obra, é necessário entender as razões que levaram o autor a defender os direitos de propriedade como distintos. No que se refere ao *primeiro* aspecto, Ripstein deixa claro que a obra se afasta de concepções de propriedade presentes na filosofia política moderna. O autor discorda que a propriedade deva ser usada como uma espécie de poder dado aos particulares pelo Estado, tal como parte de uma agenda distributiva. Esse modelo, nomeado de “direito público disfarçado”¹¹¹, é contestado na obra por ter como foco a alocação de recursos. Alocar terras e bens móveis não é uma alternativa para a concepção de propriedade privada do autor. Não é tarefa do direito de propriedade conceder respostas fragmentadas, com base em equilíbrio de interesses, sobre o direito de excluir, o direito ao valor de capital, o direito de uso. Diversamente desse pacote de direitos não relacionados, a estrutura da propriedade oferecida em *Force and Freedom* é unificadora, ou seja, considera que, se

¹¹¹ “The public law in disguise model” (RIPSTEIN, 2009, p. 89).

você for fisicamente capaz de ter outros meios além de sua pessoa à sua disposição para definir e perseguir propósitos, consistentes com a liberdade de todos, você pode ter direito a esses meios.

Além dessa divergência, no que se refere ao *segundo* aspecto de por que a concepção de propriedade é distinta, Ripstein refuta a posição lockeana de que o direito de propriedade está assentado no ato distintivo da aquisição original. Em *Force and Freedom*, a relação da propriedade com o estabelecimento e busca de propósitos *fundamenta a estrutura do argumento*. Conforme o autor,

Seu corpo é sua pessoa e restringe os outros porque é através dele que você age, sua capacidade de definir e perseguir propósitos, e qualquer interferência em seu corpo, interfere nessa capacidade. Sua propriedade restringe outras pessoas porque compreende os meios externos que você usa para definir e perseguir propósitos; se alguém interfere em sua propriedade, ele interfere em seu propósito¹¹².

Para se apresentar como um argumento distinto de direito de propriedade, essa estrutura que rege os direitos adquiridos precisa responder a duas perguntas. A primeira pergunta é: *como algo pode pertencer a uma pessoa quando essa pessoa não está em posse da coisa?* Ou seja, como ser dono de algo quando essas coisas estão separadas de você? Ripstein explica o questionamento da seguinte forma: se estou segurando uma tigela de sopa, você pode vir com um canudo e tomar a sopa sem interferir na minha pessoa. Se eu tenho um direito de propriedade que é violado quando você usa o canudo na minha sopa, deve existir alguma tutela que não esteja diretamente ligada à minha pessoa¹¹³.

A resposta a essa pergunta seria que a propriedade é uma relação entre pessoas, logo, “se minha propriedade de um objeto é para restringir a conduta de outros, a restrição deve ser separável da restrição já inerente ao meu direito à minha própria pessoa”¹¹⁴. Assim, se o direito é separável da pessoa, mesmo quando não há posse física, haverá restrição à conduta de outros. As outras pessoas devem, por consequência, abster-se de usar ou interferir no objeto. No exemplo da sopa, você violará meu direito de propriedade

¹¹² “Your body is your person, and it constrains others because it is that through which you act, your capacity to set and pursue purposes, and any interference with your body interferes with that capacity. Your property constrains others because it comprises the external means that you use in setting and pursuing purposes; if someone interferes with your property, he thereby interferes with your purposiveness” (RIPSTEIN, 2009, p. 91).

¹¹³ (RIPSTEIN, 2009, p. 94).

¹¹⁴ “If my ownership of an object is to constrain the conduct of others, the constraint must be separable from the constraint already inherent in my right to my own person” (RIPSTEIN, 2009, p. 94).

ao beber a sopa na tigela que eu seguro, embora não tenha violado meu direito à minha própria pessoa ao fazê-lo.

Em segundo lugar, a pergunta que resta é: *como esses objetos externos podem ser adquiridos?* A teoria da propriedade não poderia deixar escapar uma explicação sobre a aquisição inicial — apesar da aplicação limitada, considerando que existem poucas porções de objeto sem dono à disposição. Na interpretação de Ripstein, as teorias baseadas na aquisição original são difíceis de serem consideradas, porque a prioridade no tempo é um princípio normativo substantivo, ou seja, quem chegou primeiro, tem prioridade sobre os retardatários¹¹⁵. A alternativa fornecida em *Force and Freedom* é dar importância ao tempo como maneira de inserção dos objetos no sistema de propriedade; contudo, *sem atribuir significado normativo direto*. Dito em outras palavras, a teoria da aquisição indica como os objetos particulares podem se tornar propriedade, sem orientar o restante da teoria da propriedade.

As teorias que têm como foco a aquisição original sustentam, de modo geral, que a maneira pela qual o proprietário adquiriu a coisa irá representar a maneira pela qual a propriedade restringirá a conduta das outras pessoas. Ripstein explica:

Em interpretações proeminentes de Locke, por exemplo, o fato de uma pessoa ter misturado seu trabalho com um objeto (ou, em outras leituras, feito esse objeto) cria uma relação especial entre uma pessoa e uma coisa, que os outros são obrigados a reconhecer e respeitar. Na teoria de aquisição de Hegel, de outra forma, muito diferente, o aspecto unilateral da aquisição é trazido ao contraste dos direitos de propriedade com os direitos contratuais. Os direitos contratuais são adquiridos bilateralmente e, portanto, vinculam apenas as partes a eles, enquanto os direitos de propriedade são adquiridos unilateralmente e, assim, vinculam todos os outros. Visto que outros devem respeitar minha vontade, se eu “coloquei minha vontade” em um objeto no sentido necessário, outros devem respeitar minha vontade como ela é no objeto¹¹⁶.

Na visão apresentada por Ripstein, não se sustenta o argumento de que é necessário trabalhar em um objeto ou pedaço de terra para dar origem a um direito àquela coisa. O esforço para aprimorar um objeto acomoda-se em um contexto em que você já o possui e o melhora; ou, se outra pessoa melhora algo que você já possui, na ausência de

¹¹⁵ (RIPSTEIN, 2009).

¹¹⁶ “On prominent interpretations of Locke, for example, the fact that one person has mixed his labor with an object (or, on other readings, made that object) creates a special relationship between a person and a thing, which others are thus bound to recognize and respect. In Hegel’s otherwise very different theory of acquisition, the unilateral aspect of acquisition is brought out by contrasting property rights with contractual rights. Contractual rights are acquired bilaterally, and so bind only the parties to them, while property rights are acquired unilaterally, and so bind all others. Since others must respect my will, if I have “put my will” into an object in the requisite sense, others must respect my will as it is in the object” (RIPSTEIN, 2009, p. 97).

circunstâncias especiais, você agora possui um objeto melhorado. Assim, *desejar* e *escolher* são conceitos distintos. Até que você tenha adquirido algo, a intenção de adquirir não irá restringir a conduta dos outros¹¹⁷. Neste sentido, as outras pessoas não precisam respeitar o seu desejo de realizar propósitos. Você decide quais meios irá utilizar para adquirir certo objeto. Se você adquire algo com sucesso, é você quem decide como ele será usado. Porém, “até que você o tenha adquirido, não está sujeito à sua escolha; é algo que você escolheu buscar, mas, a menos que tenha sucesso, é apenas algo que você desejou”¹¹⁸.

Vou utilizar o mesmo exemplo, dado por Locke, para clarificar este ponto. Suponha que uma pessoa coloque todo seu esforço em perseguir e capturar uma lebre. Para Locke, o emprego de esforço, como trabalho do caçador, gera a propriedade sobre o animal. Se outra pessoa se beneficia desse trabalho e captura a lebre exausta, interferirá neste direito¹¹⁹. Da perspectiva de Kant, esse esforço em perseguir e capturar o animal pode levar apenas a desperdício de labuta. Se outra pessoa captura o animal que eu persegui, não haverá qualquer ilícito, porque não fui privado de algo que tinha, apenas que eu desejava. “O máximo que eu poderia ter é um direito aos frutos do meu trabalho, mas só poderia ter esse direito [...], se eu já tiver direito ao objeto sobre o qual trabalho e, portanto, não pode ser usado para gerar um direito a esse objeto”¹²⁰.

Nem mesmo a ideia de direito de propriedade sobre o trabalho se sustenta. Na interpretação de Ripstein, a única maneira pela qual posso *interferir* no seu trabalho é *interferindo* injustamente na sua *pessoa*. Pense na situação em que você tem o trabalho de se dirigir ao supermercado para comprar leite; se eu comprar o último litro de leite antes de você, você terá desperdiçado seus esforços, mas eu não terei cometido nenhum ilícito, porque exerci minha liberdade sem interferir injustamente na sua pessoa¹²¹. Se eu, porém, empurrar você para te tirar do caminho e pegar o leite, interferirei na sua pessoa e cometerei um ilícito. Em casos como esse, não há problema em *afetar* o mundo em que o outro atua. Ações que *afetam* ainda deixam intacta a capacidade de definir seus propósitos, de determinar o que tem, e como será usado. É a *sujeição* aos propósitos dos

¹¹⁷ (RIPSTEIN, 2009).

¹¹⁸ “Until you have acquired it, it is not subject to your choice; it is something you have chosen to pursue, but unless you succeed, it is just something that you wished for” (RIPSTEIN, 2009, p. 99).

¹¹⁹ (RIPSTEIN, 2009).

¹²⁰ “The most I could have is a right to the fruits of my toil, but I could only have that right if I already have a right [...] if I already have right to the object on which I work, and so cannot be used to generate a right to that object” (RIPSTEIN, 2009, p. 100).

¹²¹ (RIPSTEIN, 2009).

outros às nossas escolhas que gera ilícito, pois, quando o outro interfere em seu corpo, ele interfere na sua capacidade de estabelecer e perseguir seus propósitos.

Apartado o argumento do trabalho como constituidor do direito de propriedade, Ripstein sustenta que um objeto externo será adquirido quando uma coisa sem proprietário passa a ser possuída; ou seja, adquire-se quando há essa mudança de *status* de estar disponível para todos e depois estar sujeito à escolha exclusiva de uma pessoa. Esse é o *terceiro* aspecto de por que a teoria da propriedade em *Force and Freedom* é distinta. Segundo Ripstein:

A explicação é enfadonha porque a única pré-condição factual para a aquisição legítima de um objeto sem dono é a posse empírica desse objeto. O ato em questão é simplesmente colocar uma coisa sob seu controle, para que agora você possa decidir como usá-lo. Nem melhorá-lo, nem colocar sua vontade nela é necessário. Melhorá-lo não é necessário porque melhorar um objeto só é relevante quando você toma posse dele. Até você tomar posse, melhorar apenas desperdiça seus esforços¹²².

Isto posto, tudo que precisa ser feito é *tomar a posse física, dar sinal* aos outros de que essa ação estabelece aquele objeto como meio e se apropriar da coisa. Essa assunção *unilateral* de controle deve ser pública. Entretanto, não decorre do sinal o marcador claro de fronteira; na verdade, ao se apropriar, e colocar a coisa sob controle, externalizando sua escolha, é que se tornará claro para os outros que você pretende tomar a coisa como sua, vinculando as outras pessoas. Isso significa que são necessários três passos: 1) *apreensão*, ou seja, tomar posse de um objeto de escolha no espaço e no tempo; 2) *sinal*, ou seja, dar um *sinal* de minha posse sobre o objeto e de meu ato de escolha para excluir todos os outros dele; e, por fim, 3) a *apropriação*, ato de uma vontade geral pelo qual todos são obrigados a concordar com minha escolha¹²³.

Ripstein não tece maiores considerações sobre isso, apenas exemplifica da seguinte maneira: você pode usar uma vara para se equilibrar enquanto sobe um caminho rochoso sem torná-la sua. Esse uso, enquanto estiver na posse física, não tem o condão de sujeitá-la como objeto de sua escolha. O fato de você estar de posse física dessa vara significa que os outros não podem interferir enquanto você a usa, sem cometer um ilícito contra você. Portanto, nenhuma outra pessoa pode agarrar a vara, fazendo você perder o

¹²² “The account is boring because the only factual precondition of rightful acquisition of an unowned object is empirical possession of that object. The act in question is simply bringing a thing under your control, so that you can now decide how to use it. Neither improving it nor putting your will into it is required. Improving it is not required because improving an object is only relevant once you have taken possession of it. Until you take possession, improving just fritters away your efforts” (RIPSTEIN, 2009, p. 104).

¹²³ (RIPSTEIN, 2009, p. 154).

equilíbrio; mas o ilícito de fazer isso não tem nada a ver com a vara como tal, e tudo a ver com o fato de que você está segurando-a no momento. Por outro lado, se você der um sinal, então a pessoa que tira a vara de você comete um ilícito com relação à vara também, assim o(a) prejudica ao pegá-la quando você a deixa de lado¹²⁴.

Por fim, vou enunciar um argumento que será desenvolvido na próxima seção. A *quarta* razão para a propriedade ser distinta em *Force and Freedom* se deve à negação de que a propriedade é pré-política, ou seja, que os direitos propriedade são totalmente conclusivos em um estado de natureza. Contra essa visão, Ripstein interpreta que o ato *unilateral* de aquisição de propriedade só se restringe a outras pessoas quando há autorização *omnilateral* em uma condição de direito público¹²⁵. É nessa condição que o ato de aquisição impõe uma restrição normativa às outras pessoas.

Ripstein nos apresentou uma concepção na qual um objeto torna-se sujeito à escolha de alguém quando essa pessoa assume o controle dele. Neste sentido, a propriedade, em tese, seria uma estrutura de relações privadas legítimas que pode ser entendida e explicada sem referência ao Estado. Isso não quer dizer que o direito de propriedade é completo fora da condição civil, ou que a interferência na propriedade seria ilícita no estado de natureza.

Com efeito, é o Estado que confere o *enforcement*¹²⁶ em uma condição legítima. O estado de natureza se apresenta como recurso argumentativo para sustentar um sistema de interação puramente privado, no qual, ainda que capture aspectos que só produzam efeitos em condição de direito público, são concebidos *a priori*, anteriores às leis da condição civil. O estado de natureza, nesses termos, não tem por objetivo autorizar a aquisição de propriedade ou aplicar normas aos particulares; diversamente, busca sustentar que “tanto sua relação com a liberdade quanto suas violações características podem ser explicadas sem referência à legislação positiva”¹²⁷. Contudo, há necessidade de vontade omnilateral. Na explicação de Ripstein, essa vontade refere-se ao direito público. Aqueles que estão em uma condição legítima estão autorizados a realizar coerção estatal para assegurar um sistema de liberdade igual¹²⁸. Essa questão será explorada na próxima seção.

¹²⁴ (RIPSTEIN, 2009).

¹²⁵ (RIPSTEIN, 2009).

¹²⁶ Optei por não traduzir a palavra. Neste texto, *enforcement* refere-se ao processo de garantir que regras, e normas sociais sejam cumpridas. Ou seja, tem o sentido de compelir as pessoas a cumprirem a lei.

¹²⁷ “Both its relation to freedom and the characteristic violations of it can be explicated without reference to positive legislation” (RIPSTEIN, 2009, p. 87).

¹²⁸ (EDMUNDSON, 2010).

Para sintetizar os argumentos apresentados até aqui, demonstro na sequência uma representação esquemática. Pela análise da *Figura 03*, nota-se que Ripstein constrói uma tese de propriedade baseada na rejeição do modelo de direito público disfarçado, bem como das teorias lockeanas de aquisição original. Ao conceber a estrutura de propriedade como unificadora, fundamentada no estabelecimento e busca de propósitos, Ripstein aponta que é necessária a posse empírica do objeto conjugada com uma autorização omnilateral.

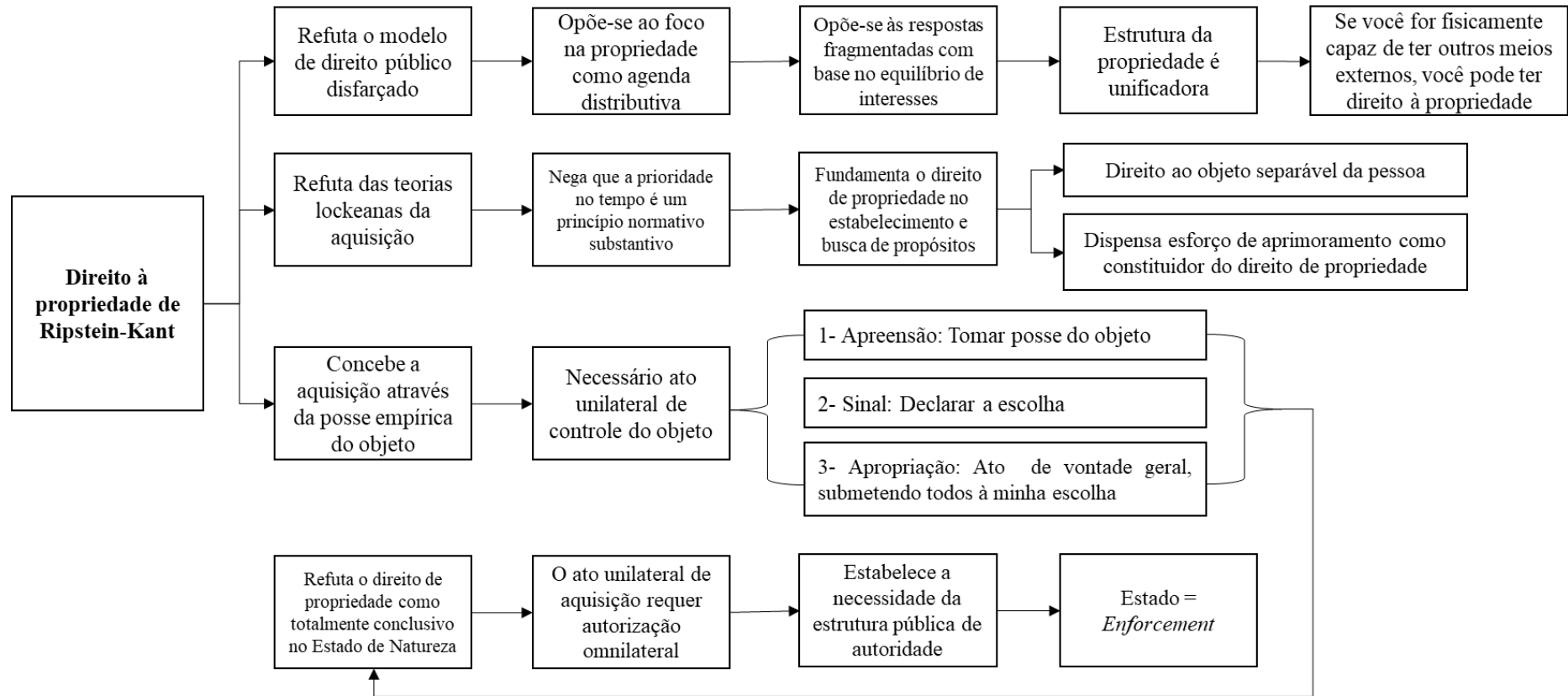


Figura 03: Representação Conceitual sobre o Direito de Propriedade de Ripstein

Fonte: Da autora, 2023.

2.5 Terceiro estágio: Direito público

Como analisado, o argumento de propriedade é central em *Force and Freedom*. A questão que resta ser respondida é: *como uma pessoa pode mudar a situação normativa de outras, consistente com o direito de qualquer outra pessoa de ser independente da escolha de outra?* A resposta do autor está na autoridade pública, argumento que será desenvolvido nesta seção.

O objetivo, agora, é discorrer sobre o terceiro estágio da ideia de independência, qual seja, a necessidade de direito público para aquisição de propriedade. Serão explorados os defeitos do estado de natureza e suas soluções. Explicarei a visão de Ripstein de que são fundamentais as condições legítimas e de direito para estabelecer o sistema de direito privado. A seção encarregar-se-á de apontar como a independência só pode ser plenamente realizada quando o direito inato é conjugado com o direito privado e com o direito público. Além disso, explicarei de que forma o Estado entra na explicação ripsteiniana como solução para os problemas da interação privada, todavia, só pode resolver esses problemas quando se ocupa de poderes e obrigações como tributação e redistribuição para impedir que direitos de propriedade gerem novas formas de dependência.

A transição do direito privado para o direito público em *Force and Freedom* é expressa no vocabulário do *contrato social*, do *estado de natureza* e da *necessidade de sair deste*. O estado de natureza é apresentado como um sistema puro de direito privado com princípios que regem a interação entre pessoas. Contudo, nessa interpretação, esse sistema é incoerente das seguintes maneiras: *a)* os direitos adquiridos são uma extensão moralmente necessária da liberdade, entretanto, é impossível adquirir um direito a qualquer coisa em um estado de natureza; *b)* os direitos adquiridos não podem ser objeto de *enforcement* em um estado de natureza; *c)* os direitos privados só podem ser aplicados a particulares de acordo com padrões que não sejam exercícios unilaterais do julgamento de uma das partes em uma controvérsia¹²⁹.

Os três defeitos compartilham de um mesmo problema: *por que alguém deveria acatar determinações de outros, a menos que instituições estejam em vigor?* A solução para estes três problemas advém de instituições que tenham poderes morais dos quais pessoas privadas são desprovidas. São três problemas relacionados a três soluções

¹²⁹ (RIPSTEIN, 2009).

contidas no sistema republicano de governo, quais sejam: o poder Legislativo é encarregado de legislar, o Executivo de implementar e fazer cumprir a lei, e o Judiciário de aplicá-la às particularidades em casos de controvérsia¹³⁰. Portanto, com um sistema republicano, tem-se a autorização para mudar a situação normativa das pessoas, fazer valer o direito privado para todos e impor a resolução de disputas privadas. Oferecida essa visão geral de como a questão é respondida, passarei para a explicação de cada um dos defeitos.

Com relação ao *primeiro* defeito, de que é impossível adquirir um direito a qualquer coisa em um estado de natureza, Ripstein explica que há “um argumento direto e poderoso contra a visão lockeana de que os direitos de propriedade já são totalmente conclusivos em um estado de natureza”¹³¹. Isso acontece porque a maneira de aquisição de propriedade kantiana impõe uma mudança no *status* normativo da outra pessoa, ou seja, muda a relação entre as pessoas, e não entre pessoas e coisas.

Claro que a apropriação de propriedade não é o único ato unilateral que muda a situação dos indivíduos no mundo, porém, nessa visão, há necessidade de autorização omnilateral para mudar não apenas a situação dos outros, mas alterar também seus direitos. Por exemplo, seus direitos não são violados se as pessoas usarem, danificarem ou destruírem coisas que não são de sua propriedade, mas serão violados se interferirem de alguma forma com sua propriedade. Caso eu adquira um terreno, eu irei deixá-lo indisponível, mesmo quando não estiver ocupando o mesmo. A aquisição original de propriedade transformará algo que outros podem usar ou alterar à vontade para algo que outros têm a obrigação de não usar, danificar ou destruir. A apropriação muda a situação normativa das pessoas, porque as coloca sob uma nova obrigação e as torna passíveis de coerção.

Na visão de Ripstein, o ponto aqui não é que a aquisição de propriedade reduz o leque de opção das outras pessoas, ou viola liberdade. Em vez disso, para que uma pessoa mude o *status* normativo de outra, a apropriação deve ser exercida à luz de um poder público para que gere obrigações em relação aos demais.¹³² A estrutura básica da sociedade continua sendo governada pelos propósitos individuais, como uma matéria de

¹³⁰ (RIPSTEIN, 2009).

¹³¹ “A direct and powerful argument against the Lockean view that property rights are already fully conclusive in a state of nature” (RIPSTEIN, 2009, p. 148).

¹³² (RIPSTEIN, 2009).

direito privado; todavia, é a autoridade pública que autorizará você a adquirir uma coisa, uma vez que isso muda a situação normativa de outras pessoas.

Pela interpretação ripsteiniana, a autorização pública não é um instrumento de política pública, isto é, não autoriza com base em alguma avaliação de consequências desejáveis ou equilíbrio de benefícios. “Uma autoridade pública é obrigada a autorizar você a adquirir coisas, porque isso muda a situação normativa de outros”¹³³. Com isso, a autoridade pública não pode impedir toda a aquisição de propriedade, porque isso seria limitar a capacidade de perseguir propósitos, mas, segundo Ripstein, poderia restringir a aquisição de algumas maneiras, como reservar áreas de preservação natural ou impor requisitos para aquisição¹³⁴.

A exigência de autorização pública para a apropriação privada mostra que a minha apropriação só pode mudar a situação legal do outro se todos me conferiram esse poder. Meu ato de apropriação é, portanto, um ato *unilateral* de um poder *omnilateral*. Neste sentido, Ripstein explica:

A solução para o problema da vontade unilateral é, então, uma vontade omnilateral, por meio da qual todos autorizam a apropriação. Uma permissão omnilateral para apropriar torna a apropriação privada legítima e, portanto, dá direito a uma pessoa privada de vincular outras por meio de um ato unilateral. O ato é unilateral, mas a autorização para o ato é omnilateral¹³⁵.

Portanto, para alcançar a consistência da propriedade com a liberdade, é inafastável uma vontade omnilateral capaz de vincular a todos. Essa vontade não deve ser confundida com o consentimento universal. O exercício da vontade omnilateral não requer o assentimento dos que lhe estão sujeitos¹³⁶. A vontade omnilateral decorre da necessidade de as pessoas partilharem de uma vontade unida, como condição para se legislarem em conjunto¹³⁷. Ripstein sustenta que, quando adquiro um objeto de minha escolha, alegando que as pessoas devem se abster de utilizá-lo, a partir dali, “invoco implicitamente a ideia de uma vontade omnilateral ou pública como único tipo de vontade com autoridade competente para impor tais obrigações a todos”¹³⁸.

¹³³ “A public authority is required to authorize you to acquire things, because that changes the normative situation of others” (RIPSTEIN, 2009, p. 155).

¹³⁴ (RIPSTEIN, 2009).

¹³⁵ “The solution to the problem of unilateral will is, then, an omnilateral will, through which everyone authorizes appropriation. An omnilateral permission to appropriate makes private appropriation rightful, and so entitles a private person to bind others through a unilateral act. The act is unilateral, but the authorization for the act is omnilateral” (RIPSTEIN, 2009, p. 157).

¹³⁶ (EDMUNDSON, 2010).

¹³⁷ (EDMUNDSON, 2010).

¹³⁸ “I implicitly invoke the idea of an omnilateral or public will as the only kind of will with the relevant authority to impose such obligations on everyone” (FLIKSCHUH, 2010, p. 298).

Assim, a autoridade pública conferirá o poder de apropriação, disciplinando como assumir o controle, o que conta como sinal. As *regras legislativas*, neste sentido, deverão ser suficientemente claras para orientar a conduta. De toda sorte, além de mostrar a necessidade de vontade omnilateral, Ripstein precisa explicar como se dá a aplicabilidade, uma vez que a autorização para forçar outros a uma condição de direito depende das outras duas dimensões do poder político, os poderes Executivo e Judiciário.

Para argumentar quanto ao *segundo* defeito do estado de natureza, qual seja, que os direitos adquiridos não podem ser objetos de *enforcement*, a resposta alude à *garantia* para fazer valer os direitos existentes. Na interpretação ripsteiniana, dada a tensão entre escolha unilateral e liberdade sob a Lei Universal, a garantia ao direito privado é fornecida pela vontade coletiva e geral que coloca todos na condição de abster-se de interferir na propriedade alheia. Assim, a *garantia* é o que faz com que a imposição de vontade unilateral não se sustente no estado de natureza, pois ausente o *enforcement*¹³⁹. Os “direitos a objetos externos em estado de natureza são meramente *provisórios*, porque são todos títulos para coagir que ninguém tenha o direito de impor coercitivamente”¹⁴⁰.

Essa concepção de garantia se aplica *apenas* aos direitos adquiridos. Em sentido diverso, está o direito inato da humanidade. Este não é provisório da mesma forma. O direito à sua própria pessoa não requer um ato afirmativo para estabelecê-lo, além de sua pessoa nunca se separar fisicamente de você¹⁴¹. Assim, nem o problema da apropriação unilateral, nem o problema da garantia podem surgir. Neste sentido, é possível que o *enforcement* para defender o seu direito à sua própria pessoa seja, no mínimo, manter os outros afastados de você. Quaisquer duas pessoas em estado de natureza têm o direito de se defender e, ao se defenderem, não têm outra perspectiva além da sua própria para avaliar a agressão. Diante da controvérsia de quem estaria certo ou errado, não haverá resposta, pois somente o direito positivo, com atuação do Judiciário, garante a resolução do litígio de quem foi agressor e quem foi agredido. Independentemente disso, a “imperfeição do direito à autodefesa não o torna, contudo, meramente provisório, porque é uma autorização conclusiva para coagir. Seu direito de repelir aqueles que invadem o espaço ocupado por seu corpo não requer autorização omnilateral”¹⁴². Dada a

¹³⁹ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁴⁰ “All rights to external objects in a state of nature are merely provisional, because they are all titles to coerce that nobody is entitled to enforce coercively” (RIPSTEIN, 2009, p. 165).

¹⁴¹ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁴² “The imperfection of the right to self-defense does not, however, render that right merely provisional, because it is a conclusive authorization to coerce. Your right to repel those who invade the space occupied by your body does not require an omnilateral authorization” (RIPSTEIN, 2009, p. 179).

indeterminação e impossibilidade de tutela judicial, o direito inato não é “conclusivamente conclusivo”; não integra o sistema consistente de direitos¹⁴³.

Lado outro, para tratar da garantia aos direitos adquiridos, Ripstein se concentra, a princípio, em um argumento moral¹⁴⁴: ninguém pode legitimamente ser compelido a servir aos propósitos de outro unilateralmente. Se um de nós se abstém de tomar o que pertence ao outro, restringimos nossa escolha com base na escolha particular do outro¹⁴⁵. Nesse cenário, a ausência de segurança nas relações decorrerá de conflitos advindos dos fins particulares.

Ainda que seja permitido servir aos propósitos de outro, ou seja, mesmo que cada pessoa tenha o direito de decidir com quem cooperar, não pode haver obrigação de fazê-lo. Eu posso me abster de reivindicar coisas, porque sou simpática, caridosa ou virtuosa, porém, não posso alicerçar a garantia nessas premissas. As obrigações de direito são sempre devidas a outras pessoas como parte de um sistema de limites recíprocos, de acordo com a Lei Universal¹⁴⁶. Um ser livre só pode ser compelido a respeitar os direitos dos outros sob tal sistema de restrição. “Sem uma obrigação de direito, ninguém está sob quaisquer obrigações com respeito a objetos externos de escolha, e ninguém tem o direito de fazer valer quaisquer direitos adquiridos que eles (suponham) ter”¹⁴⁷.

Na interpretação de Ripstein, para conciliar a honra justa com o dever de não interferir nos outros, é necessário entrar em uma condição em que cada um possa estar seguro no que é seu. E apenas uma vontade coletiva, geral e comum fornecerá a todos essa garantia. A garantia se espalha em duas direções.

A garantia serve, primeiro, como incentivo para assegurar que o direito privado do titular ficará intacto, mesmo quando violado, por isso, como será visto adiante, Ripstein entende que os direitos sobrevivem aos ilícitos. O autor explica que, por exemplo, se eu pegar sua caneta sem sua autorização, você não deixa de ter direito à sua caneta. Seu direito de recuperá-la de mim decorre do fato de que seu direito sobrevive ao ilícito. Da mesma forma, se eu destruir sua caneta, seu direito de substituí-la, ou ao seu respectivo valor, decorre do fato de que seu direito à sua caneta sobrevive à violação dela. Posteriormente, nesta tese, voltarei a esse argumento, que é base sobre a qual se constrói

¹⁴³ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁴⁴ (RIPSTEIN, 2009, p. 164).

¹⁴⁵ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁴⁶ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁴⁷ “Without an obligation of right, nobody is under any obligations with respect to external objects of choice, and nobody is entitled to enforce any acquired rights they (suppose themselves to) have” (RIPSTEIN, 2009, p. 165).

a teoria de que a *indenização nas ações de responsabilidade apenas devolve o que a pessoa já tinha*. O ilícito do outro não afeta meus direitos, que permanecem válidos e sujeitos à minha escolha, mesmo quando são usados ou danificados injustamente.

Em segundo lugar, a garantia indica que as violações têm grandes chances de serem inúteis graças à tutela que o prejudicado adquire contra o infrator do direito. Essa tutela judicial torna efetivo os direitos do lesado e traz desvantagens potenciais para o infrator. Embora a tutela não desencoraje os outros de cometerem ilícitos aos seus direitos de propriedade, o “aspecto remediador de *enforcement* lhe dá toda a garantia de que você precisa: você tem o que é seu, porque, se outro o prejudicar, você poderá recuperá-lo”¹⁴⁸.

Em resumo, para encerrar a questão da garantia concedida no âmbito do direito público, pode-se afirmar que, sem a garantia, os particulares ficam à mercê dos propósitos dos outros. Sair do estado de natureza, mesmo que à força, é imprescindível para que todos tenham seus direitos assegurados. Contudo, ainda resta escrutinar o terceiro defeito no estado de natureza, que gira em torno do desacordo de direitos.

Nesse *último defeito*, afirma-se que os direitos privados só podem ser aplicados a particulares de acordo com padrões determinados que não sejam exercícios unilaterais do julgamento de uma das partes em uma controvérsia. Há aqui elementos dos defeitos no estado de natureza anteriores, porém com componente adicional que trata da insuficiência das regras gerais para classificar os detalhes que se enquadram nelas.

Na interpretação de Ripstein, os desacordos são *normativos*, e não empíricos, ou seja, as disputas fazem parte do *conceito de direito*, pois há direito de coibir a conduta de outrem, bem como é parte de um sistema de liberdade, sob a Lei Universal. Cabe à instância da Lei Universal, e não do julgamento unilateral, restringir a conduta dos outros. Os desacordos precisam ser, assim, contidos por uma condição legítima, mas não precisam ser acomodados. Por isso, todas as pessoas têm o direito de interagir com os outros em termos de igual liberdade, porém “ninguém tem o direito de se isentar de tais termos porque discorda deles, porque ninguém poderia ter o direito, consistente com a liberdade dos outros, de estar vinculado apenas por leis com as quais concorda”¹⁴⁹.

Por essa razão, há um problema na aplicação de regras aos particulares no estado de natureza. Se cada um faz aquilo que parece correto ou bom, a *aplicação* de conceitos

¹⁴⁸ “But the remedial aspect of the enforcement gives you all the assurance you need: you have what is yours, because if another wrongs you, you will be able to get it back” (RIPSTEIN, 2009, p. 167).

¹⁴⁹ “Nobody has a right to exempt himself from such terms because he happens to disagree with them, because nobody could have a right, consistent with the freedom of others, to be bound only by laws that he happens to agree with.” (RIPSTEIN, 2009, p. 170).

a particulares, bem como o *juízo*, será potencialmente indeterminada. Na visão de Ripstein, essa característica geral da aplicação do conceito gera um problema de *indeterminação*, porque os conceitos de direito governam os limites recíprocos da liberdade e, portanto, devem se aplicar a todos da mesma maneira, conferindo uma única resposta em todos os casos em que houver aplicação das regras aos particulares.

Se não houver padrões e objetivos determinados, estaríamos submetidos a padrões acidentais, a habilidades e limites de juízo subjetivos. Sob o enfoque da liberdade privada igual, pressupõem-se padrões objetivos de interação, isto é, termos que não dependem das escolhas dos outros. Quando o assunto é propriedade, a quantidade e qualidade da aquisição externa original são difíceis de resolver¹⁵⁰, porque, em casos de disputa, nenhum precisa ceder ao juízo unilateral do outro. Fazer isso seria renunciar ao conteúdo escolhido como fim particular. Logo, a solução que se apresenta é o Judiciário, um órgão que detém autorização omnilateral para aplicar leis a particulares. Entretanto, “isso não significa que todas as questões de direito privado devam ser respondidas por um código civil abrangente, apenas que o sistema jurídico como um todo autorize [...] a decidir disputas privadas de acordo com os conceitos de direito privado”¹⁵¹.

Apresentado o último defeito, fica clara a compreensão de Ripstein sobre os defeitos do estado de natureza e da necessidade de direito público. O autor apresenta três defeitos que são solucionados por três ramos de governo independentes e coordenados: em relação à *escolha unilateral* aplicada aos objetos externos adquiridos, o *Legislativo* é quem deve autorizar atos que demarquem ou alteram direitos; em relação à *garantia* e impossibilidade de *enforcement* unilateral, o *Executivo* deve fazer valer os direitos de acordo com a lei; e em relação ao argumento da *indeterminação*, quando do desacordo de direitos, o *Judiciário* age para decidir as disputas¹⁵². Legislativo, Executivo e Judiciário atuam de forma coordenada, porque nenhum dos poderes pode resolver os defeitos apresentados sem a colaboração de uns com os outros. Neste sentido, Ripstein explica:

Um legislativo e um judiciário não são suficientes para tornar os direitos provisórios conclusivos, porque aceitar a autoridade do legislativo ou o veredicto do tribunal sem garantia de que outros farão o mesmo seria permitir que outros o tratem como mero meio. Um executivo e um tribunal sem um legislativo que autorize omnilateralmente as leis que eles aplicam e fazem cumprir seriam simplesmente um exercício de escolha unilateral por parte das

¹⁵⁰ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁵¹ “That does not mean that all questions of private right must be answered by a comprehensive civil code, only that the legal system as a whole authorizes [...] to decide private disputes in accordance with concepts of private right” (RIPSTEIN, 2009, p. 172).

¹⁵² (RIPSTEIN, 2009).

autoridades. E o legislativo e o executivo sem um tribunal deixariam os direitos sujeitos à disputa. Tomados em conjunto, os três argumentos operam para estabelecer três ramos, que juntos são capazes de criar um sistema jurídico que impõe o encerramento das disputas sobre direitos¹⁵³.

Os defeitos do estado de natureza e suas respectivas soluções podem ser sintetizados na *Figura 04*. Nota-se que Ripstein não nega que a propriedade possa ser adquirida por meio de um ato unilateral, feito inteiramente por iniciativa do adquirente. De forma geral, o argumento é que um contexto mais amplo de direito público é necessário para que o ato unilateral de uma pessoa imponha uma obrigação a outra. Embora a natureza de um direito de propriedade, em tese, possa ser explicada exclusivamente em termos de direito privado, os objetos sem dono não podem ser adquiridos de forma conclusiva, exceto sob a autoridade de uma vontade omnilateral. Cada um dos defeitos do estado de natureza é solucionado com um ramo do direito público. Estas respostas são fundamentais, porque Ripstein precisava esclarecer como uma ação unilateral pode vincular as outras pessoas.

¹⁵³ “A legislature and judiciary are not sufficient to render provisional rights conclusive, because to accept the authority of the legislature or the verdict of the court without assurance that others will do the same would be to allow others to treat you as a mere means. An executive and a court without a legislature omnilaterally authorizing the laws that they apply and enforce would simply be an exercise of unilateral choice by officials. And the legislature and executive without a court would leave rights subject to dispute. Taken together, the three arguments operate to establish three branches, which together are able to create a legal system that imposes closure on disputes about rights” (RIPSTEIN, 2009, p. 173).

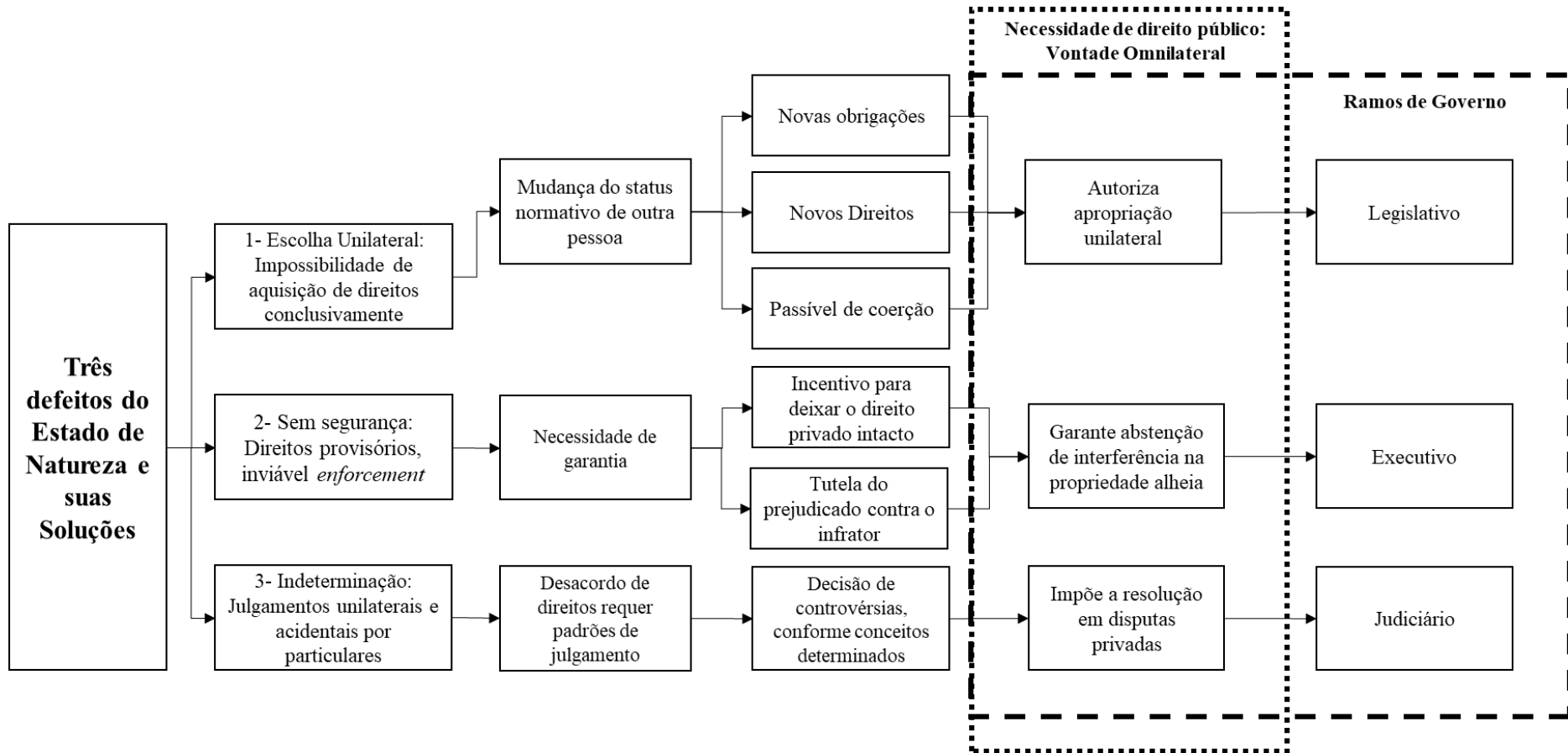


Figura 04: Representação Conceitual sobre os Defeitos do Estado de Natureza

Fonte: Da autora, 2023.

Para encerrar esta seção, destaco duas particularidades que chamam atenção na concepção ripsteiniana de direito público. A primeira particularidade é que, embora o argumento seja desenhado com três ramos de governo que operam de forma independente e coordenada, a *vontade legislativa* tem *prioridade* sobre os demais poderes, uma vez que tanto o julgamento quanto a efetivação dos direitos devem ser feitos de acordo com a lei, ou seja, de acordo com a escolha omnilateral¹⁵⁴. É crucial que a legislação fixe as condutas permitidas e proibidas para que o Executivo e o Judiciário exerçam suas funções. A segunda particularidade é que a legislação é capacitadora de todas as ações do Estado. “Tudo o que o Estado faz tem que ser devidamente autorizado por lei: a elaboração da lei, a utilização de meios para dar efeito à lei e a classificação passiva de casos particulares”¹⁵⁵.

Os mandatos conferem aos membros poderes morais que nenhuma pessoa privada poderia ter, por isso, são obrigados a agir em nome público, para fins puramente públicos ao fazer, implementar e aplicar a lei. Dessa forma, constituem o povo como um corpo coletivo e fornecem um ponto de vista omnilateral nas suas respectivas atuações¹⁵⁶. Os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem exercer suas atribuições de acordo com o direito inato de humanidade de cada pessoa, respeitando o *status* dos indivíduos como membros da vontade unida. É a *condição de direito* que conciliará a capacidade propositiva de uma pluralidade de pessoas, consistente com o direito de cada um ser seu próprio mestre¹⁵⁷.

Dito de outra forma, o Estado, agindo em nome dos cidadãos como um corpo coletivo, tem poderes legítimos que nem os cidadãos individuais, nem qualquer grupo teriam apartado dele. A única maneira de o Estado ter tais poderes é se eles puderem ser vistos como exercidos em nome dos cidadãos; e essa exigência, por sua vez, é entendida em termos da possibilidade de os cidadãos conferirem tais leis a si mesmos¹⁵⁸. Assim, institui-se uma *cooperação obrigatória* em que cada um pode ser compelido a fazer sua parte, como identificado por regras públicas. Tal sistema exige e permite que cada pessoa assuma a responsabilidade por sua própria vida, decidindo quais fins perseguir à luz dos meios que possui, de acordo com o direito de outros a fazerem o mesmo¹⁵⁹. Dessa forma,

¹⁵⁴ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁵⁵ “Anything that the state does has to be properly authorized by law: the making of law, the taking up of means to give effect to the law, and the passive classification of particulars” (RIPSTEIN, 2009, p. 175).

¹⁵⁶ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁵⁷ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁵⁸ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁵⁹ (RIPSTEIN, 2009).

há “uma exigência mais direta de reciprocidade: cada um deve fazer sua parte; a pessoa que não o faz viola a reciprocidade ao tirar vantagem dos esforços cooperativos de outros”¹⁶⁰.

Por essas razões, a proteção sistemática da liberdade privada individual só é possível sob o direito público, e o direito público deve garantir suas diversas condições. O Estado kantiano, na visão de Ripstein, tem o direito — e a obrigação — de criar certos tipos de “espaços distintamente públicos, bem como o dever de apoiar os cidadãos incapazes de se sustentar, o dever de garantir a igualdade formal de oportunidades, o direito de punir e o poder de tributar seus cidadãos em apoio a todas essas atividades”¹⁶¹. Para justificar o uso do poder coercitivo pelo Estado, a independência da escolha alheia é o único objetivo. Ou seja, a atuação desses poderes deve ser sempre centrada nas *condições de liberdade*.

Portanto, ainda que o direito público seja apresentado como solução para os problemas da interação privada, ele só pode resolver essas questões quando se ocupa de usar a força para criar *condições de direito* que impeçam novas formas de dependência. É o caráter público de uma condição de direito que fundamenta os poderes e as obrigações, e não as necessidades humanas ou os deveres privados dos seres humanos entre si. Ripstein ensina:

Em vez de se concentrar em algum resultado desejável — por exemplo, que todos os cidadãos tenham recursos iguais ou mesmo adequados à sua disposição — e supondo que a conveniência do resultado subscreve o direito do Estado de tomar medidas para realizá-lo, Kant trabalha na direção oposta. O Estado intervém na distribuição e garante a igualdade de oportunidades como meio obrigatório de manutenção de uma *condição de direito*, não a serviço de qualquer fim valioso fora do Estado. Da mesma forma, em vez de se concentrar nos ganhos de eficiência de um sistema em que as carreiras são abertas aos talentos, Kant se concentra nos requisitos de uma *condição de direito*¹⁶² (destaque nosso).

¹⁶⁰ “More direct requirement of reciprocity: everyone must do his or her own part; the person who fails to do so violates reciprocity by taking advantage of the cooperative efforts of others” (RIPSTEIN, 2009, p. 258).

¹⁶¹ “Distinctively public spaces, as well as a duty to support citizens incapable of supporting themselves, a duty to guarantee formal equality of opportunity, the right to punish, and the power to tax its citizens in support of all of these activities” (RIPSTEIN, 2009, p. 232).

¹⁶² “Rather than focusing on some desirable outcome — for example, that all citizens have equal or even adequate resources at their disposal — and supposing that the desirability of the outcome underwrites the state’s entitlement to take steps to bring it about, Kant works in the opposite direction. The state intervenes in distribution and guarantees equality of opportunity as mandatory means of sustaining a rightful condition, not in the service of any valuable end outside the state. In the same way, rather than focusing on the efficiency gains of a system in which careers are open to talents, Kant focuses instead on the requirements of a rightful condition” (RIPSTEIN, 2009, p. 268).

Assim, ninguém tem obrigação de direito ou de virtude para produzir um resultado específico. Por exemplo, se pago meus impostos que sustentam os pobres, porque sou obrigada pela lei, não estou fazendo das necessidades dos outros meu próprio fim. Também não sou obrigada a criar grupo de caridade para ajudar pessoas necessitadas. Não há nenhuma obrigação *a priori* para que eu apoie pessoas em condição de pobreza. Ao contrário, o Estado tem esse dever para manter a *condição de direito*.

De todos os cenários expostos em *Force and Freedom* para garantia de condições de liberdade pelo direito público, a mais significativa para esta tese é a redistribuição. O argumento de Ripstein, desconsiderado atentamente, pode levar “a interpretar Kant como uma espécie de libertário para quem o direito natural à propriedade privada é de importância avassaladora em relação à obrigação política”¹⁶³. No entanto, há espaço para redistribuição econômica que vai “muito além da ideia de um estado mínimo geralmente associado ao libertarianismo”¹⁶⁴.

Em *Force and Freedom*, toda a justificativa para redistribuição econômica perpassa pela ideia de vontade omnilateral. É a vontade unida que ampara como os poderes estatais podem atuar para mudar a situação normativa de algumas pessoas. O Estado, ao falar e agir por todos, pode realizar distribuição econômica e garantir igualdade de oportunidades. O Estado é perpétuo e, mesmo que as pessoas nasçam, morram ou se mudem, deve ter unidade de agência. A atuação estatal, então, deve fornecer um sistema que garanta que os cidadãos tenham relações consistentes uns com os outros¹⁶⁵.

A questão da pobreza surge, então, nesse contexto, pois o pobre está sujeito à escolha dos mais afortunados que têm a discricionariedade de decidir o quê e quanto fornecer. Como as preocupações giram em torno do poder de escolha, no sentido de não estar submetido aos propósitos do outro, inclusive nas questões relacionadas à própria sobrevivência, os indivíduos não podem ficar inteiramente dependentes da graça dos outros para ocupar espaços ou usar objetos físicos. Se a pessoa em condição de pobreza não tem capacidade de estabelecer e perseguir seus próprios propósitos, “como tal, a pessoa necessitada é como um escravo, e o contrato que cria tal situação é, como um

¹⁶³ “Interpret Kant as some kind of libertarian for whom the natural right to private property is of overwhelming significance in relation to political obligation. Yet for Kant there is no such natural right” (FLIKSCHUH, 2010, p. 296).

¹⁶⁴ “Well beyond the idea of a minimal state usually associated with libertarianism” (FLIKSCHUH, 2010, p. 295).

¹⁶⁵ (RIPSTEIN, 2009).

contrato de escravidão, incoerente”¹⁶⁶. Nessa dimensão, a pobreza não é diferente da escravidão, porque um mendicante, como um escravo, depende das escolhas específicas de outras pessoas e “depende da graça de outro é inconsistente com a honra justa, porque reduz uma pessoa ao *status* de coisa”¹⁶⁷.

Essa dependência não decorre unicamente do cenário em que são escolhas de outra pessoa que estão me condicionando sobre como usar meus meios. Em vez disso, a provisão às pessoas em situação de pobreza decorre diretamente da ideia de vontade unida. Uma das funções da vontade unilateral é *tornar os direitos de propriedade exigíveis* e, portanto, dar o direito de decidir como os objetos serão usados. Essa dependência pode ser, portanto, resultado da criação de direitos de propriedade exigíveis institucionalmente.

Isso leva Ripstein a entender que solução também deve ser institucional, de modo a tornar direitos consistentes em relação aos cidadãos que compartilham uma vontade unilateral. A solução indicada na obra seria tributar para prover aos necessitados. Se não há uma atuação estatal, e o bem afortunado exclui unilateralmente os pobres de sua propriedade, isso cria um sistema de dependência incoerente com o direito inato de humanidade¹⁶⁸. A tributação pelo Estado seria, portanto, consistente com a liberdade daqueles que são tributados, reestabelecendo igual liberdade compatível com a vontade compartilhada por todos.

Na interpretação de Ripstein, o argumento de Kant para redistribuição é formal e procedimental, em vez de substantivo. Por isso, questões relacionadas ao nível de provisão — se grande ou apenas suficiente para as necessidades básicas — não estão no horizonte. A despeito disso, talvez a estrutura argumentativa da vontade geral forneça os mecanismos de regulação quando necessário¹⁶⁹. Independentemente de quais forem, elas precisarão ser consistentes com a liberdade igual, sem ditar resultados específicos. Isto é, a tarefa do Estado é garantir que seus cidadãos possam compartilhar uma vontade geral, mas sem uma preocupação paternalista de proteger as pessoas dos perigos que assumem livremente¹⁷⁰.

¹⁶⁶ “As such, the person in need is like a slave, and the contract creating such a situation is, like a slave contract, incoherent” (RIPSTEIN, 2009, p. 280).

¹⁶⁷ “To depend on the grace of another is inconsistent with rightful honor, because it reduces a person to the *status* of a thing” (RIPSTEIN, 2009, p. 282).

¹⁶⁸ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁶⁹ (RIPSTEIN, 2009).

¹⁷⁰ (RIPSTEIN, 2009).

A abordagem ripsteiniana quanto ao problema da redistribuição reflete, portanto, sua concepção mais geral de cada pessoa como responsável por sua própria vida: você tem o direito de determinar quais propósitos você buscará, estando sujeito(a) apenas à exigência de que outros tenham o mesmo direito. As formas resultantes de provisão pública, por sua vez, refletirão características econômicas e políticas de uma determinada sociedade, desde que sejam realizadas sem violar o direito inato de humanidade de qualquer pessoa¹⁷¹.

Feitas tais considerações, encerro o capítulo, resumizando os principais pontos da seção. No terceiro estágio da ideia de independência, busquei explicar a necessidade das condições de direito para estabelecer o sistema de aquisição de propriedade. Explorei os três defeitos do estado de natureza e suas soluções nas esferas de direito público. Expliquei, também, que o Estado é posicionado como solução para os problemas da interação privada, todavia, só consegue resolver esses problemas quando se ocupa de poderes e obrigações como tributação e redistribuição para impedir que direitos de propriedade gerem novas formas de dependência. No próximo capítulo, serão analisadas as principais objeções apresentadas aos argumentos de *Force and Freedom*.

¹⁷¹ (RIPSTEIN, 2009).

CAPÍTULO 3 — OBJEÇÕES A *FORCE AND FREEDOM* E AS RÉPLICAS DE ARTHUR RIPSTEIN

O objetivo deste capítulo é apresentar objeções direcionadas a *Force and Freedom*, bem como discorrer sobre as réplicas de Ripstein. Almejo analisar como as fragilidades apontadas pela crítica comprometem a realização geral da obra. Alguns compromissos foram, inevitavelmente, feitos para interpretação de um direito kantiano próprio; por isso, busco aqui escrutinar a concepção de justiça apresentada.

Realizo, neste capítulo, por meio de uma extensa pesquisa bibliográfica, um levantamento de uma coletânea de comentadores que revisitaram a teoria de Ripstein. A apresentação das objeções a seguir reflete preocupações elencadas na literatura. Almejo construir um estado-da-arte de oposições em relação a *Force and Freedom* para, então analisar sua consistência com as hipóteses desta pesquisa, que estão relacionadas ao exercício de direito com limites recíprocos; à garantia da independência dos indivíduos; à suficiência de uma estrutura inteiramente fundada na ideia de independência; e, sobretudo, à própria distribuição de propriedade.

As críticas serão divididas por seções. Tratarei do impasse criado pelo conceito amplo de direito inato; do vício de circularidade da liberdade como independência; da subdeterminação do conceito de liberdade e, por fim, da ampliação do direito inato tendo as instituições como ameaças à liberdade externa.

Examinadas as principais objeções, bem como as respostas reais (e possíveis) de Ripstein, encerro o capítulo com as considerações gerais, sinalizando até que ponto a teoria de Ripstein resiste, considerando as hipóteses levantadas para esta pesquisa. Meu objetivo é testar a força das objeções em relação às hipóteses traçadas nesta tese, ainda que de forma tangenciada, para, em um segundo momento, analisar como tais implicações afetam a consistência com a teoria subsequente do autor, qual seja, sua tese de responsabilidade civil.

3.1 O impasse do conceito amplo de direito inato: a inclusão dos poderes corporais e da capacidade de perseguir propósitos

A presente crítica vislumbra duas dificuldades na interpretação ripsteiniana de direito inato. A primeira é que a inclusão da *capacidade de perseguir propósitos* no direito inato ocasionaria a perda da perspectiva relacional de que as exigências são

reciprocamente coercitivas entre os indivíduos. A segunda é que a inclusão do controle sobre o uso do próprio corpo no direito inato obscureceria a distinção entre direitos inatos e adquiridos.

Como visto em *Force and Freedom*, o direito inato de humanidade concede direito à sua própria *pessoa*, o que inclui direitos corporais e a capacidade de escolher os fins para os quais usará seus meios, estabelecendo limites recíprocos de conduta. Essa especificação inicial é inteiramente *relacional*, porquanto determina que podemos exigir tratamento igualitário uns dos outros inatamente, independentemente de qualquer ato afirmativo adicional. Essa mútua independência é, assim, contrastiva e relacional, pois pressupõe a falta de autoridade do outro sobre mim¹⁷². É assim que, em *Force and Freedom*, o direito inato fornece a base para quaisquer outros direitos.

Nessa concepção de direito inato, nota-se que Ripstein acrescentou a capacidade de perseguir propósitos como uma de suas características, isto é, a independência de cada um para determinar e perseguir seus fins, livre da intervenção alheia. Ao fazer isso, “Ripstein está preocupado com a capacidade de perseguir propósitos, não com propósitos particulares que um agente possa adotar”¹⁷³. Ou seja, “esse direito inato não está sujeito às necessidades e aos desejos dos outros, por mais intensos ou desesperados que sejam [...]”¹⁷⁴.

A *primeira objeção* que se apresenta a este aspecto é que, ao pressupor a capacidade de perseguir propósitos no direito inato, em tese, perder-se-ia a perspectiva relacional de que as exigências são reciprocamente coercitivas entre os indivíduos¹⁷⁵. Ou seja, perde-se a especificação do que cada pessoa pode legitimamente esperar reciprocidade de todas as outras, independentemente de qualquer ato seu, quando se trata de direito inato. Ao considerar o direito inato à independência alicerçado nessa capacidade, “isso simultaneamente introduz uma mudança de uma concepção de direitos relacionais para uma não relacional”¹⁷⁶. Desse modo, a pergunta que fica é: se eu defino e persigo meus fins, tal capacidade de perseguir propósitos está no campo *relacional* ou *individual (não relacional)*?

¹⁷² (FLIKSCHUH, 2010).

¹⁷³ “Ripstein is concerned with the capacity for purposiveness, not with particular purposes an agent might adopt” (FLIKSCHUH, 2010, p. 300).

¹⁷⁴ “This innate right is not subject to the needs and desires of others, however intense or desperate they may be” (EDMUNDSON, 2010, p. 870).

¹⁷⁵ (FLIKSCHUH, 2010).

¹⁷⁶ “This simultaneously introduces a shift from a relational to a non-relational rights conception” (FLIKSCHUH, 2010, p. 302).

Essa crítica considera que a *independência* de ser constrangido pela escolha de outro, na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros, é o único direito pertencente a todas as pessoas em virtude de sua humanidade. Assim, o “direito inato à liberdade de cada um é especificado relacionalmente, não se referindo nem a uma capacidade de perseguir propósitos, nem a direitos corporais”¹⁷⁷.

Como visto no capítulo anterior, na construção do argumento do direito inato, Ripstein aponta que a liberdade de escolher os próprios propósitos impede que outros usurpem meu direito, usando a mim como bem entenderem, para propósitos outros que não o meu. Nessas circunstâncias, até mesmo tocar uma pessoa sem o consentimento é considerado uma forma de usurpação para um propósito não autorizado. Por isso, acusam o autor de fazer uma leitura não relacional do direito inato, tendo em vista que a capacidade de perseguir propósitos e o direito ao corpo fazem parte da sua interpretação kantiana de direitos inatos¹⁷⁸.

A *segunda objeção* acusa a posição ripsteiniana de ambígua por obscurecer a distinção entre direitos inatos e adquiridos. Ao incluir o controle sobre o uso do próprio corpo no direito inato, Ripstein “chega muito perto de atribuir direitos de propriedade em seus próprios corpos às pessoas”¹⁷⁹. A razão para se evitar conceber o direito à integridade física como um direito de propriedade sobre o próprio corpo é que a inclusão de tais direitos *prejudica uma leitura relacional dos direitos adquiridos*. Essa objeção se sustenta da seguinte maneira:

Se dissermos que o direito inato à liberdade de cada um inclui os direitos de cada pessoa sobre seu próprio corpo, pelo menos implicamos fortemente a autoridade inata de uma pessoa para impor esse direito contra os outros. Existe, então, um tipo de direito de propriedade — direitos corporais — que não requer a ideia de uma vontade geral unida como o poder de *enforcement* apropriado de todos esses direitos considerados sistematicamente¹⁸⁰.

Deste ponto de vista, manter o direito inato livre de direito de propriedade é importante por duas razões: primeiro, porque seria difícil encontrar relevância em entrar na condição civil, se há possibilidade de autodefesa do direito inato à liberdade. Ou seja,

¹⁷⁷ “The innate right to freedom of each is specified relationally, referring neither to a capacity for purposiveness nor to bodily rights” (FLIKSCHUH, 2010, p. 303).

¹⁷⁸ (FLIKSCHUH, 2010).

¹⁷⁹ “Ripstein’s characterisation of the innate right comes very close to attributing property rights in their own bodies to persons” (FLIKSCHUH, 2010, p. 300).

¹⁸⁰ “If we say that the innate right to freedom of each includes each person’s rights over his own body, we at least strongly imply a person’s innate authority to enforce this right against others. There is then one type of property right — body rights — that does not require the idea of a general united will as the appropriate enforcement power of all such rights considered systematically” (FLIKSCHUH, 2010, p. 301).

qual seria a razão para entrar na condição civil, seguindo os estágios da ideia de liberdade como independência se, no primeiro deles, há essa proteção ao direito? Segundo, considerando que os direitos inatos são a base para quaisquer outros direitos adquiridos, se for incluído sob ele um direito não relacional sobre nossos corpos, não teria como sustentar uma leitura totalmente relacional dos direitos adquiridos, pois aparentaria que os “direitos de alguém em objetos externos de sua escolha são uma extensão mais ou menos natural dos direitos de alguém no uso de seu próprio corpo”¹⁸¹.

Ripstein não respondeu a estas críticas, mas os elementos da sua teoria me levam a supor que a inclusão dos direitos corporais é um atalho para fornecer uma função adicional ao direito inato. Como foi exposto, a sua pessoa nunca se separa fisicamente de você; a inclusão dos poderes corporais serve para defender o seu direito à sua própria pessoa, ao menos mantendo os outros afastados de você. A autodefesa é, assim, conclusiva para repelir aqueles que invadem o espaço ocupado por seu corpo. Apesar de o direito inato não ser considerado conclusivamente-conclusivo, nas palavras de Ripstein, por possuir os defeitos da indeterminação e da falta de garantia, há o direito de defender-se a si próprio.

Logo, compreendo que Ripstein considera esses direitos como não conclusivos, mas necessários para a proteção da integridade da existência do meu corpo. Todo e qualquer exercício de direito pressupõe as minhas capacidades corporais e a minha existência íntegra como requisito de independência. Nesse aspecto, a questão parece estar resolvida, se compreendido que a autorização unilateral vem apenas ratificar o direito à autodefesa.

Quanto à designação de Ripstein do direito inato baseado na capacidade de perseguir propósitos, o questionamento foi que a inclusão dessa capacidade como parte de um direito inato individual suprimiria, em tese, o caráter relacional do direito (um direito oponível ao outro). Assim, se, a princípio, o direito inato pressupõe igualdade inata e estar irrepreensível, de modo que cada pessoa legitimamente espera isso de todas as outras, a capacidade de perseguir propósitos vem explicar como cada um desenvolve suas autorizações positivamente.

O crítico considera que, ao acrescentar o componente, Ripstein pauta que todos têm o direito de estabelecer e perseguir fins escolhidos, fornecendo uma especificação *positiva* que suplementa a especificação *negativa* de independência em relação aos

¹⁸¹ “One’s rights in external objects of one’s choice are a more or less natural extension of one’s rights in the use of one’s own body” (FLIKSCHUH, 2010, p. 302).

outros¹⁸². Nessa visão, se *Force and Freedom* afirmasse apenas que todo mundo tem direito à independência do poder de escolha de outro sobre ele, poder-se-ia pensar como uma petição de princípio sobre por que todo mundo tem esse direito¹⁸³.

Entretanto, essa interpretação e questionamento da capacidade de perseguir propósitos são falhos, porque o exercício de suplementação positiva feita pelo crítico recorre à mera afirmação de *ter capacidade de perseguir propósitos*, em vez de *não ter os seus propósitos definidos por outrem que não eu mesmo*. A ideia de independência sustentada por Ripstein sugere uma dinâmica relacional de *ter o direito de não ter os seus propósitos definidos por outrem que não eu mesmo*. Ou seja, não se fala em livre exercício de capacidade de perseguir propósitos, mas sim em direito relacional de impedir que outro o faça por você.

Dito em outras palavras, a objeção apresentada considera que a independência é um aspecto negativo e relacional na medida em que o outro não pode interferir na minha liberdade. E a capacidade de perseguir propósitos é uma especificação positiva porque dá a cada um o direito de definir e perseguir propósitos, sendo inviável a perspectiva relacional. Contudo, para Ripstein, a capacidade de perseguir propósitos não é uma especificação positiva, mas sim o direito de que nenhuma outra pessoa defina meus fins. E quanto a isso, não há uma perda de perspectiva relacional de que as exigências são reciprocamente coercitivas entre os indivíduos. Dessa forma, a crítica apresentada é contornável e não parece atingir a pretensão de Ripstein de oferecer uma teoria que trata do exercício de direito com limites recíprocos, vale destacar, não por essa razão, como será analisado no capítulo seis.

3.2 O vício de circularidade da liberdade como independência

Esta objeção sustenta que a especificação de direito inato à liberdade é viciosamente circular porque a *liberdade* é definida em termos que apelam ao *direito* e o *direito*, em termos que apelam à *liberdade*. Além disso, sustenta que a ideia de liberdade como independência, na forma especificada por Ripstein, não é uma interpretação atraente da ideia de liberdade¹⁸⁴.

¹⁸² (FLIKSCHUH, 2010).

¹⁸³ (FLIKSCHUH, 2010).

¹⁸⁴ (OWEN, 2012).

Como foi visto no capítulo anterior, Ripstein sugere que a liberdade — enquanto independência de ser constrangido pela escolha alheia, na medida que se coexiste com a independência de outras pessoas — é o único direito originário pertencente a todo ser humano. Ao fazer do direito inato à liberdade a base para quaisquer outros direitos, uma exigência de *unidade* passa a ser cobrada de sua explicação de justiça política, pois todos os direitos derivam dessa liberdade. Assim, a “perspectiva kantiana defendida por Ripstein parece oferecer uma maneira poderosa de articular as demandas de uma moralidade política liberal”¹⁸⁵.

Questiona-se, porém, se o direito à liberdade pode “fundamentar todos os outros direitos, porque a noção de liberdade na qual se baseia *pressupõe* os próprios direitos que pretende estabelecer”¹⁸⁶. Esta objeção sugere que a noção de liberdade de Ripstein é viciosamente circular, pois *fundamenta* todos os *direitos*, *pressupondo* uma explicação desses *direitos*. Neste sentido:

Essa circularidade viciosa surge do endosso de Ripstein às seguintes reivindicações:

- a. O direito à liberdade fundamenta todos os outros direitos.
- b. O direito à liberdade é o direito de cada indivíduo de ser seu próprio senhor, de ser independente da vontade dos outros.
- c. A independência da vontade dos outros consiste na capacidade de usar seus próprios meios para perseguir seus próprios propósitos de forma robusta, sem impedimentos por outros.
- d. Os próprios meios e propósitos de alguém são os meios e propósitos aos quais se tem direito.
- e. O direito à liberdade é, portanto, o direito de usar os meios e perseguir os fins a que se tem direito, robustamente desimpedido por outros¹⁸⁷.

A dificuldade que se apresenta, então, é como determinar quais são os poderes e propósitos de uma pessoa. Se, por exemplo, um policial abordar e parar um ladrão, há o impedimento de que o criminoso use seus poderes para seu propósito, e, neste cenário,

¹⁸⁵ “The Kantian outlook advocated by Ripstein seems to offer a powerful way of articulating the demands of a liberal political morality” (VALENTINI, 2012, p. 453).

¹⁸⁶ “Ground all other rights because the notion of freedom on which it relies presupposes the very rights it aims to establish” (VALENTINI, 2012, p. 453).

¹⁸⁷ “This vicious circularity arises from Ripstein’s endorsement of the following claims: a. The right to freedom grounds all other rights. b. The right to freedom is the right of each individual to be his/her own master, to be independent of the will of others. c. Independence of the will of others consists in the ability to use one’s own means to pursue one’s own purposes robustly unhindered by others. d. One’s own means and purposes are the means and purposes one has a right to. e. The right to freedom is therefore the right to use the means and pursue the purposes one has a right to, robustly unhindered by others” (VALENTINI, 2012, p. 453).

difícilmente seria possível considerar essa intervenção injusta, porque a intervenção legítima é destinada a impedir obstáculo à liberdade por motivos de justiça¹⁸⁸.

Por isso, a presente objeção a *Force and Freedom* sustenta que “até que tenhamos uma explicação independente da justiça, não podemos saber se alguém é livre ou não. A menos que saibamos o que é nosso, não podemos saber se as restrições à nossa agência são violações de nossa independência”¹⁸⁹. O problema, portanto, é que Ripstein não *fundamenta* todos os direitos e prerrogativas, simplesmente *deriva* a noção de liberdade desses direitos, ou seja, ele os *pressupõe*.

Na visão de Ripstein, se, por exemplo, Maria abre um comércio ao lado da loja de Madalena, vendendo produtos similares a preços mais competitivos, isso pode piorar muito a situação de Madalena. No entanto, ao fazê-lo, Maria não prejudica Madalena, porque não interfere em sua liberdade como independência. Essa situação pode gerar aborrecimento, mas não constitui uma injustiça. Madalena continua sendo mestre de si, apesar da situação piorada. Acontece que, em exemplos similares a este, fornecidos por Ripstein, há uma suposição tácita sobre o caráter gerador de direitos dos processos de livre mercado. Supõe-se que as trocas de livre mercado estão gerando direitos independentemente de seus resultados¹⁹⁰. Contudo,

Essa suposição é controversa e certamente não “implícita” no significado de liberdade. Em algumas explicações de justiça (a de Rawls, por exemplo), os processos de livre mercado precisam ser regulamentados para serem consistentes com os direitos dos indivíduos. Se tais processos levam a desigualdades excessivas, argumenta Rawls, seus resultados precisam ser retificados para preservar as trocas de livre mercado ao longo do tempo¹⁹¹.

Portanto, o desacordo com a tese de Ripstein é que, se a interação entre pessoas envolve, ou não, violação de liberdade, seria necessária uma explicação apartada sobre o direito das pessoas para saber *o que é liberdade como independência*. Em Ripstein, a liberdade é definida por referência aos direitos das pessoas, logo, apenas violações de direitos podem contar como restrições à liberdade. Todavia, esse argumento é

¹⁸⁸ (VALENTINI, 2012).

¹⁸⁹ “Until we have an independent account of justice, we cannot know whether someone is free or unfree. Unless we know what is ours, we cannot know whether constraints on our de facto agency are violations of our independence” (VALENTINI, 2012, p. 454).

¹⁹⁰ (VALENTINI, 2012).

¹⁹¹ “This assumption is controversial, and certainly not ‘implicit’ in the meaning of freedom. On some accounts of justice (Rawls’s, for instance), free market processes need to be regulated in order to be consistent with individuals’ rights. If such processes lead to excessive inequalities, Rawls argues, their outcomes need to be rectified in order to preserve free market exchanges over time” (VALENTINI, 2012, p. 454).

contraintuitivo, porque há muitas ações que restringem a liberdade das pessoas sem violar direitos. Por exemplo, é proibido invadir a propriedade legítima de outros. Essa restrição diminui a liberdade de uma pessoa e, no entanto, é perfeitamente consistente com o direito¹⁹².

A construção do argumento em *Force and Freedom* é, portanto, circular, porque define direitos e liberdade juntos, e essa circularidade o torna incapaz de dizer algo determinado sobre restrições e permissões apropriadas. Se a objeção for aceita, a liberdade, definida em termos de direitos das pessoas, não pode constituir fundamento de todos os outros direitos. A explicação prévia de quais são esses direitos, como uma teoria da justiça, seria necessária para completar essa noção de liberdade como independência¹⁹³. Do contrário, “a natureza unificada da abordagem kantiana oferecida por Ripstein é apenas ilusória”¹⁹⁴.

Além dessa divergência, a teoria de Ripstein é acusada de fornecer uma concepção moralizada da liberdade que é normativamente pouco atraente¹⁹⁵. Sustenta-se que, em *Force and Freedom*, ser independente é não ter direitos violados, embora limitações na capacidade de agir não contem como restrições de liberdade. Também não são consideradas restrições se há impedimento, por exemplo, de violar direitos dos outros. O que é considerado intuitivamente como restrições de liberdade não o são para Ripstein. Para o autor, liberdade é estar livre para usar os meios e buscar os propósitos que se tem *direito* de perseguir. Assim, “atos de coerção que são consistentes com a liberdade (ou seja, com os direitos das pessoas) simplesmente não contam como coercitivos porque não limitam a liberdade”¹⁹⁶.

O problema é que, ao distinguir “coerção *legítima* e *ilegítima* — a primeira sendo a coerção exercida de acordo com os *direitos das pessoas*, a segunda sendo a coerção exercida em *violação desses direitos*” —, Ripstein apela ora para uma noção de *liberdade moralizada*, ora para uma noção de *liberdade não moralizada*. Na *liberdade moralizada* (*visão dominante*) = “A” é livre se, e somente se, “A” puder usar os meios a que *tem direito* e perseguir os fins a que *tem direito*, robustamente desimpedido por outros. Lado outro, a *liberdade não moralizada* = “A” é livre se, e somente se, “A” puder usar os meios

¹⁹² (VALENTINI, 2012).

¹⁹³ (VALENTINI, 2012).

¹⁹⁴ “The unified nature of the Kantian approach offered by Ripstein is only illusory” (VALENTINI, 2012, p. 454).

¹⁹⁵ (VALENTINI, 2012).

¹⁹⁶ “Acts of coercion that are consistent with freedom (i.e., with people’s rights) simply do not count as coercive because they do not limit freedom” (VALENTINI, 2012, p. 455).

que “A” possui e perseguir os propósitos que possui, robustamente desimpedidos por outros¹⁹⁷. Na liberdade não moralizada, não há menção ao direito.

A liberdade moralizada, pautando a *liberdade* como *direito* de usar os meios que uma pessoa possui, e buscar os propósitos que se tem, gera duas dificuldades. A primeira concebe uma moralidade política tendenciosa ao *status quo*, de forma que são os direitos positivos que determinam os direitos morais. A segunda considera que os fins que cada pessoa busca tendem a entrar em conflito, o cenário em que cada pessoa persegue os próprios fins é cenário inválido de justiça¹⁹⁸.

Compreendido assim, não há como sustentar que a liberdade como independência atua dentro de limites recíprocos, mas, sim, que se goza de mais ou menos liberdade a depender dos limites impostos pelo direito¹⁹⁹. Essa crítica ganha contornos importantes, se for considerado que as regras de um sistema de liberdade igual podem ser austeras o suficiente, inclusive, para gerar dominação. Se o Estado permite o uso dos meios, independentemente de como foram obtidos, dado o tamanho da desigualdade gerada, “algumas pessoas podem se tornar virtualmente mestres de outras”²⁰⁰.

Apesar da ausente explicação prévia de direitos individuais, a construção de Ripstein da liberdade como independência oferta uma interpretação valiosa. Uma maneira de evitar as dificuldades e torná-la imune a esta objeção seria fornecer uma explicação completa de moralidade política, baseada em certa quantidade de liberdade (igual, suficiente etc.). Assim, cada um consegue desfrutar de forma robusta de uma esfera de decisão, delimitada por seus direitos e prerrogativas, na qual possa perseguir seus fins sem ser interferido por outros²⁰¹.

Nessa interpretação alternativa, o que é liberdade e qual a quantidade de liberdade seriam questões separadas, resolvendo o problema da circularidade²⁰². Teorias da justiça contemporâneas proveem construções argumentativas neste sentido, fornecendo ainda as métricas de liberdade, entretanto, esse não é um caminho que Ripstein parece querer percorrer, sobretudo porque tornaria a explicação abertamente menos unificada.

Outro ponto de vista diferente, mas com estratégia de argumentação semelhante quanto ao diagnóstico de circularidade, considera que a reconstrução teórica feita por

¹⁹⁷ (VALENTINI, 2012).

¹⁹⁸ (VALENTINI, 2012).

¹⁹⁹ (VALENTINI, 2012).

²⁰⁰ “When inequalities are too large, some people can virtually become other people’s masters” (RONZONI, 2012, p. 474).

²⁰¹ (VALENTINI, 2012).

²⁰² (VALENTINI, 2012).

Ripstein *pressupõe*, em vez de explicar, os conceitos de *sujeitar* e *afetar* para caracterizar o que constitui *ilícitos*. Essa crítica questiona a importância moral da distinção entre ações que *sujeitam* os propósitos dos outros às nossas escolhas, e ações que meramente *afetam* o contexto em que os outros perseguem seus propósitos.

De forma geral, o argumento é que a liberdade como independência não pode suportar o ônus justificativo que lhe é exigido²⁰³. A ausência de outros recursos, além da independência ou sujeição, impede o êxito de Ripstein de fundamentar todo um sistema de direitos morais exigíveis, tanto públicos quanto privados, em uma ideia única e simples de independência²⁰⁴.

Ripstein considera que a distinção entre *afetar* e *sujeitar* as escolhas dos outros é “central para o argumento de Kant”²⁰⁵. Se vou à praia e você está tomando sol no meu local favorito, impedindo-me de aproveitar meu dia de folga, você não me *submete* às suas escolhas, apenas *afetou* o contexto no qual eu faço minhas próprias escolhas, dificultando que eu alcançasse meus fins que, de outra forma, eu teria sido capaz de alcançar na sua ausência. A objeção que se apresenta é, então, como determinar o que é *afetar* e o que é *sujeitar*? “Quais são os critérios para determinar quais usos dos meios de uma pessoa (incluindo o próprio corpo) contam como *sujeição* às escolhas de outros e quais contam apenas como *afetando-os*?”²⁰⁶.

Como foi visto no capítulo dois, quando Ripstein introduz o direito inato à liberdade sob a Lei Universal, a sujeição é explicada no contexto de ações que *usurpam* e *destroem* poderes para estabelecer fins alheios. Por isso, critica-se que não há, em *Force and Freedom*, um esclarecimento sobre quando assumir o controle dos poderes da outra pessoa é ilegítimo, ou mesmo quais poderes ou meios são legitimamente do outro. Assim, “precisamos encontrar uma noção de *sujeição* que explique por que, em vez de pressupor que as ações que ela destaca estão ilícitas”²⁰⁷.

Para sustentar a falha de Ripstein quanto à distinção necessária entre *afetar* e *sujeitar*, sem apelar para outras ideias que não independência ou não sujeição, um experimento mental é apresentado através de cenários que parecem ser indistinguíveis do

²⁰³ (OWEN, 2012)

²⁰⁴ (SANGIOVANNI, 2012).

²⁰⁵ (RIPSTEIN, 2009, p. 39).

²⁰⁶ “What are the criteria for determining which uses of one’s means (including one’s body) count as subjecting others’ choices, and which ones count as merely affecting them?” (SANGIOVANNI, 2012, p. 462).

²⁰⁷ “We need to find a notion of subjection that explains why rather than presupposes that the actions it singles out are wrong” (SANGIOVANNI, 2012, p. 463).

ponto de vista da liberdade, mas que são moralmente muito diferentes²⁰⁸. Nesse experimento, suponha que você pode pegar o caminho longo ou curto para o Prado. Você preferiria seguir o caminho mais curto e o faria se não fossem as seguintes situações:

Caso 1: Você sabe que, se você pegar o caminho mais curto, eu vou parar você no caminho e bombardeá-lo com perguntas sobre detalhes da viagem ao Camboja, que você se sentirá obrigado a responder. As perspectivas de se envolver em uma conversa são suficientemente sombrias para fazer você tomar o caminho mais longo.

Caso 2: Você sabe que estarei empoleirado em um café ao longo da estrada (curta), esperando olhar para você enquanto você passa. Mesmo que você saiba que eu não vou atacar ou agredir você, você não quer sentir meus olhos em você, então você toma o caminho mais longo.

Caso 3: Você sabe que estarei posicionado em um café ao longo da estrada (curta), pronto para tirar fotos suas para minha coleção particular de retratos. Você não quer ser fotografado, então toma o caminho mais longo.

Caso 4: Você sabe que eu estarei pairando em um telhado ao longo da estrada (curta), pronto para jogar um grande balde de água fria sobre você enquanto você passa. (Sou um brincalhão inveterado e detestável). Você não quer ficar encharcado, então toma o caminho mais longo.

Caso 5: Você sabe que vou quebrar seu joelho, quando você descer na estrada curta. Você toma o longo caminho²⁰⁹.

A princípio, nos casos 1, 2 e 3, a possibilidade de interromper, encarar e fotografar apenas *afeta* o contexto em que você age, mas sem sujeitá-lo às escolhas do outro. Nos casos 4 e 5, fica clara a *sujeição*. A objeção apresentada é que essa diferenciação é traçada sem nenhum critério. Não há, em Ripstein, a explicação do que seria *sujeição*. Não é improvável que, nos casos 1, 2 e 3, eu tenha uma capacidade irrestrita de interferir unilateralmente em suas escolhas — ou seja, que eu torne as coisas piores para você do que teriam sido se eu não tivesse essa capacidade. Eu tenho a capacidade de fazer com que você tome o caminho mais longo. “Ao potencialmente abordar, encarar, fotografar, encharcar [...] eu privo você do poder de decidir se você seguirá ou não o caminho curto sem impedimentos; eu me faço o mestre de suas escolhas sobre essa opção”²¹⁰.

²⁰⁸ (SANGIOVANNI, 2012).

²⁰⁹ “Case 1: You know that, if you take the short road, I will stop you on the way and bombard you with questions regarding travel details to Cambodia, which you’ll feel obliged to answer. The prospects of becoming entangled in conversation are sufficiently bleak to make you take the long route instead. Case 2: You know that I will be perched at a café alongside the (short) road, hoping to stare at you as you walk by. Even though you know I will not attack or assault you, you don’t want to feel my eyes on you, so you take the long route. Case 3: You know that I will be positioned at a café alongside the (short) road, ready to take pictures of you for my private collection of portraits. You don’t want to be photographed, so you take the long route. Case 4: You know that I will be hovering on a rooftop along the (short) road, ready to throw a big bucket of cold water over you as you pass by (I’m an inveterate and obnoxious prankster). You don’t want to be drenched, so you take the long route. Case 5: You know that I will break your kneecaps as you alight onto the short road. You take the long route” (SANGIOVANNI, 2012, p. 464-465).

²¹⁰ “By potentially accosting, staring, photographing, drenching [...] I hence deprive you of the power to decide whether or not you will take the short route unhindered; I make myself the master of your choices over that option” (SANGIOVANNI, 2012, p. 465).

Se, por um lado, esse argumento considera que estou restringindo sua liberdade no sentido relevante, estou, portanto, agindo ilicitamente; de outro lado, poder-se-ia argumentar que os casos 1, 2 e 3 apenas *afetam* em vez de *sujeitar* suas escolhas. Como não há um direito antecedente (como parte de um sistema de direitos) de seguir o caminho mais curto, livre de pessoas olhando, fotografando ou falando com você, não haveria nenhum ilícito. Neste sentido, “eu apenas submeto suas escolhas quando as ações que eu realizaria se você tomasse o caminho mais curto violam seu direito inato à liberdade sob a Lei Universal”²¹¹.

Contudo, a objeção endereçada à *Force and Freedom* sustenta que tais direitos ainda necessitariam de uma *fundamentação*. Nessa perspectiva, não fica claro qual a razão pela qual te encharcar ou quebrar seu joelho são violações ao direito inato, mas abordar ou fotografar não. Em todos os casos, ao que parece, há uma interferência unilateral nas escolhas do outro, porque a opção de seguir o caminho sem impedimentos é inelegível. Assim, a distinção ente *afetar* e *sujeitar* não poderia ser fundada apenas na explicação de liberdade como independência. Neste sentido,

Talvez a diferença entre abordar, encarar, fotografar, por um lado, e encharcar e bater nos joelhos, por outro, seja que no último “eu impeço você de usar seu corpo como achar melhor” (Ripstein 2009: 46), mas não no primeiro? A diferença não pode ser capturada pela ideia de que nos três primeiros casos eu não decido por você o que deve ser feito com seu corpo, mas nos dois últimos eu decido? Não vejo como isso pode ajudar. Você prefere usar seu corpo de forma a evitar que ele seja abordado, assim como você preferiria usar seu corpo de forma a evitar que ele seja encarado, fotografado, agredido ou encharcado. Por que seu controle sobre como dispor do seu corpo como um agente autodirigido não se estende ao controle de quem pode olhar para ele, abordá-lo ou fotografá-lo?²¹²

Uma estratégia disponível a Ripstein para resistir a esse desacordo seria apelar aos direitos relacionais. Em *Force and Freedom*, fica claro que a definição de interesses ou de liberdades individuais, e seu posterior balanceamento, não é objetivo da sua estrutura de direito. Os direitos são identificados apenas como parte de um sistema que define restrições recíprocas. Na concepção relacional da obra, você só tem os direitos de usar os

²¹¹ “I only subject your choices when the actions which I would perform were you to take the short route themselves violate your innate right to freedom under universal law” (SANGIOVANNI, 2012, p. 465).

²¹² “Perhaps the difference between accosting, staring, photographing on one hand, and drenching and kneecapping on the other is that in the latter ‘I stop you from using your body as you see fit’ (Ripstein 2009: 46) but not in the former? Can’t the difference be captured by the idea that in the first three cases I don’t decide for you what is to be done with your body, but in the last two I do? I don’t see how this can help. You prefer to use your body in such a way as to prevent its being accosted, just as you would prefer to use your body in such a way as to prevent its being stared at, photographed, kneecapped or drenched. Why doesn’t your control over how to dispose of your body as a self-directed agent extend to controlling who can stare at it, accost it or photograph it?” (SANGIOVANNI, 2012, p. 465-466).

meios disponíveis para você de acordo com o direito de todos os outros fazerem o mesmo. Não há, dessa forma, exigência de uma explicação comparativa entre os direitos.

Todavia, na perspectiva dessa objeção, é preciso estabelecer critérios para determinar o que conta como seus meios e o que conta como meus, isto é, quais usos são permitidos de seus meios e o que conta como usos permitidos dos meus meios. Isso acontece porque não há como analisar cenários sem pressupor uma explicação de direito. “Ter um direito é não comparativamente relacional: assim como não existe tio sem irmãos, não existe direito sem sistema de direitos”²¹³. Dito em outros termos:

Se você fosse obrigado a explicar a um aspirante a legislador kantiano que os usos dos meios das pessoas (incluindo seu corpo) violam a independência de outras pessoas ao sujeitar suas escolhas (como nos casos 1 a 5) e, portanto, quais direitos (não comparativamente relacionais) devem restringir o uso de seus próprios meios pelas pessoas, você seria forçado a apontar para outras considerações morais além de independência ou sujeição²¹⁴.

Somente uma explicação prévia de direitos poderia sustentar, por exemplo, que caminhar pelo caminho curto sem impedimentos é classificado em relação a algum outro direito, como o de tirar fotos sem permissão prévia, de modo que em um, ou outro caso, haverá mais ou menos sujeição comparativamente. Logo, “somente uma abordagem baseada no equilíbrio de diferentes direitos baseados em interesses pode fazer o trabalho”²¹⁵. Sob esse ponto de vista não relacional, Ripstein precisa formular e defender uma explicação da sujeição que possa lidar com variados casos, como os apresentados. Do contrário, “deve desistir de sua principal ambição motivadora, ou seja, fornecer toda uma filosofia de direito fundada unicamente na ideia de liberdade sob a lei universal”²¹⁶.

Ripstein responde diretamente aos críticos quanto à objeção da circularidade. Entende que a aparência circular se deve a uma má interpretação do argumento. Considera que, no máximo, os direitos kantianos são parcialmente indeterminados, contudo, sem causar problemas para o empreendimento como um todo²¹⁷.

²¹³ “Just as there is no such thing as being an uncle without siblings, there is no such thing as a right without a system of rights” (SANGIOVANNI, 2012, p. 466).

²¹⁴ “If you were required to explain to an aspiring Kantian legislator which uses of people’s means (including their body) violate other people’s independence by subjecting their choices (such as in cases 1 to 5), and hence which (noncomparatively relational) rights should constrain people’s use of their own means, you would be forced to point to moral considerations other than independence or subjection” (SANGIOVANNI, 2012, p. 468).

²¹⁵ “Only an approach based on the balancing of different interest-based rights can do the job” (RONZONI, 2012, p. 474).

²¹⁶ “Must give up on its main motivating ambition, namely to provide an entire philosophy of right grounded solely in the idea of freedom under universal law” (SANGIOVANNI, 2012, p. 468).

²¹⁷ (RIPSTEIN, 2012).

Na visão ripsteiniana, os críticos fazem uso da apresentação inicial da sua visão de Kant, quando são explorados os fardos justificatórios do direito inato, sem, entretanto, dar sequência aos argumentos que introduzem novos conceitos e novas etapas que vão desde o direito inato, passando pelos direitos adquiridos até o direito público. Ao ignorar esse desenvolvimento sequenciado, há, na visão do autor, uma deturpação de sua posição. Primeiro, o autor considera que foi avaliado como um libertário, relutante à redistribuição, quando, na verdade, este tema é tratado em *Force and Freedom*. Segundo, acusam-no de introduzir uma premissa não argumentada sobre valor moral dos mercados, quando, na verdade, foram encurtados os argumentos sobre natureza e possibilidade dos direitos adquiridos²¹⁸.

A deturpação feita pela crítica é preliminar, na visão do autor. Ripstein explica que o ponto de partida do argumento da obra está no Princípio Universal do Direito, porém este não é um “princípio que se supõe ser suficiente para determinar exaustivamente o que é e o que não é permitido”²¹⁹. Esse princípio não é um critério de correção do qual se requerem apenas informações factuais, respondendo a todas as questões possíveis. Se assim fosse, estaria comprometido com um instrumentalismo de instituições legais e políticas. Isso é exatamente o oposto do que pretende sustentar. Ripstein explica:

Em cada estágio do argumento, as normas relevantes não são ferramentas para produzir um resultado moral que possa ser caracterizado sem referência a elas; o direito inato não é uma maneira de trazer vidas bem-sucedidas; os direitos privados não são uma forma de fazer com que os objetos sejam usados de forma eficaz, e o direito público não é um instrumento destinado a fazer com que os direitos privados funcionem mais suavemente²²⁰.

No projeto apresentado por Ripstein, os direitos são explicados através de um sistema maior de direitos, desenvolvido através dos estágios sequenciados dos argumentos. “Assim entendido, nenhuma questão de circularidade ou vazio surge”²²¹. O que os críticos caracterizam como *circularidade* pode ser considerado como *indeterminação*²²². A indeterminação provê concepções abstratas que fundam a

²¹⁸ (RIPSTEIN, 2012).

²¹⁹ “Principle that is supposed to be sufficient to determine exhaustively what is and is not permissible” (RIPSTEIN, 2012, p. 489).

²²⁰ “At each stage in the argument, the relevant norms are not tools for bringing about a moral result that could be characterized without reference to them; innate right is not a way of bringing about successful lives; private rights are not a way of seeing to it that objects are used effectively, and public right is not an implement designed to make private rights operate more smoothly” (RIPSTEIN, 2012, p. 489).

²²¹ “So understood, no issue of circularity or emptiness arises” (RIPSTEIN, 2012, p. 491).

²²² (RIPSTEIN, 2012; RONZONI, 2012).

necessidade de sair do estado de natureza, bem como a necessidade de um Estado. São os *conceitos de direito* abstratos que fornecerão os recursos para resolver as particularidades, sem recorrer a aspectos empíricos²²³.

Deste modo, o Princípio Universal do Direito não provê *direito à liberdade*, não sujeita um direito, mas sim provê que cada pessoa tem o *direito à liberdade consistente com a mesma liberdade* dos outros²²⁴. Dessa forma, o direito à liberdade de cada um só pode ser respondido em referência aos outros desfrutando da mesma liberdade. Na interpretação ripsteiniana, a justiça não é um objetivo a ser realizado, mas é uma certa posição relacional entre pessoas livres e independentes — posição esta que permite o exercício conjunto do direito à liberdade de todos, que só pode ocorrer dentro de uma *condição de direito*²²⁵.

Se eu quiser uma resposta sobre como o exercício da escolha de uma pessoa pode ser independente do exercício de escolha do outro, Ripstein apelará para a distinção entre interferir nos meios que alguém já possui e simplesmente mudar o contexto no qual essa pessoa usa esses meios²²⁶, afinal, é assim que o autor articula o direito inato da liberdade como independência.

Contudo, mesmo nesta articulação, Ripstein foi acusado de prover uma versão moralizada da interferência na qual uma pessoa prejudica outra apenas no caso de a primeira interferir na segunda de uma maneira moralmente proibida, criando, assim, um argumento *circular* e tendencioso ao *status quo*. Em réplica a essa objeção, Ripstein considera que faltou atenção dos comentaristas à estrutura do Princípio Universal do Direito. Este princípio, na visão do autor, não concebe o efeito da ação de uma pessoa sobre outra. “Em vez disso, concentra-se em saber se cada membro da pluralidade de seres em interação poderia desfrutar direitos sob a Lei Universal”²²⁷.

Ainda em sua réplica, Ripstein considera que a crítica ignorou essa estrutura argumentativa, construindo um experimento mental concentrado em cenários em que uma pessoa está levando outra a mudar os seus planos. Todavia, o direito à liberdade em *Force and Freedom* deve ser entendido como um direito sob a Lei Universal, logo, impedir um obstáculo à liberdade é consistente com a liberdade. Não há “um direito que você esteja

²²³ (RIPSTEIN, 2012).

²²⁴ (RIPSTEIN, 2012).

²²⁵ (RONZONI, 2012)

²²⁶ (RIPSTEIN, 2012).

²²⁷ “Instead, it focuses on whether every member of plurality of interacting beings could enjoy such rights under universal law” (RIPSTEIN, 2012, p. 490).

nesta ou naquela condição ou situação específica, ou que você faça o que quiser, ou que você faça da maneira que quiser. Tampouco é a ideia de que ninguém pode impor sua vontade a você”²²⁸.

Talvez a crítica da circularidade aponte para questões que a ideia abstrata de liberdade externa não está em condições de responder. Exclusivamente do ponto de vista de conceitos de liberdade igual, não parece haver réplica satisfatória, porque “supõem que o conceito de direito deve ser fundamentado em algo que pode ser expresso sem qualquer referência ao conceito de direito, ou então deve falhar por ser circular”²²⁹.

Sob o ponto de vista de Ripstein, as respostas fornecidas pela teoria satisfazem, pois o Estado atua apenas com referência a *conceitos de direito*. A justiça não é objetivo a ser alcançado, é uma posição relacional que permite o exercício conjunto do direito à liberdade de todos que estão em uma condição de direito. Isso basta, considerando que não faz parte da finalidade do direito ser ferramenta para alocar benefícios e encargos, nem é função das instituições públicas dar às pessoas o que elas dizem que querem²³⁰.

Quem intervém a favor de Ripstein, apresenta uma defesa que concebe o direito à liberdade como base de uma *teoria da justiça completa*²³¹. Por essa perspectiva, a teorização de Ripstein contém uma “resposta poderosa à acusação de circularidade e fornece uma solução totalmente satisfatória para casos de coerção estatal padrão”²³². Em *Force and Freedom*, a justiça não é entendida como um valor ou objetivo a ser promovido, mas sim como um limite e como uma condição capacitadora. Limita, porque estabelece os contornos nos quais os cursos de ação são compatíveis com o exercício do direito à liberdade de todos os agentes morais. É condição capacitadora, pois permite o exercício conjunto e seguro de tal direito. Assim, esse “direito à liberdade como independência para um pacote mais rico de direitos, e não o contrário, é, em última análise, correta”²³³.

A objeção da circularidade sustentou que, para entender quais atos violam a liberdade em um sentido normativamente relevante, é necessário saber, em primeiro

²²⁸ “It is not a right that you be in this or that specific condition or situation, or that you get to do what you want, or that you get to do it in the way that you want to. Nor is it even the idea that nobody gets to impose his or her will on you” (RIPSTEIN, 2012, p. 490).

²²⁹ “Suppose that the concept of a right must either be grounded in something that can be expressed without any reference to the concept of a right, or else must fail because circular” (RIPSTEIN, 2012, p. 491).

²³⁰ (RIPSTEIN, 2012).

²³¹ (RONZONI, 2012).

²³² “Powerful response to the circularity charge, and one which provides a fully satisfactory solution to cases of standard state coercion” (RONZONI, 2012, p. 473).

²³³ “The right to freedom as independence to a richer package of rights, rather than the other way around, is ultimately correct” (RONZONI, 2012, p. 474).

lugar, quais são os direitos que as pessoas têm. Todavia, uma teoria da justiça pode, ela mesma, basear-se na liberdade como independência. “A própria teoria relevante da justiça pode ser fundamentada na ideia de permitir que uma pluralidade de pessoas exerça seu direito à liberdade como independência de forma conjunta e consistente”²³⁴. A restrição de liberdade, então, justifica-se, porque é necessária a possibilidade de exercício conjunto da liberdade por uma pluralidade de agentes, sendo impositiva a tarefa do Estado de usar seu poder coercitivo para permitir tal possibilidade²³⁵. Dessa forma, *Force and Freedom* parece contornar a objeção levantada; assim, tanto sua pretensão de unidade quanto de independência recíproca parecem resistir.

Ainda que as respostas apresentadas por Ripstein sejam consistentes com o seu projeto, entendo que uma lacuna adicional pode ser notada a partir destas objeções à teoria do autor. Como examinado, o primeiro e o segundo estágio do argumento não fornecem uma especificação completa de independência. Seria apenas no terceiro estágio que se constituem as condições legítimas para um sistema de direitos. O ponto que as críticas parecem atacar é *a necessidade de um sistema de direitos prévios definidores da liberdade*.

Em Ripstein, esse sistema se consolida apenas no terceiro estágio, quando a independência pode ser plenamente realizada através de um sistema de direitos exigidos por meio da autorização unilateral. Neste sentido, um ponto que chama atenção é que a circularidade indicada pela crítica parece ser menos entre sistemas de direito e liberdade, e, sim, entre liberdade e a autorização unilateral. Na mesma medida em que a liberdade é garantida pela autorização unilateral, esta também pode, em função de seus objetivos, definir as condições sob as quais o direito pode e deve ser tutelado.

Essa circularidade não foi atacada, porém parece apresentar um problema, porque emerge, da argumentação de Ripstein, um sentido de que tal autorização não vem apenas como uma forma de impor uma restrição normativa às outras pessoas, mas também com outras finalidades. Há, segundo o autor, a necessidade de uma estrutura pública de autoridade atenta a poderes e obrigações como tributação e redistribuição para impedir que direitos de propriedade gerem novas formas de dependência. No entanto, ao conceber apenas o terceiro estágio como sistema de direitos assegurado por uma vontade

²³⁴ “The relevant theory of justice can itself be grounded on the idea of enabling a plurality of persons to exercise their right to freedom as independence in a joint and consistent manner” (RONZONI, 2012, p. 473).

²³⁵ (RONZONI, 2012).

omnilateral e ao incluir nessa vontade objetivos outros que não o direito à liberdade, Ripstein abre espaço para que outros fins que não este sejam abrangidos pelo sistema de direito.

Isso traz implicações de ordem prática. Por exemplo, não é a independência que impedirá que um sujeito tire fotos de mim ao longo do caminho, mas sim o exercício de uma vontade omnilateral (direito público) que proíba a importunação e o direito à imagem de uma pessoa. Neste caso em tela, não foi a violação da minha liberdade que impediu o sujeito de me abordar na rua, mas sim outros fins contidos na vontade omnilateral que não a mera garantia da independência.

Não há dúvidas de que, em sua teoria, a justiça é uma posição relacional garantida a todos que estão em uma condição de direito, de forma que não é função das instituições públicas dar às pessoas o que elas dizem que querem. Em outras palavras, não é — e nem deve ser — uma preocupação de Ripstein a determinação de direitos indeterminados por circunstâncias empíricas específicas, visto que a sua ideia de liberdade é anterior ao sistema de garantias da terceira etapa.

Contudo, o terceiro estágio da explicação de Ripstein que arremata uma justiça inteiramente articulada com a liberdade como independência, para além de um aspecto de autorização, garantia e julgamento sobre o exercício da liberdade, parece abranger também outros fins que não apenas a liberdade em si. Essa seria a razão, em tese, pela qual não se faz necessária uma teoria externa de justiça à explicação de Ripstein. Assim, tais reflexões, acredito, respondem de forma mais consistente o que fora pontuado pela crítica.

Entretanto, simultaneamente, a resolução deste problema parece criar questionamentos adicionais. O terceiro estágio da explicação da liberdade como independência faz emergir dúvidas em relação à capacidade do autor de prover uma teoria completamente não instrumental da liberdade. Sobre tal assunto, que está ligado à hipótese que pretendo analisar ao longo desta tese, retornarei no capítulo seis.

3.3 A subdeterminação do conceito de liberdade

Discordando dos críticos de que o conceito de liberdade é circular, a objeção que será apresentada refere-se à subdeterminação da liberdade ripsteiniana. Essa posição revela que o direito à liberdade pode constituir a base de uma teoria de justiça completa, mas, para que esse objetivo seja alcançado, contingências da natureza humana, da vida

política e social devem fazer parte da argumentação. A crítica opera em termos consideravelmente mais simpáticos à abordagem de Ripstein, mas visam empurrá-la para além dos próprios argumentos construídos na obra.

Essa objeção considera essencial que, ao conceito amplamente abstrato de liberdade enquanto independência, deve:

ser incorporada, entre outras coisas, uma explicação da natureza humana e uma concepção da pessoa; um relato geral, mas adequadamente rico, de quais poderes e proteções os agentes humanos precisam desfrutar para serem seus próprios mestres; e uma explicação antropológica e empiricamente informada de quais tipos de vulnerabilidade humana, formas de interação e dinâmicas e estruturas sociais podem ameaçar nossa capacidade (ricamente definida) de sermos nossos próprios mestres²³⁶.

Para resolver esse problema da subdeterminação, dados empíricos e antropológicos podem fornecer um passo intermediário para derivar um pacote completo e concreto de direitos, deveres e instituições. Dessa forma, fornecem-se uma interpretação da liberdade como independência e uma determinação acerca dos seus obstáculos. Na ausência dessa emenda à abordagem de Ripstein, o conceito de liberdade como independência pode ficar desorientado e retórico²³⁷. Por isso, o passo intermediário ainda é capaz de prover um nível adequado de generalidade que se espera de uma filosofia política.

Anteriormente, a objeção da circularidade sustentou que a concepção ripsteiniana de liberdade não poderia fundamentar um pacote de direitos suficientemente orientador da ação. Nessa perspectiva, a liberdade como independência, sem qualquer especificação adicional, seria inconclusiva. A presente objeção considera que essa dificuldade não decorre da *circularidade*, mas da *subdeterminação*. Assim, não é necessária uma definição independentemente de quais direitos as pessoas têm, mas de uma explicação rica e empiricamente informada da liberdade como a própria independência²³⁸. O reparo à abordagem de Ripstein é explicado através de dois casos anteriormente explorados neste trabalho.

O primeiro caso trata do livre mercado. A princípio, há uma concordância com a ideia de que não há como *subentender* as condições de mercado pelo conceito de

²³⁶ “(...) must be embedded in, among other things, an account of human nature and a conception of the person; a general but suitably rich account of which powers and protections human agents need to enjoy in order to be their own masters; and an anthropologically and empirically informed account of which kinds of human vulnerability, forms of interaction, and social dynamics and structures, can threaten our (richly defined) capacity to be our own masters” (RONZONI, 2012, p. 472).

²³⁷ (RONZONI, 2012).

²³⁸ (RONZONI, 2012).

liberdade como independência. Entretanto, isso não implica que se deve ter uma explicação fora da independência. Nessa perspectiva, não é preciso uma teoria de justiça distributiva que vá dizer se o mercado deve ou não ser regulado. À luz da liberdade como independência, essa resposta pode ser dada. Todavia, seria necessário um passo intermediário que fornecesse uma interpretação mais rica da questão. Ou seja, não se fazem deduções sobre o mercado, complementa-se com as seguintes questões:

Que limite razoável, abaixo do qual as pessoas não podem mais ser descritas como sendo seus próprios mestres, devemos estabelecer? Quais relações sociais e psicológicas, além da coerção física direta, podem ser consideradas ameaças à independência e, portanto, potencialmente dominantes em sua natureza e efeitos? Você está livre se eu lhe fizer uma oferta que você não pode recusar razoavelmente? E esse mesmo limiar de “razoabilidade” é universalmente determinado, ou depende de contextos sociais específicos e formas de interações sociais? É possível que uma ação ameace a liberdade em um contexto e não em outro?²³⁹

Ao interpretar o direito à liberdade, fornecendo esse passo intermediário, com informações empíricas e antropológicas, seria possível argumentar, por exemplo, se certas formas de desigualdades e discrepâncias no poder socioeconômico permitem modos de dominação que necessariamente comprometem a liberdade como independência, ou, ainda, qual o efeito de certos arranjos socioeconômicos para a liberdade²⁴⁰. Uma interpretação de liberdade empiricamente informada pela ação humana e pela dinâmica social é capaz de sinalizar quais restrições de nossas opções prejudicam a capacidade de cada um ser seu próprio mestre²⁴¹.

O segundo caso analisado nesta objeção trata do experimento mental explicado previamente. A objeção da circularidade sustentou que, para que os casos em que encarar ou tirar fotos caracterizassem ilícitos, seria necessário um equilíbrio de interesses preexistentes que indicasse quando a coerção estatal seria justificada. Diferentemente, nesta objeção, defende-se que basta uma “interpretação de quais tipos de ações e vulnerabilidades podem ser ameaças à liberdade como independência em um contexto

²³⁹ “Which reasonable threshold, below which persons can no longer be described as being their own masters, should we set? Which social and psychological relations, apart from direct physical coercion, can be considered to be threats to independence and therefore potentially dominating in their nature and effects? Are you free if I make you an offer that you cannot reasonably refuse? And is this very threshold of ‘reasonableness’ universally determined, or does it depend on specific social contexts and forms of social interactions? Is it possible for an action to be freedom-threatening in one context and not in another?” (RONZONI, 2012, p. 475).

²⁴⁰ (RONZONI, 2012).

²⁴¹ (RONZONI, 2012).

social específico”²⁴². Isto é, o limite da ameaça não emerge do conceito de liberdade como independência e pode variar de contexto social para outro. Por exemplo, os casos de *stalking* podem ter efeitos silenciadores e paralisantes, sobretudo em mulheres, considerando uma sociedade machista. “Pode muito bem ser que algumas pessoas não possam ser seus próprios mestres se souberem que outras têm o direito de observar e tirar fotos de tudo o que fazem”²⁴³.

Neste sentido, uma teoria da justiça pode ser fundada na liberdade, todavia, faltam elementos que não podem ser apenas deduzidos. Por isso, uma “interpretação da liberdade de independência — e plausivelmente, empiricamente informada e sensível ao contexto — deve ser fornecida para estabelecer uma ligação entre o direito à liberdade e uma teoria de justiça completa”²⁴⁴.

Esses pontos de partida empíricos e antropológicos parecem ser tudo que Ripstein quer evitar. A visão principiológica abstrata é claramente oferecida em *Force and Freedom*. Lado outro, a crítica indica que relegar pontos de desacordo ao domínio da aplicação, e não no campo da filosofia política, é temerário. Incorporar *juulgamentos* em um estágio anterior da teoria possibilita testar a própria capacidade de julgamento. A teoria da justiça de Rawls, por exemplo, fez uso desse artifício apoiando-se em *insights* sociológicos sobre a natureza da interação humana em contextos complexos. Esse material intermediário, fornecido aos participantes da posição original de Rawls, foi entendido como elementos que desempenham um papel dentro do domínio reflexivo da justificação²⁴⁵.

A presente objeção considera que a abstração priva *Force and Freedom* dos recursos para responder sobre muitas questões prementes da vida social e política. Considera que as maneiras particulares pelas quais uma condição legítima opera devem ser sintonizadas com preocupações morais que vão além daquelas levantadas pelo direito²⁴⁶. Através de uma operacionalização de julgamento, a teoria liberal contemporânea pode se basear em pontos de partida empíricos e antropológicos para

²⁴² “Interpretation of which kinds of actions and vulnerability can be threats to freedom as independence in a specific social context” (RONZONI, 2012, p. 476).

²⁴³ “It could very well be that some people cannot be their own masters if they know that others are entitled to observe and take pictures of whatever they do it could very well be that some people cannot be their own masters if they know that others are entitled to observe and take pictures of whatever they do” (RONZONI, 2012, p. 476).

²⁴⁴ “An interpretation of freedom of independence—and plausibly, an empirically informed and context-sensitive one—must be provided to establish a link between the right to freedom and a full-blown theory of justice” (RONZONI, 2012, p. 476).

²⁴⁵ (OWEN, 2012).

²⁴⁶ (RONZONI, 2012).

abordar questões como: *a)* a exploração, em vez da mera coerção física, conta como uma violação da liberdade?; *b)* o silenciamento das mulheres por meio de normas sociais é uma ameaça ao seu autodomínio?; e *c)* as desigualdades excessivas em contextos de livre mercado podem levar à dominação?²⁴⁷.

Logo, a questão central levantada nessa objeção diz respeito à natureza abstrata do direito inato à liberdade e ao reconhecimento de que trazer esse direito abstrato para os particulares requer julgamento anterior. A preocupação não é se tal julgamento possa ser exercido, mas que *status* ele tem. Nessa visão, tais julgamentos podem ser vistos como estando dentro do domínio da filosofia política²⁴⁸. A centralidade fundacional da liberdade como independência permanece. Porém, um passo intermediário fornecido por interpretações de liberdade seria necessário para transitar do conceito de liberdade para uma teoria da justiça.

Sobre essa sugestão de ampliação do conteúdo de *Force and Freedom*, Ripstein defende que há espaço em sua teoria, contudo, os fatores antropológicos e empíricos devem ser entendidos em relação às *restrições* formais do direito. Assim, estes fatores são *exigidos* pelo princípio do direito, mas não são *fornecidos* por ele. “O princípio do direito, segundo o qual o uso da força só pode ser justificado para proteger a liberdade individual, não depende de achados empíricos ou antropológicos”²⁴⁹. O Estado, porém, deve efetivar o princípio do direito em condições que o autor chama de *princípio de política*; ambiente no qual se administra o direito e maneja seu gerenciamento adequado. Nesse momento, levam-se em conta, sim, fatores empíricos e antropológicos para criar um sistema de liberdade igual, sem dominação. Na visão de Ripstein, é por isso, inclusive, que a acusação de condescendência com o *status quo*, não se sustenta, porque as regras em uma condição legítima devem criar uma moralidade política que exige melhoramento contínuo do Estado²⁵⁰.

As preocupações com formas particulares de opressão não são apenas consistentes com a abordagem de *Force and Freedom*, como também são exigidas por ela. Na réplica de Ripstein, o autor sustenta que a condição de direito deve identificar tais problemas em termos de *conceito de direito* para criar e melhorar a sociedade como um sistema de

²⁴⁷ (RONZONI, 2012).

²⁴⁸ (OWEN, 2012; RONZONI, 2012).

²⁴⁹ “The principle of right, according to which the use of force can only be justified in order to protect individual freedom, does not depend upon empirical or anthropological findings” (RIPSTEIN, 2012, p. 491).

²⁵⁰ (RIPSTEIN, 2012).

liberdade igual. Assim, o sexismo, a pobreza, a intolerância religiosa, quaisquer defeitos, de cada sociedade, serão identificados por meio de *conceitos de direito* kantiano.

Isso não quer dizer que interesses e necessidades sejam considerados no argumento. Na verdade, “somente uma vez que os requisitos do direito tenham sido devidamente articulados, é possível identificar o espaço dentro do qual a particularidade é relevante²⁵¹”. Na concepção de Ripstein, Kant não se abstém de fornecer respostas para os desacordos, inclusive, características históricas e culturais são levadas em conta para identificar formas particulares de dependência, como a pobreza. Contudo, na interpretação ripsteiniana de liberdade igual, os fatores antropológicos e empíricos são externos, mas não de uma forma insignificante²⁵².

Considerando o encadeamento das etapas das ideias de independência em *Force and Freedom*, não há surpresa com essa réplica sucinta de Ripstein. Embora o autor trate do controle das capacidades de fazer escolha, garantindo um papel limitado e respeitável para ideias igualitárias dentro do sistema kantiano, o autor não concebe, dentro do argumento, nem a vulnerabilidade humana, nem a maneira como as estruturas sociais podem ameaçar a capacidade de cada um ser seu próprio mestre. Mesmo provocado, Ripstein deixa como externas, e quase irrelevantes, as contingências da natureza humana, da vida política e social.

Assim, as respostas oferecidas por Ripstein tendem a ser mais evasivas e não estão comprometidas com a possibilidade de conformar a crítica à sua teoria. Por isso, acabam ficando de fora situações conexas à objeção apresentada, como em casos que compreendem o direito inato, nas hipóteses, por exemplo, de incapacidade superveniente (pessoas que, por alguma circunstância, tornaram-se incapazes de usar seu corpo ou seus meios para perseguir seus próprios propósitos).

Tais questões serão, conforme Ripstein, tratadas na esfera pública, uma vez que o atendimento de circunstâncias concretas é *exigido* pelo princípio do direito, mas seu tratamento não é *fornecido* por ele. É no campo da política que serão estabelecidos os limites de atuação do Estado e de responsabilidade das famílias em relação a seus entes. O poder parental, por mais que seja uma relação de status, é publicamente definido pelo direito. Outras circunstâncias podem ser incorporadas conforme a experiência empírica, mas isso não desobriga de uma atuação do Direito. Em Ripstein, aparentemente, essas e outras questões não interessam ao direito privado.

²⁵¹ (RIPSTEIN, 2012, p. 492).

²⁵² (RIPSTEIN, 2012).

Ripstein, quando contraposto a situações de ordem prática — que compreendem casos indeterminados —, tende a direcioná-las para o campo externo, do direito público, para que sejam dirimidas a partir da experiência do Estado, que efetiva o direito em condições de princípio de política. No que concerne ao interesse desta tese, parece-me que, mais uma vez, o autor depende muito dos conceitos de direito público e da existência de um certo exercício de poderes e deveres estatais, por meio de outros fins que não a garantia da liberdade quando da autorização unilateral. Sobre esse ponto, voltarei no capítulo seis.

3.4 Ampliação do direito inato: instituições como ameaças à liberdade externa

A presente objeção é direcionada tanto a *Force and Freedom*, quanto ao kantismo da *Toronto-School*²⁵³. Critica-se que a *dependência* kantiana, nessa corrente, é reduzida ao controle direto das capacidades de escolha, sem considerar as influências assimétricas nas relações de poder. A objeção sustenta que a pobreza, por exemplo, é um problema de desempoderamento estrutural que ameaça a realização do poder de escolha²⁵⁴, e, então, opõe-se à ideia de que o Estado kantiano tem apenas a função de criar as condições necessárias para exercício de independência²⁵⁵.

Ripstein afirma que o Estado deve somente prover um cenário em que as pessoas não sejam impedidas pela vontade de outras, de modo que apenas sistemas de controle aberto, como escravidão, contariam como uma ameaça à liberdade. Todavia, a crítica aponta que “há algo normativamente problemático em permitir que as necessidades básicas das pessoas não sejam atendidas, especialmente se essas necessidades puderem ser resolvidas a um custo social mínimo”²⁵⁶.

Como visto, *Force and Freedom* não é silente quanto à pobreza. Se uma pessoa não pode usar seu próprio corpo, ou mesmo ocupar espaço, sem a permissão de outra pessoa; se a busca de qualquer propósito depende de graça alheia, o dependente está em posição jurídica de servo, pois não é mestre de si. Assim, caso a pobreza ameace a

²⁵³ Expressão usada por Hasan (2018a) para se referir aos pesquisadores associados à Universidade de Toronto, como Arthur Ripstein, Ernst e Jacob Weinrib e Helga Varden.

²⁵⁴ (HASAN, 2018A).

²⁵⁵ (HASAN, 2018A).

²⁵⁶ “There is something normatively problematic about allowing the basic needs of people to go unmet, especially if such needs could be met at minimal social cost” (HASAN, 2018A, p. 2).

liberdade externa, a redistribuição deve acontecer. Entretanto, a presente objeção interpreta e fragmenta o argumento de Ripstein da seguinte maneira:

1. O objetivo do Estado kantiano é realizar igual liberdade externa garantindo a imunidade dos indivíduos de relações pessoais de dependência. Para atingir este objetivo, os ditames do Estado devem ter sua fonte na “vontade unida do povo”.
2. A fim de realizar igual liberdade externa, o Estado deve sancionar um regime de direitos de propriedade.
3. Sancionado o regime de bens, o pobre não tem o direito de tirar o que necessita para sobreviver, se o que necessita já pertence a outro. Assim, os perdedores em tal regime podem depender para sua existência da generosidade privada dos vencedores. Então (2) parece conflitar com (1).
4. Os cidadãos não podiam aceitar tal regime. A dependência privada é inconsistente com seu igual valor, pois isso é codificado e expresso em igual posição legal e política. Indivíduos com dependência privada não podem formar uma vontade pública.
5. A fim de proteger a independência e, ao mesmo tempo, aplicar coercitivamente as reivindicações de propriedade — isto é, a fim de reconciliar (2) com (1) — o Estado deve fornecer alívio à pobreza. (5) resolve o conflito entre (1) e (2) porque o alívio da pobreza é autorizado por uma vontade unida e, portanto, não é uma forma de dependência privada²⁵⁷.

De fato, pela interpretação ripsteiniana, não há uma violação à liberdade externa se um regime de propriedade permitir que uns tenham mais que outros. Todavia, a presente objeção sustenta, contra (3), que a dependência não se esgota no controle direto das capacidades de fazer escolha. Considera-se que a influência assimétrica nas relações de poder, isto é, o “poder de vincular outro de maneiras que não deixam a influência igual do agente vinculado”²⁵⁸, seria uma ameaça relevante à liberdade.

Assim, condições institucionais e estruturais que criam concentrações assimétricas de riqueza e poder devem fazer parte das preocupações do Estado. Além da escravidão e outras formas de controle, como Ripstein apontou, essa crítica sustenta que

²⁵⁷ “1. The aim of the Kantian state is to realize equal external freedom by guaranteeing individuals' immunity from personal relationships of dependence. In order to achieve this goal, the state's dictates must have their source in the “united will of the people”. 2. In order to realize equal external freedom, the state must sanction a regime of property rights. 3. Once a property regime is sanctioned, the poor have no right to take what they need in order to survive, if what they need already belongs to another. Thus, the losers in such a regime may come to depend for their existence on the private generosity of the winners. So (2) looks to conflict with (1). 4. Citizens could not agree to such a regime. Private dependence is inconsistent with their equal worth, as this is codified and expressed in equal legal and political standing. Privately dependent individuals cannot form a public will. 5. In order to protect independence while still coercively enforcing property claims — that is, in order to reconcile (2) with (1) — the state must provide poverty relief. (5) solves the conflict between (1) and (2) because poverty relief is authorized by a united will and is thus not a form of private dependence” (HASAN, 2018A, p. 3-4).

²⁵⁸ “The power to bind another in ways that do not leave the bound agent equal influence” (HASAN, 2018A, p. 4).

seria necessário “neutralizar as concentrações de riqueza baseadas no mercado se e quando elas ameçarem a liberdade externa”²⁵⁹.

Para fundamentar a objeção à Ripstein, sustenta-se que a interpretação de direito inato em *Force and Freedom* é incompleta, pois afasta as maneiras pelas quais as instituições são ameaça à liberdade externa. Por essa perspectiva, é correto entender o direito inato como independência de ser constrangido pela escolha de outro, na medida em que se coexiste com a liberdade de todos os outros, de acordo com a Lei Universal. Todavia, é um equívoco compreendê-lo como direito natural à liberdade que deve ser protegido dos outros por meio de leis impostas pelo Estado²⁶⁰.

Conforme essa visão, o direito inato não é um direito primitivo. É, na verdade, não adquirido e localizado na pessoa — e não em objetos externos. Assim, o Princípio Universal do Direito não é um “conjunto de direitos devidos a cada indivíduo, mas o ideal puramente formal de equilibrar conflitos entre exercícios de agência externa de modo a constituir uma esfera discricionária para cada um”²⁶¹. Isto é, o Princípio Universal fornece as condições formais para que os agentes com fins conflitantes exerçam sua liberdade. Através de um sistema de escolha simétrica, cada indivíduo é livre na medida em que recebe os direitos gerados pelas restrições legais sobre os outros, necessários para garantir a escolha externa. Logo, “o direito inato [...] não é um direito à proteção de uma forma não relacional essencial de agência individual”²⁶², é, na verdade, um “conjunto consistente de liberdades legais por meio de instituições autoritárias (como tribunais e legislaturas)”²⁶³.

Essa interpretação concebe o direito inato de maneira muito diferente da explanação de Ripstein. Em *Force and Freedom*, há o reconhecimento de que o direito inato é uma individualização do Princípio Universal do Direito, e, portanto, está internamente relacionado à escolha simétrica de outros, de forma não isolada. Contudo, além da ideia de direito inato à liberdade, há no conceito uma posição jurídica relacional a outras pessoas. Ripstein identifica o direito inato como, também, sendo o direito de não ser arbitrariamente submetido às escolhas de outrem. Por isso, segundo abordado, haverá

²⁵⁹ “Counteract market-based concentrations of wealth if and when they threaten external freedom” (HASAN, 2018A, p. 4).

²⁶⁰ (HASAN, 2018).

²⁶¹ “Set of entitlements owed to each individual, but the purely formal ideal of balancing conflicts between exercises of external agency so as to constitute a discretionary sphere for each” (HASAN, 2018A, p. 5).

²⁶² “Innate right [...] is not a right to the protection of an essential nonrelational form of individual agency” (HASAN, 2018A, p. 5).

²⁶³ “Consistent set of legal freedoms through authoritative institutions (such as courts and legislatures)” (HASAN, 2018A, p. 5).

violação ao direito inato se há qualquer espécie de dependência à vontade do outro. Para distinguir as maneiras que constituem ou não limitação à capacidade de agência do outro, *Force and Freedom* recorreu à diferenciação entre *afetar e sujeitar*.

A presente objeção considera que essa interpretação ripsteiniana é incompleta, “porque negligencia o fato de que ser subserviente a um mestre particular é apenas um tipo de ameaça à realização conjunta do poder de escolha”²⁶⁴. Em Ripstein, o foco está na relação entre os indivíduos, ou na maneira como as instituições permitem a dominação privada de um indivíduo sobre outro. Entretanto, não considera “as próprias instituições como ameaças à liberdade externa na medida em que operam de acordo com regras que priorizam a liberdade de alguns sobre outros”²⁶⁵. Neste sentido, “não está claro se essa distinção precisa ser traçada exatamente como Ripstein faz. Não é óbvio [...] que as únicas maneiras de prejudicar a forma da escolha de outra pessoa”²⁶⁶ são essas.

Para explicar esse ponto, voltarei ao exemplo da compra do último leite no supermercado. Quando você leva o último litro, você frustra meu propósito, mas não me causa ilícito, exceto se me derrubou no chão para conseguir comprá-lo. Entretanto,

Considere agora a seguinte emenda ao exemplo de Ripstein: suponha que um especulador apareça e compre todo o leite nas prateleiras para vendê-lo a um preço mais alto em outro lugar (talvez para uma comunidade minoritária carente sem mercearias adequadas). Por tudo o que Ripstein disse, o cliente neste cenário não foi prejudicado de forma significativa por seu status de livre externamente. O especulador não afetou a capacidade de escolha do cliente, apenas restringiu as escolhas que ele pode fazer. Para o Kant de Ripstein, o cliente é externamente livre desde que tenha liberdade de escolha sobre quaisquer meios que estejam à sua disposição. Os filhos do cliente podem ficar desnutridos por causa da diminuição do suprimento de leite, mas, enquanto o especulador não invadir a geladeira do cliente para pegar o que ele já comprou, ele não fez mal ao cliente. As ações do especulador de leite não são um ataque à propriedade ou à pessoa do cliente [...]²⁶⁷.

²⁶⁴ “Because it neglects the fact that being subservient to a particular master is only one type of threat to the joint realization of the power of choice” (HASAN, 2018A, p. 5).

²⁶⁵ “Institutions themselves as threats to external freedom insofar as they operate according to rules that prioritize the freedom of some over others” (HASAN, 2018A, p. 5).

²⁶⁶ “It is unclear whether this distinction needs to be drawn precisely as Ripstein does [...] It is not obvious that the only ways to impair the form of another's choice” (HASAN, 2018A, p. 6).

²⁶⁷ “Consider now the following amendment to Ripstein's example: Suppose a speculator comes along and buys up all the milk on the shelves in order to sell it at a higher price elsewhere (perhaps to an underserved, minority community without adequate grocery stores). For all Ripstein has said, the customer in this scenario has not been wronged in any way significant for his status as externally free. The speculator has not affected the customer's capacity to choose, merely restricted the choices he can make. For Ripstein's Kant, the customer is externally free just so long as he has discretion over whatever means are currently at his disposal. The customer's children might go undernourished because of the waning supply of milk, but as long as the speculator doesn't break into the customer's fridge to take what he has already purchased, he has done the customer no wrong. The milk speculator's actions are not an attack on the property or person of the customer” (HASAN, 2018A, p. 7).

O problema não é o foco de Ripstein em situações nas quais um agente viola a capacidade de fazer escolhas do outro; mas sua *redução* de sistema de interação como moralmente significativa *apenas* na medida em que permite o controle direto de um agente sobre os recursos de outro. Nessa emenda ao exemplo de Ripstein, a ação do especulador parece restringir não só a *forma* da escolha, mas a *matéria* em si. Há, portanto, forte indicativo de que houve um comprometimento da liberdade, mas onde está essa ameaça à liberdade?

Se Ripstein tivesse respondido a essa pergunta, é possível que argumentasse no sentido de que há um poder assimétrico do especulador sobre outros agentes. Ou seja, a ameaça à liberdade não está nas “regras que permitiram que a comunidade fosse dominada pelo especulador, nem no fato de que a comunidade pouco poderia fazer para revisar essas regras”²⁶⁸. Em outras palavras, a ameaça à liberdade seria o especulador, e não o mercado de especulação de leite. Não há problema com a regra, mas com a dominação de um agente sobre outro.

Ripstein também poderia responder — insatisfatoriamente, a meu ver — que, uma vez que o especulador não privou as pessoas dessa comunidade de algo que elas já possuíam, não há problemas se elas forem forçadas a comprar leite a preços exponencialmente mais altos ou com qualidade mais baixa. O direito privado, Ripstein diria, protege a capacidade de perseguir os propósitos de cada um naquilo que já possuem. A fragilidade dessa possível resposta de Ripstein está apoiada no argumento contrário de que o mercado em si é uma ameaça à liberdade externa. “Os mercados não privam ninguém do que já se tem, mas estruturam os termos nos quais alguém pode adquirir qualquer coisa”²⁶⁹. E esse é o grande problema.

A certa altura em *Force and Freedom*, Ripstein chega a dizer que é “concebível que possa haver motivos de direito público para restringir a competição econômica”²⁷⁰, o que poderia limitar um monopólio do especulador, por exemplo. Para o autor, regras coercitivas públicas podem estruturar atividades econômicas, desde que acordados consistentemente com a honra justa. A dificuldade da crítica em lidar com essa interpretação de Ripstein é que tal acordo, que cria direitos privados exigíveis, permite

²⁶⁸ “The threat is neither the rules that allowed the community to be dominated by the speculator nor the fact that the community could do little to revise those rules” (HASAN, 2018A, p. 8).

²⁶⁹ “Markets do not deprive one of what one already has, but rather structure the terms on which one can acquire anything at all” (HASAN, 2018A, p. 8).

²⁷⁰ “It is conceivable that there might be grounds of public right to restrict economic competition” (RIPSTEIN, 2009, p. 50).

inclusive que o especulador monopolize o mercado de leite e cobre, conforme decidir²⁷¹. Embora, na interpretação de Ripstein, o Estado pudesse tributar as atividades que criam uma condição em que agentes dominam os outros, esses poderes são extremamente mínimos²⁷², porque seu objetivo orientador é apenas tirar os indivíduos de uma condição de semiescravidão — isto é, uma condição na qual os pobres estão na “posição jurídica de um escravo ou servo”²⁷³.

Para a crítica, não fica claro se a capacidade de agência é respeitada, considerando a estrutura do argumento em *Force and Freedom*. Falta a Ripstein o entendimento de que a liberdade externa não é ameaçada apenas pela usurpação ou danos aos meios do outro, “mas também quando há uma assimetria de poder que os subordinados nada podem fazer para reparar ou influenciar”²⁷⁴. O direito inato, na presente objeção, marca bem a relação de ser seu próprio mestre e igualdade, de modo que “não estar sujeito à escolha de outro é essencial para pertencer a uma ordem de igual liberdade externa”²⁷⁵. Todavia, em algumas relações, o subordinado não consegue exercer posição contrária ou até mesmo sair dos termos do relacionamento.

Essa visão mais ampla de liberdade indica o Estado, e não outros indivíduos, como culpado moral pelas inconsistências da liberdade externa. A argumentação pode ser resumida assim: instituições públicas podem ameaçar a liberdade externa criando relações de dependência privada, mas o escopo das relações de dependência privada pode ser ampliado, afastando-se da sujeição direta à vontade de outro e em direção a casos mais estruturais de controle assimétrico²⁷⁶. Por esse raciocínio, o ideal de igual liberdade pode fundamentar opções do Estado para que os agentes resistam à dependência decorrente dessa força assimétrica. Por exemplo, seria legítimo o “direito a uma renda básica universal ou o uso do poder do Estado para coagir os empregadores a reconhecer ou negociar com um sindicato”²⁷⁷.

Pela ideia de liberdade igual, a partir de procedimentos legais determinados pela vontade geral, as complexas realidades sócio-históricas, econômicas e institucionais de determinado tempo e lugar também podem ser modificadas através de uma redistribuição.

²⁷¹ (HASAN, 2018A).

²⁷² (HASAN, 2018A).

²⁷³ “The juridical position of a slave or serf” (RIPSTEIN, 2009, p. 281).

²⁷⁴ “But also when there is an asymmetry of power that the subordinated can do nothing to redress or influence” (HASAN, 2018A, p. 9).

²⁷⁵ “Being subjected to the choice of another is essential for membership in an order of equal external freedom” (HASAN, 2018A, p. 9).

²⁷⁶ (HASAN, 2018A).

²⁷⁷ (HASAN, 2018A).

Tal redistribuição, inclusive, está muito além do que é necessário à sobrevivência²⁷⁸. Através da tributação, por exemplo, é possível solucionar a dependência privada que resulta de uma injustiça estrutural anterior. Como pessoas em condição de pobreza estão situadas em um sistema econômico regressivo, o pobre

Tem obrigações maiores do que o rico, o que viola a igualdade concedida pelo direito inato. Os impostos do rico protegem sua riqueza e fornecem uma infraestrutura para o aumento dessa riqueza. Os impostos da pessoa pobre apenas financiam a determinação e o poder dos ricos. Sem bem-estar público, os pobres estão de fato sustentando um sistema no qual os ricos são capazes de acumular recursos produtores de valor, um sistema que tem como efeito a dependência dos pobres em relação aos ricos²⁷⁹.

Neste sentido, assimetrias sociais podem impedir que certas classes de pessoas desfrutem de toda a extensão de sua igualdade legal formal, especialmente quando leis positivas existentes consolidam esse poder social assimétrico. Assim, uma interpretação kantiana não deve apenas reconstruir o raciocínio do direito inato até o direito público, deve também entender as aspirações normativas por trás de muitos movimentos contemporâneos de mudança social em Estados liberais²⁸⁰.

Uma possível resposta de Ripstein seria indicar que a igualdade formal desenvolvida na teoria se refere à ausência de imunidades ou privilégios de um corpo coletivo, ou seja, não se refere às assimetrias extrajurídicas, sejam sociais ou econômicas. Todavia, a incompletude do direito inato ripsteiniano, do modo como foi apresentado pela crítica, é um problema do qual não se pode desviar.

As fragilidades apontadas por essa crítica são contundentes e revelam um encadeamento com preocupações anteriores relacionadas à convivência de Ripstein com *status quo*. Essa objeção talvez seja caracterizada como externa, mas parece causar uma grande fissura no construto de Ripstein, sobretudo porque é a estrutura essencialmente jurídica da lei natural que lida com distribuição social e econômica do poder. Preocupações sobre direitos de posse e propriedade vêm à baila não na condição de pressuposta ou dada, mas constituídas por regras que estruturam os termos nos quais alguém pode adquirir qualquer coisa. Se tais regras consolidam as assimetrias, parece haver ameaça à liberdade externa pela própria estrutura.

²⁷⁸ (HASAN, 2018A).

²⁷⁹ “Bears greater obligations than the rich person, which violates the equality granted by innate right. The rich person's taxes protect his wealth and provide an infrastructure for the increase of that wealth. The poor person's taxes merely fund the purposiveness and power of the rich. Without public welfare, the poor are in effect propping up a system in which the rich are able to amass value-producing resources, a system that has at its effect the dependence of the poor on the rich” (HASAN, 2018A, p. 14).

²⁸⁰ (HASAN, 2018A).

Seria, portanto, necessário considerar as condições institucionais e estruturais que criam concentrações assimétricas de riqueza e poder. Embora Ripstein conceba a distribuição para não gerar dominação, fundamental seria uma redistribuição significativa que seja contramovimento à força assimétrica da dominação²⁸¹. Assim, os indivíduos poderiam desfrutar de toda a extensão de sua igualdade formal. É difícil, entretanto, ver como políticas redistributivas mais robustas encontrariam força na estrutura argumentativa de Ripstein, considerando sua posição de que não é objetivo do Estado alcançar um resultado moralmente desejável.

Como exposto no capítulo anterior, Ripstein contesta o modelo de direito público disfarçado que faz uso da propriedade para alocar recursos. Na perspectiva do autor, a redistribuição é formal e procedimental, logo, o nível — se pequeno ou grande — não faz parte do argumento. Ao propor uma concepção metafísica — sem referência a uma sociedade particular, à necessidade ou à escassez —, *Force and Freedom* objetiva proteger, em última e única instância, a independência.

Para concluir a seção, e sendo caridosa ao autor, parece-me ser necessário fazer uma distinção importante no argumento apresentado nesta objeção. Apesar de se falar sobre a ampliação do direito inato, através das instituições como ameaça à liberdade externa, os exemplos utilizados e a argumentação oferecida tratam mais de direitos adquiridos do que do direito inato em si. Em Ripstein, os direitos adquiridos são uma extensão — problemática, como será discutido no capítulo seis desta tese — do direito inato, mas não são o ponto de partida do argumento. Neste sentido, as críticas sobre a natureza da distribuição de recursos e da dominação, por meio de estruturas institucionais de poder, precisam ser deslocadas do referencial adotado e redirecionadas para questões baseadas no segundo estágio da explicação de Ripstein sobre liberdade.

Apesar disso, a presente objeção é a de que oferece argumentos mais significativos para a análise que proponho nesta tese. A construção teórica chegou bem próximo das preocupações que serão elencadas nesta pesquisa. Porém, em vez de direcionar o argumento ao direito inato, deveria, por outras razões, ter se voltado aos outros estágios da independência. Estes são relevantes, pois são receptores das controvérsias de Ripstein. O autor, com frequência, parece relegar problemas estruturais e zonas cinzentas de sua teoria para o direito público, de modo a demonstrar que questões de natureza social, política, econômica e antropológica não são preocupações diretas do direito privado,

²⁸¹ (HASAN, 2018A).

sendo externos ao seu argumento. Com isso, Ripstein tenta justificar o não instrumentalismo de seu argumento e da liberdade como único fundamento. Questionarei, especialmente no capítulo seis, o sucesso deste empreendimento.

Ainda subsistem dúvidas em relação ao que o autor considera como Direito Público, vontade unilateral e a função do terceiro estágio de sua explicação da liberdade como independência. Essas questões possuem grande relevância para este trabalho, pois possibilitam analisar a consistência da teoria de Ripstein com sua tese posterior de responsabilidade civil, especialmente no que concerne à proteção dos direitos adquiridos.

3.5 Considerações gerais sobre *Force and Freedom* e o teste de força das objeções

Apresentadas as objeções à *Force and Freedom*, bem como as respostas do autor e análises próprias, fica claro que os desacordos parecem ser profundos. Nesta seção, objetivo retomar essas críticas, réplicas e reflexões para associá-las, ainda que de forma tangenciada, às hipóteses propostas nesta tese. Meu objetivo é testar a força das objeções em relação às hipóteses traçadas nesta tese para, em um segundo momento, analisar como tais implicações afetam a consistência com a teoria subsequente do autor, qual seja, sua tese de responsabilidade civil.

A primeira objeção diz respeito *ao impasse do conceito amplo de direito inato: a inclusão dos poderes corporais e da capacidade de perseguir propósitos*. A primeira parte desta crítica sustentou que, considerando que os direitos são relacionais, incluir a capacidade de perseguir propósitos no direito inato lança dúvidas de que as exigências são reciprocamente coercitivas. Em outras palavras, o fato de acrescentar a capacidade de perseguir propósitos como individual e autoafirmativo (com possibilidade de autodefesa) faz o caráter de relacionalidade se perder. A crítica considera que o acréscimo realizado por Ripstein fornece uma especificação positiva que suplementa a especificação negativa de independência em relação aos outros.

Ripstein não respondeu a esta crítica. Contudo, os elementos da sua teoria dão a entender que essa interpretação é falha, porque o exercício de suplementação positiva recorre à mera afirmação de *ter a capacidade de perseguir propósitos*, em vez de *não ter os seus propósitos definidos por outro que não eu mesmo(a)*. Ripstein sugere que não se trata do livre exercício da capacidade de perseguir propósitos, mas sim do direito relacional de impedir que outro o faça por você.

Considerando a *primeira hipótese desta tese*, de que “a tese da independência na qual Ripstein se ancora é insuficiente para produzir um cenário em que os indivíduos ajam dentro dos limites recíprocos”, a objeção apresentada é contornável e não parece atingir, por essa razão, a pretensão de Ripstein de oferecer uma teoria que trata do exercício de direitos com limites recíprocos.

A segunda parte da objeção sustentou que a inclusão do controle sobre o uso do próprio corpo no direito inato associando-o ao direito de propriedade sobre o próprio corpo obscurece a distinção entre direito inato e direito adquirido. Manter o direito inato ao corpo apartado do direito de propriedade seria importante para sustentar a necessidade de entrar na condição civil e para manter o caráter totalmente relacional dos direitos adquiridos.

Ripstein também não respondeu a esta crítica. A objeção sustentou que, se o meu corpo integra o direito inato, eu não precisaria de um Estado de Direito para defendê-lo, pois eu mesmo teria autoridade de fazê-lo. Acontece que, em Ripstein, essa autorização de autodefesa serve para manter os outros afastados, repelindo aqueles que invadem o espaço ocupado por meu corpo. Ainda que esses direitos não sejam conclusivos, são necessários para a manutenção da minha integridade e existência. A autorização unilateral vem, portanto, ratificar o direito à autodefesa, conferindo garantia.

Considerando a *segunda hipótese desta tese*, de que “ao pressupor o direito ao corpo e à propriedade, a teoria da responsabilidade civil de Ripstein consegue ser suficiente para garantir que tais direitos sejam exercidos com independência”, fica claro que a objeção apresentada é fraca e não tangencia a questão diretamente. Entretanto, é possível perceber que existem diferenças significativas e fundamentais entre direito ao corpo e direito à propriedade. Essa distinção será analisada com maior profundidade no capítulo seis.

A objeção seguinte tratou do vício de circularidade da liberdade como independência. O conteúdo da crítica foi dividido em três partes. A primeira parte da objeção sustentou que, se a interação entre pessoas envolve, ou não, violação de liberdade, seria necessária uma explicação apartada sobre o direito das pessoas para definir o que é liberdade como independência. Foi sugerido que a construção do argumento de Ripstein é circular, uma vez que define direitos e liberdades conjuntamente, tornando-o incapaz de dizer algo determinado sobre restrições e permissões entre os indivíduos. O que a crítica almeja é estabelecer uma explicação prévia de direitos que serão protegidos (por

exemplo, através de uma teoria da justiça), como uma explicação anterior sobre o que fere ou não a liberdade.

A segunda parte da objeção considerou que a ideia de liberdade como independência, nos termos de Ripstein, não é uma interpretação atraente de liberdade, pois concebe uma moralidade política tendenciosa ao *status quo*, além de criar um cenário inválido de justiça. A preocupação, aqui, é a de que certas classes de pessoas não desfrutem de toda a extensão de sua liberdade igualitária, considerada a estrutura do argumento de *Force and Freedom*. Sequencialmente, há ressalvas em relação à vinculação da liberdade como direito (na perspectiva moralizada de liberdade). Isso porque, se a liberdade moralizada é derivada dos limites impostos pelo direito, caberia ao direito dizer qual é o limite entre o que é violação, ou não, da liberdade. A depender do nível de desigualdade entre os sujeitos, o exercício de coerção pode ser demasiadamente austero. Por isso, sugere-se que uma teoria da justiça externa poderia trazer uma explicação prévia de direitos que faça com que não haja dominação entre os indivíduos, garantindo a independência entre eles.

Na terceira parte da objeção, Ripstein foi criticado por pressupor, em vez de explicar, os conceitos de *sujeitar* e *afetar* para caracterizar o que constitui ilícitos. Como o autor depende dessa distinção, questionou-se a importância moral entre ações que sujeitam os propósitos dos outros às nossas escolhas e ações que meramente afetam o contexto em que os outros perseguem seus propósitos. Sustentou-se que a liberdade como independência não pode suportar o ônus justificatório que lhe é exigido, sendo necessária a definição de direitos antecedentemente através, por exemplo, de uma teoria da justiça.

Ripstein respondeu conjuntamente a estas críticas. Sustentou que a aparência circular se deve a uma má interpretação do argumento. Afirmou que a explicação ocorre através de um sistema maior de direitos, desenvolvida por meio de estágios sequenciados de argumentos. O que foi considerado circularidade é mera indeterminação. Isso não seria problema para a sua teoria, uma vez que essa indeterminação provê conceitos de direitos abstratos que fornecem recursos para resolver as particularidades. Ripstein considera que faltou atenção dos comentadores à estrutura do Princípio Universal do Direito, pois esse princípio não concebe o efeito da ação de uma pessoa sobre outra, mas provê que cada um tenha o direito à liberdade consistente com a liberdade dos outros. Ripstein reafirma seu pressuposto de que a justiça não é um objetivo a ser realizado, mas é uma certa posição relacional entre pessoas livres e independentes. Uma defesa adicional apresentada a Ripstein foi a de que a liberdade pode ser a base de uma teoria da justiça completa. Dessa

forma, a teoria da justiça pode, ela mesma, basear-se na liberdade como independência, permitindo que uma pluralidade de pessoas exerça seu direito de forma conjunta e consistente.

Tal defesa parece buscar manter a pretensão de *Force and Freedom* em fornecer — contrariando a *quarta hipótese desta tese* —, “uma teoria inteiramente fundada na ideia de liberdade como independência”. Em relação às respostas apresentadas por Ripstein, é possível perceber uma consistência com seu projeto como um todo, pois o primeiro e o segundo estágio do argumento não oferecem uma especificação completa de independência. Seria apenas no terceiro estágio que se constituem as relações legítimas para um sistema de direitos. Logo, segundo esta lógica, não parece ser necessário um sistema de direitos prévios definidores de liberdade.

Porém, parece-me que, no terceiro estágio, há uma circularidade entre liberdade e autorização unilateral, pois esta também pode, em função de seus objetivos, definir as condições sob as quais o direito deve ser tutelado. Emerge, da argumentação de Ripstein, um sentido de que tal autorização não vem apenas como uma forma de impor restrição normativa às pessoas, mas também com outros fins. Ao conceber apenas o terceiro estágio como sistema de direitos assegurado por uma vontade unilateral e ao incluir nessa vontade condições outras que não o direito à liberdade, Ripstein abre espaço para que outros fins que não estes sejam abrangidos pelo sistema de direito. Ao mesmo tempo que esta leitura faz desnecessária uma teoria externa de justiça à explicação de Ripstein, criam-se dúvidas em relação à capacidade do autor de prover uma teoria completamente não instrumental de liberdade, o que impacta a *terceira hipótese desta pesquisa*, que “indica que algum instrumentalismo é necessário à teoria de Ripstein”. O veredito a este respeito será fornecido no capítulo seis.

A terceira objeção questionou a subdeterminação do conceito de liberdade. A presente crítica considerou que, embora o direito à liberdade possa constituir a base de uma teoria da justiça completa, devem fazer parte da argumentação as contingências da natureza humana, da vida política e social. Assim, seria essencial que, ao conceito geral e altamente abstrato de liberdade como independência, fossem fornecidos passos intermediários com informações empíricas e antropológicas para prover uma interpretação mais rica sobre mercado, desigualdade, dominação e contextos sociais, questões estas que prejudicam a capacidade de cada um ser seu próprio mestre.

Ripstein respondeu a esta crítica. O autor defendeu que há espaço em sua teoria para os fatores antropológicos e empíricos se compreendidos em relação às restrições

formais do direito. Dessa forma, esses fatores são exigidos pelo princípio do direito, mas não são fornecidos por ele. Somente ao efetivar o princípio do direito na condição de princípio de política, quando se administra o direito, é que se levam em conta os fatores empíricos e antropológicos para criar um sistema de liberdade igual, sem dominação. Ripstein também considerou que a condição de direito deve identificar cada problema, de cada sociedade, em termos de conceitos de direito para criar e melhorar um sistema de liberdade igual. Contudo, os fatores antropológicos e empíricos são externos.

Ao que parece, as respostas oferecidas pelo autor são evasivas e não estão comprometidas com a possibilidade de conformar a crítica à sua teoria. Circunstâncias concretas são exigidas pelo princípio do direito, mas não são fornecidas por ele, ficando relegadas ao campo da política para que sejam dirimidas a partir da experiência do Estado. Parece-me que Ripstein depende muito do direito público exercido por meio de outros objetivos que não a garantia da liberdade. Tais reflexões poderão trazer implicações quando da análise da *terceira hipótese desta tese*, quanto à “necessidade de algum instrumentalismo em sua teoria”. Retomarei este raciocínio no capítulo seis.

A quarta e última objeção tratou da ampliação do direito inato, tendo instituições como ameaça à liberdade externa. Esta crítica considerou que a teoria de Ripstein reduz a dependência kantiana ao controle direto das capacidades de escolha, sem considerar as influências assimétricas nas relações de poder. Propôs, então, a ampliação do direito inato, tendo as instituições como ameaças à liberdade externa. Ao ampliar o escopo das relações de dependência privada, afasta-se da sujeição direta à vontade de outro em direção a casos mais estruturais de controle assimétrico.

Ripstein não respondeu a esta crítica, mas é possível inferir que o autor tende a localizar o problema do domínio nos agentes, e não nas estruturas. Além disso, tende a considerar que a capacidade de perseguir propósitos é protegida naquilo que já possui, não havendo ameaça à liberdade externa fora disso.

As implicações desta crítica parecem reverberar indiretamente na *primeira e na terceira hipóteses desta tese*. Isso acontece porque revelam um encadeamento de preocupações relacionadas à convivência da teoria com o *status quo*. Preocupações sobre direitos de propriedade e com as regras que estruturam os termos nos quais alguém pode adquirir alguma coisa podem ser ameaçadas pela própria estrutura, sendo necessário considerar as condições institucionais que criam concentrações assimétricas de riqueza.

Entretanto, não se pode tratar as instituições como ameaça à liberdade dentro do direito inato como proposto na crítica. Assim, a natureza da distribuição e da dominação

por meio das estruturas precisa ser deslocada do referencial adotado e redirecionada ao segundo estágio da ideia de independência de Ripstein. O autor, com frequência, parece relegar problemas estruturais e zonas cinzentas para o direito público. Neste sentido, em relação à *primeira hipótese*, pode-se questionar “se a propriedade na qual Ripstein se ancora é suficiente para produzir um cenário em que os indivíduos ajam dentro dos limites recíprocos”. Em relação à *terceira hipótese*, também lança dúvidas “se a estrutura racional falha ao não tratar de distribuição e indica que algum instrumentalismo é necessário”.

Uma leitura geral das críticas e das réplicas parece apontar algumas controvérsias que podem impactar a estrutura de *Force and Freedom*. Mais do que respostas conclusivas, neste momento, o exercício reflexivo sobre as objeções parece levantar perguntas adicionais. A *primeira* é sobre a distinção definitiva necessária entre direito inato e direitos adquiridos. Ao se questionar direito inato, frequentemente as objeções recorrem a dimensões do direito adquirido, o que obscurece as fronteiras conceituais sobre o que significa cada um desses estágios. A *segunda* é que a falta de definições de da obra sobre autorização unilateral e o papel do direito público podem afetar as construções decorrentes de sua teoria. A *terceira* é que há indefinições sobre o sequenciamento de estágios que vincula a relação entre direito público e direito privado.

Ripstein pretende apresentar uma teoria unificada de direito baseado na liberdade como independência, mas, ao tentar concatenar os três estágios, o autor nebuliza as fronteiras existentes entre o direito privado, criticado como tendente ao *status quo*; e o direito público, que tenta responder a maioria das objeções colocadas. Essa opacidade das fronteiras gera dúvidas sobre o quanto a fraca rejeição ao instrumentalismo no direito público pode afetar sua visão de direito privado e, conseqüentemente, sua teoria de responsabilidade civil. Retornarei a essas questões no capítulo seis.

CAPÍTULO 4 — A TESE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE ARTHUR RIPSTEIN EM *PRIVATE WRONGS*

O objetivo deste capítulo é apresentar e analisar a tese de responsabilidade civil de Ripstein em *Private Wrongs*. Na primeira seção do capítulo, será traçado um esboço do argumento geral. Explicarei que o autor compreende a responsabilidade civil como um padrão composto de estruturas conceituais e normativas baseado na ideia moral de independência. Além disso, será indicada a metodologia empregada na obra e a inspiração kantiana que moldou a teoria de Ripstein sobre ilícitos privados.

Ainda nesta seção, vou esclarecer como o autor articula uma compreensão sistemática dos direitos que são protegidos pela responsabilidade civil, apresentando o caminho que Ripstein percorre para chegar a uma concepção não instrumental de que ilícitos são violações de direitos e a tutela é sua substituta. Essa abordagem de responsabilidade civil, familiar na *Toronto-School*, toma outros rumos ao partir não da própria ação de responsabilidade civil, mas sim da ideia moral de que nenhuma pessoa deve estar subordinada à escolha de outra em particular.

Na segunda seção, explicarei como os *direitos ao corpo e à propriedade* são meios para cada um definir e perseguir propósitos, e como os ilícitos privados restringem esses meios. As restrições que se apresentam geram duas formas básicas de violação: o ilícito baseado no uso; e o ilícito baseado no dano. Essa distinção é importante, porque ilustra as maneiras pelas quais uma pessoa pode prejudicar outra.

Antes de concluir a seção, explicarei que, além do direito ao corpo e à propriedade, o direito ao bom nome é protegido. Por isso, apontarei que, na visão do autor, a difamação se baseia na ideia moral simples de que *você nunca precisa limpar seu próprio nome*. Mostrarei que essa estrutura muda o ônus da prova, porque qualquer pessoa que alega que você cometeu a difamação deve arcar com o ônus de demonstrar a veracidade dessa afirmação.

Na terceira seção, vou explorar os conceitos de *misfeasance* e *nonfeasance* para descrever a distinção entre *prejudicar uma pessoa*, entendido como fazer algo a alguém, e *deixar de fazer algo por essa pessoa*, nos termos dos ilícitos de dano e de uso. A explicação mais extensiva de Ripstein sobre esses conceitos o leva à conclusão de que o direito ao seu corpo e à propriedade limita as reivindicações que outros podem fazer contra você, mesmo se o corpo ou a propriedade deles estiverem em perigo, ou se eles sofrerem perdas devido ao uso do que é seu.

Na quarta seção, tratarei da tutela. Explicarei que Ripstein entende que a tutela faz com que o *ilícito nunca tivesse acontecido*. Direito e tutela serão apresentados de forma relacional, com objetivo de proteger o que as pessoas já possuem: sua pessoa e sua propriedade. Ao compreender que uma tutela não substitui o direito violado, mas cumpre o próprio direito, a seção encarregar-se-á de demonstrar a ideia de que os direitos sempre sobrevivem à sua própria violação.

Por fim, a quinta seção tem como objetivo explicar por que somente instituições públicas podem exigir que alguém corrija um ilícito. Concentro-me sobre o argumento de Ripstein de que o exercício do poder público pelo tribunal na resolução de disputas é essencial para determinar a existência e contornos do ilícito. Ainda nesta seção, irei marcar a posição do autor sobre a indispensabilidade de garantias a todos aqueles sobre os quais o Estado exerce sua autoridade, inclusive indicando que algumas restrições à operacionalização de direitos privados podem ser necessárias.

4.1 Esboço do argumento e metodologia da obra

Private Wrongs (2016), de Arthur Ripstein, tem como principal reivindicação a unidade entre *direito e tutela*, partindo da *ideia de independência* para compreender a responsabilidade civil. O autor faz uma “ligação conceitual entre direito, ilícito e meios que temos para perseguir nossas vidas”²⁸², fundamentando o direito da responsabilidade civil na apropriada interação entre seres livres.

Nessa nova linguagem, a responsabilidade civil é “um sistema que não apenas protege, mas constitui o direito de cada pessoa de usar seu corpo e propriedade como acharem adequado, consistente com o direito de outros de fazer o mesmo”²⁸³. Em vez de construir a tese de responsabilidade civil a partir da ação que causou um ilícito, o autor retrocede e parte da ideia de que cada um usa seus meios de acordo com a própria escolha.

Esse movimento é importante porque se opõe a uma tendência de considerar a responsabilidade civil como instância especial de justiça, que visa *corrigir* ou *remediar* os ilícitos civis, fornecendo às pessoas o poder de recorrer judicialmente para reverter uma transação. *Private Wrongs* não instancia a responsabilidade civil apenas como cerne

²⁸² “In Ripstein’s reconstruction, there is a conceptual link between rights, wrongs, and the means we have to pursue our lives” (PAPAYANNIS, 2018, p. 2).

²⁸³ “Tort law is a system that not only protects but constitutes each person’s entitlement to use their bodies and property as they see fit, consistent with the entitlement of others to do the same” (RIPSTEIN, 2016, p. 7).

dessa justiça corretiva, mas sim apresenta os ilícitos privados como incompatíveis com nossa independência mútua. Para sustentar essa tese, o autor faz um levantamento sistemático de direitos à pessoa e à propriedade que os indivíduos têm uns contra os outros e argumenta que o direito sobrevive às violações²⁸⁴.

Embora o objetivo de uma tutela judicial seja fornecer um substituto para o direito violado, Ripstein evita construir seu argumento em termos de *correção*. Sua ideia não é que a tutela judicial irá replicar uma situação factual antecedente à ação de responsabilidade. Em vez disso, direito e tutela são apresentados relacionalmente. A tutela vem dar efeito contínuo a normas de conduta violada, mesmo no caso de impossibilidade de restauração da situação anterior ao ilícito.

Ripstein explica que toda uma tradição instrumentalista foi construída a partir de Oliver Wendell Holmes, o qual considerava que o direito da responsabilidade civil “é uma fachada por trás da qual as decisões políticas são escondidas”²⁸⁵. Essa tradição considera que a linguagem moral dos deveres e direitos é uma cortina de fumaça para preocupações de política social e que os juízes utilizam disputas privadas para proferir decisões políticas amplas sobre questões sociais gerais. Tal abordagem foi seguida por muitos acadêmicos que sustentaram as mais variadas teses: que uma pessoa não tem o direito de restringir a conduta de outra; que o direito não sobrevive à sua própria violação; ou mesmo que a tutela é uma ferramenta para outros fins sociais²⁸⁶.

Contudo, diferentemente de abordagens instrumentalistas que consideram que a responsabilidade civil é um meio para a maximização da riqueza²⁸⁷; que é ferramenta de maximização eficiente de bem-estar²⁸⁸, ou mesmo que a responsabilidade civil deve ser usada para promover a igualdade e distribuição²⁸⁹, Ripstein busca “mostrar como a responsabilidade civil pode ser outra coisa que um instrumento de política”²⁹⁰. O autor não considera que o “instrumentalismo é impossível, só que não é necessário”²⁹¹.

Neste sentido, a responsabilidade civil não tem um valor intrínseco que deva ser adicionado ao catálogo de resultados moralmente desejáveis pelo Estado; ou que apenas

²⁸⁴ (RIPSTEIN, 2016).

²⁸⁵ “285 “Law of torts is a façade behind which policy decisions are hidden” (RIPSTEIN, 2016, p. x).

²⁸⁶ (RIPSTEIN, 2016).

²⁸⁷ (POSNER, 1983).

²⁸⁸ (EPSTEIN, 1995).

²⁸⁹ (KEREN-PAZ, 2007).

²⁹⁰ “I focus on showing how tort law could be something other than an instrument of policy” (RIPSTEIN, 2016, p. x).

²⁹¹ “My aim is to show not that instrumentalism is impossible, only that it is not necessary” (RIPSTEIN, 2016, p. x).

as alocações após as perdas sofridas pelo autor devam ser objeto de preocupação da responsabilidade civil. A teoria não instrumental de Ripstein, portanto, “não importa conteúdo de alguma teoria moral ou econômica mais geral”²⁹².

Essa objeção ao instrumentalismo não é inédita. Ernest Weinrib, em *The Idea of Private Law* (1995), construiu uma abordagem não instrumentalista de responsabilidade civil, utilizando um vocabulário aristotélico de justiça corretiva e correlatividade. Apesar da forte inspiração no argumento de Weinrib de que o ilícito é uma violação ao direito e a tutela é sua substituta, a tese de responsabilidade civil de Ripstein é distinta e inovadora²⁹³.

A ambição central de *Private Wrongs* é “articular, de forma sistemática, os direitos que a responsabilidade civil protege”²⁹⁴, baseando-se em “ideias morais simples, mas poderosas sobre a independência de cada pessoa em relação aos outros”²⁹⁵. Em vez de originar seu argumento da ação de responsabilidade civil, Ripstein parte da ideia de que nenhuma pessoa está no controle de outra²⁹⁶, fornecendo uma “explicação das divisões familiares do direito de responsabilidade civil em termos do uso consistente dos meios”²⁹⁷.

Essa compreensão é moldada pela filosofia política e jurídica de Kant. Contudo, o autor não faz uma reconstrução histórica que impõe Kant como fonte da responsabilidade civil, nem mesmo considera que “os cidadãos precisam ler Kant para descobrir o que a lei exige deles, ou que os juízes devem fazer isso para resolver os casos”²⁹⁸. Ripstein busca fornecer uma explicação da forma de pensamento, tornando inteligível um padrão de estruturas *conceituais* e *normativas*. A sua obra se propõe a apresentar “como os modos característicos de raciocínio, as perguntas feitas e as inferências permitidas ou recusadas se encaixam em um padrão integrado”²⁹⁹.

²⁹² “Rather than importing content from some more general moral or economic theory” (RIPSTEIN, 2016, p. 8).

²⁹³ (VALLENTYNE, 2018; VOYIAKIS, 2018).

²⁹⁴ “Because my central ambition is to articulate a systematic account of the rights tort law protects” (RIPSTEIN, 2016, p. xi).

²⁹⁵ “Simple but powerful moral ideas about each person’s independence from others” (RIPSTEIN, 2016, p. xi).

²⁹⁶ Optou-se por utilizar “no controle” como tradução de “no person is *in charge* of another” (RIPSTEIN, 2016, p. 6).

²⁹⁷ (RIPSTEIN, 2016, p. 6).

²⁹⁸ “Citizens need to read Kant to figure out what the law is demanding of them, or that judges must do so in order to resolve cases” (RIPSTEIN, 2016, p. xi).

²⁹⁹ “How the characteristic modes of reasoning, the questions asked, and the inferences permitted or refused fit into an integrated pattern” (RIPSTEIN, 2016, p. xi).

Se, para Kant, a moralidade interpessoal demanda uma instância institucional em um corpo de direito positivo, Ripstein apresenta em *Private Wrongs* uma concretização aplicada à responsabilidade civil. Dada a influência kantiana, “a moralidade de interação à qual a lei de responsabilidade civil dá efeito — a ideia de que os outros não devem interferir em seu corpo, propriedade ou reputação”³⁰⁰ assume como base três assunções inter-relacionadas: *primeiro*, cada um tem o direito de definir e perseguir os seus propósitos; *segundo*, os direitos advindos das normas de interação sobrevivem à violação; e, *terceiro*, nenhuma pessoa precisa limpar o próprio nome³⁰¹.

O direito de cada pessoa de usar seus corpos e propriedades como acharem adequado, consistente com o direito de outros de fazer o mesmo, é constituído e protegido pela responsabilidade civil. Assim, “um ilícito é uma ação que é inconsistente com o direito de outra pessoa ao corpo, propriedade ou reputação, e uma tutela restaura a consistência na medida em que for possível fazê-lo”³⁰². Nas seções posteriores, veremos os modos de inconsistências que podem surgir entre os indivíduos.

Aqui, basta a compreensão de que Ripstein fornece um novo vocabulário para organizar o domínio dos ilícitos privados. Se, por um lado, “os tribunais caracterizam a tutela em termos do direito violado”³⁰³, *Private Wrongs* traz uma “caracterização de quais direitos devem existir para que a caracterização judicial seja adequada”³⁰⁴. No mesmo sentido, se “os tribunais enfocam os direitos à pessoa e à propriedade”³⁰⁵, a obra oferece “uma caracterização mais abstrata de por que esse é um conjunto não acidental de direitos a serem protegidos”³⁰⁶.

Para sustentar sua tese de responsabilidade civil, Ripstein considera que a metodologia da obra não pode ser classificada inteiramente como histórica, descritiva, nem prescritiva ou interpretativa³⁰⁷. O autor afirma que não pretende sustentar uma explicação histórica, no sentido de prover as origens das características da responsabilidade civil. No mesmo sentido, sua posição não seria puramente descritiva,

³⁰⁰ “The morality of interaction to which tort law gives effect — the idea that others must not interfere with your body, property, or reputation” (RIPSTEIN, 2016, p. 8).

³⁰¹ (RIPSTEIN, 2016).

³⁰² “A wrong is an action that is inconsistent with another person’s right to body, property, or reputation, and a remedy restores the consistency to the extent that it is possible to do so” (RIPSTEIN, 2016, p. 8).

³⁰³ “Courts characterize remedies in terms of the right violated” (RIPSTEIN, 2016, p. 18).

³⁰⁴ “Offer a characterization of what rights must be in order for the judicial characterization to be apt”

³⁰⁵ “Courts focus on rights to person and property” (RIPSTEIN, 2016, p. 18).

³⁰⁶ “I offer a more abstract characterization of why this is a nonaccidental set of rights to protect” (RIPSTEIN, 2016, p. 18).

³⁰⁷ (RIPSTEIN, 2016).

porque, a despeito de organizar suposições sobre responsabilidade, assume que há casos que não se enquadram em sua análise³⁰⁸.

Ripstein considera que sua tese também não é prescritiva, uma vez que não parte de um ponto de vista alheio ao que é pressuposto nos materiais jurídicos que o autor procura tornar inteligíveis. Embora a obra apele para argumentos morais, a moralidade compartilha com a legislação da responsabilidade civil a ideia de que nenhuma pessoa é responsável pelos propósitos da outra³⁰⁹.

Por fim, o autor considera que seu objeto de pesquisa não é exclusivamente interpretativo, pois não busca determinar um julgamento com base na descrição que melhor se encaixa e justifica a lei estabelecida. Assim, *Private Wrongs* não pretende prover uma convicção completa de cada caso real ou possível, apenas busca identificar um conjunto de conceitos relevantes e oferecer uma forma de raciocinar a interação entre pessoas privadas³¹⁰.

Neste sentido, Ripstein traz uma explicação integrada, tendo em vista que traça um “argumento que é descritivo, normativo e interpretativo e, ao mesmo tempo, nenhum deles”³¹¹. Ao propor uma metodologia nestes termos, o autor defende “o que pode parecer uma visão ingênua dos ilícitos privados”³¹², “tomando a estrutura da responsabilidade civil como *valor da face*”³¹³.

Isto significa que, na sua visão, litígios sobre responsabilidade civil envolvem direitos e deveres, devendo, assim, ser interpretados. Diferentemente do instrumentalismo que considera que, na responsabilidade civil, não são direitos que estão em jogo, mas objetivos, Ripstein parece oferecer uma “maneira diferente de olhar para a responsabilidade civil”³¹⁴. Ao assumir o foco nos direitos à pessoa (corpo e reputação) e à propriedade, o autor argumenta que o objetivo da indenização é fazer como se um ilícito nunca tivesse acontecido. Nas próximas seções, explicarei de que maneira o autor concebe esses direitos no sistema de responsabilidade civil proposto em *Private Wrongs*.

³⁰⁸ (RIPSTEIN, 2016).

³⁰⁹ (RIPSTEIN, 2016).

³¹⁰ (RIPSTEIN, 2016).

³¹¹ “Argument, which is descriptive, normative, and interpretive and, at the same time, none of them” (RIPSTEIN, 2016, p. 22).

³¹² “What may seem to be a naive view of private wrongs” (RIPSTEIN, 2016, p. 23).

³¹³ “Taking its structures and doctrines at face value” (RIPSTEIN, 2016, p. 22-23).

³¹⁴ “Different way of looking at tort law” (RIPSTEIN, 2016, p. 22-23).

4.2 Direito ao que você já tem

Nesta seção, explicarei como os direitos ao corpo e à propriedade são meios para cada um definir e perseguir propósitos, bem como apresentarei os ilícitos privados que restringem esses meios. As restrições propostas por Ripstein geram duas formas básicas de violação: o ilícito baseado no uso e o ilícito baseado no dano. Essa distinção é importante, visto que ilustra as maneiras pelas quais uma pessoa pode prejudicar outra.

Ainda nesta seção, vou esclarecer que, além do direito ao corpo e à propriedade, o direito ao bom nome é protegido. Esse direito à reputação é diferente dos direitos de propriedade e dos direitos relativos ao seu corpo, pois se baseia na ideia moral simples de que você nunca precisa limpar seu próprio nome. Mostrarei que essa estrutura muda o ônus da prova, porque quem comete a difamação deve arcar com o ônus de demonstrar a veracidade dessa afirmação.

4.2.1 O que você já tem: Corpo e propriedade

Ripstein parte da ideia *do que você já tem*³¹⁵ para explicar as formas de ilícito. Nessa concepção, o que você já tem refere-se a direitos que não dependem de ajuste prévio ou transação *a priori*. Ou seja, por serem direitos que o indivíduo possui, há uma restrição do que outras pessoas podem fazer³¹⁶. Há muitas coisas ruins que podem ser feitas contra um indivíduo, mas nem sempre haverá ilícito civil. “Posso arruinar seus planos, atrapalhar sua visão, bloquear seu acesso, afastar seus clientes, antecipar seus esforços, decepcioná-lo e ficar de braços cruzados em seu momento de necessidade”³¹⁷, entretanto, a situação só será caracterizada como ilícito ensejador de responsabilidade se houver uma interferência em *algo que você já tenha*.

São duas as espécies de ilícito que interferem no que você já tem: os ilícitos contra a *pessoa* (corpo, capacidades mentais e reputação) e também ilícitos contra à *propriedade*. Ripstein oferece uma estrutura normativa para sustentar que a proteção legal dos corpos e da propriedade é essencial, uma vez que estes são meios para decidir e perseguir objetivos. “Ao fazer as coisas usando seu corpo e propriedade, você também deve limitar os efeitos colaterais de suas ações, de modo que o corpo e a propriedade de todas as outras

³¹⁵ “What you already have” (RIPSTEIN, 2016, p. 29).

³¹⁶ (RIPSTEIN, 2016).

³¹⁷ “I can ruin your plans, spoil your view, block your access, lure away your customers, preempt your efforts, let you down, and stand idly by in your moment of need” (RIPSTEIN, 2016, p. 29).

“pessoas permaneçam disponíveis para propósitos dos outros”³¹⁸. Logo, o ilícito privado acontecerá quando são perseguidos objetivos de uma forma inconsistente com o direito de outra pessoa fazer o mesmo.

Essa estrutura oferecida por Ripstein precisa responder a algumas perguntas: 1) O que é perseguir objetivos?; 2) O que é não estar no controle de outra pessoa?; 3) Como se buscam objetivos através do corpo e da propriedade?; 4) Qual a diferença entre ilícito de uso e ilícito de dano?

Quanto à primeira pergunta — O que é perseguir objetivos? —, Ripstein retoma a sua concepção de *capacidade de perseguir propósitos* de *Force and Freedom* para explicar que o desejo está no âmbito interior de cada indivíduo, sendo os meios que ditarão se as pretensões são meros desejos ou objetivos. O autor exemplifica esse ponto em *Private Wrongs* com o caso de velocistas olímpicos. Esses atletas podem ter como desejo ganhar uma medalha de ouro e, para fazer disso seu objetivo, eles precisam adquirir meios — habilidades corporais, dieta saudável, tênis específico —, estando, assim, capacitados para alcançar seu propósito³¹⁹.

Cada um irá determinar um fim, utilizando-se dos meios — corpo e propriedade. Contudo, isso não significa que o contexto no qual você usa os meios deve se manter inalterado e protegido. Outras pessoas podem mudar as circunstâncias nas quais você utiliza seus meios, inclusive impedindo que você use os seus recursos como achar adequado. Por isso, nada poderá ser oposto aos outros para que lhe forneça um contexto favorável. Ripstein explica que fazem parte dessa estrutura proposta em *Private Wrongs* todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que estão em posição de determinar como os próprios meios serão utilizados e, também, podem sofrer interferência na sua capacidade de fazê-lo³²⁰.

Quanto à segunda pergunta — O que é não estar no controle de outra pessoa? —, Ripstein parte da ideia moral de que “nenhuma pessoa está sob controle de outra”³²¹. Isso significa que cada um age em seu próprio nome para perseguir os propósitos. Outros não podem determinar, nem se privar dos meios para perseguir propósitos. Por isso, “se eu usar meu corpo ou propriedade sem sua autorização, determino os fins para os quais eles

³¹⁸ “As you do things using your body and property, you also must limit the side effects of your actions, so that every other person’s body and property remain available for their purposes” (RIPSTEIN, 2016, p. 30).

³¹⁹ (RIPSTEIN, 2016).

³²⁰ (RIPSTEIN, 2016).

³²¹ “No person is in charge of another” (RIPSTEIN, 2016, p. 33).

são usados diretamente; se eu os danificar injustamente, determino os propósitos para os quais eles podem ser usados indiretamente”³²².

Assim, o argumento de Ripstein provê uma especificação negativa, gerando restrições aos outros quanto ao que podem fazer em relação à sua capacidade de perseguir objetivos. Este não é, portanto, um argumento positivo, no sentido de prover ambiente para melhorar ou proteger a capacidade de perseguir fins. Na ausência de um relacionamento especial, você não pode exigir que outra pessoa faça qualquer coisa por você³²³. O direito de usar os meios para definir e perseguir fins acaba tornando-se uma restrição à conduta de terceiros. Essa relação reflete:

A maneira como os direitos de cada pessoa são membros de um sistema de direitos. Você está no controle de seu próprio corpo e propriedade, mas outras pessoas estão no controle dos corpos e propriedades delas. Você não tem o poder de exigir que alguém execute um ato afirmativo porque tal poder iria colocá-lo no controle dessa pessoa ou de sua propriedade. Portanto, você não pode exigir que outra pessoa faça algo para permitir que você use o que é seu na forma que melhor se adapte às suas finalidades preferidas, porque você não tem o direito de determinar os fins para os quais eles usam o que é deles³²⁴.

Apesar disso, a ideia de que nenhuma pessoa está sob o controle da outra não garante o sucesso de seus fins perseguidos, nem faz julgamento de valor sobre seus objetivos, ou mesmo preserva os meios ou contexto de uso intactos. Para Ripstein, a independência protegida pela responsabilidade civil “não aumenta o que você tem, nem protege o que você tem contra todos os perigos; *toma o que você tem como dado e o protege apenas contra os atos dos outros*”³²⁵.

Neste sentido, não estar no controle de outrem e ser independente é levado para o campo relacional. A ideia moral de independência é relacional, porquanto cada um usa os próprios meios em relação aos meios dos outros, de modo que não haja inconsistência entre esses usos. Quando proposta uma ação de responsabilidade, “a forma básica da

³²² “If I use your body or property without your authorization, I determine the purposes for which they are used directly; if I wrongfully damage them, I determine the purposes for which they can be used indirectly”. (RIPSTEIN, 2016, p. 33).

³²³ (RIPSTEIN, 2016).

³²⁴ “The way in which each person’s rights are members of a system of rights. You are in charge of your own body and property, but other people are in charge of their bodies and property. You lack the power to require someone to perform an affirmative act because such a power would put you in charge of that person or his or her property.2 So you cannot require another person to do something to enable you to use what is yours in the way that best suits your preferred purposes, because you are not entitled to determine the purposes for which they use what is theirs” (RIPSTEIN, 2016, p. 33).

³²⁵ “It does not augment what you have, or protect what you have against all hazards; it takes what you have as given, and protects it only against the acts of others” (RIPSTEIN, 2016, p. 36).

queixa é ‘o réu não tem permissão para fazer isso comigo’, em vez de ‘o réu não tem permissão para fazer isso’, ou mesmo ‘isso não pode acontecer comigo’³²⁶.

Diferentemente da autonomia, a independência em termos relacionais muda o campo de visão a respeito do conteúdo do que é um direito privado³²⁷. Nessa concepção, o direito não se dirige à relação entre pessoa-objeto, mas nas relações entre pessoas. Violar um direito, nesse sentido, não significa violar uma relação com a propriedade, mas violar os limites de independência entre indivíduos. O dever de indenização existe porque possuo um dever com você de não violar seu corpo e sua propriedade. Meu dever não é com a propriedade, mas com você. Portanto, a visão dos direitos engloba a existência de relações recíprocas de liberdade que são tuteladas e constituídas pelo direito da responsabilidade civil.

A perspectiva de Ripstein está, assim, espacialmente localizada entre sujeitos em situações nas quais há ilícitos privados. Ao se buscar saber se uma pessoa prejudicou outra, não são feitas comparações expressas; o grau — mais grave ou menos grave — é secundário. O direito de perseguir seus próprios objetivos é determinado *em relação* ao direito de outra pessoa de fazer o mesmo. Neste sentido, *Private Wrongs* está preocupado com uma dimensão da vida moral muito diferente do sentimento de vingança, punição, censura e repreensão no âmbito da responsabilidade civil. A dimensão da vida moral em que o autor enfoca é que nenhuma pessoa está sob controle de outra.

Partindo para a terceira pergunta — Como se buscam objetivos através do corpo e da propriedade? —, Ripstein considera que ambos são meios pelos quais você decide os fins que irá perseguir. Por isso, a responsabilidade civil os protege de maneiras “surpreendentemente paralelas”³²⁸. Há diferenças inafastáveis, como a impossibilidade de separação física do corpo de você, mas tanto a propriedade quanto o corpo “podem ser usados sem autorização, e ambos podem ser danificados por meio de violação”³²⁹. A inclusão do corpo sob essa proteção tem como objetivo enfatizar:

O fato de que você, mais do que qualquer outra pessoa, tem o direito de decidir os fins para os quais ele é usado. Portanto, a alegação não é que você usa seu corpo da maneira como usa um item de propriedade, porque sua relação com

³²⁶ “When a plaintiff brings a tort action against the defendant, the basic form of the complaint is “the defendant is not allowed to do that to me,” rather than any of “the defendant is not allowed to do that,” “this can’t be allowed to happen to me” (RIPSTEIN, 2016, p. 3).

³²⁷ (RIPSTEIN, 2016).

³²⁸ “The law of torts treats your body and your property in strikingly parallel ways” (RIPSTEIN, 2016, p. 40).

³²⁹ “Can be used without authorization, and both can be wrongfully damaged” (RIPSTEIN, 2016, p. 40).

seu próprio corpo não está em questão: você e seu corpo são um. Em vez disso, a questão diz respeito ao que os outros podem fazer em relação ao seu corpo³³⁰.

Neste sentido, o paralelismo da proteção do corpo e da propriedade tem por objetivo estabelecer a não interferência nos meios de cada indivíduo. Em *Private Wrongs*, apenas os corpos humanos são protegidos de violações. Apesar de pessoas jurídicas estarem aptas a estabelecer e perseguir propósitos, bem como por meio de representantes causarem danos ou ter a própria propriedade lesada, essas pessoas artificiais não têm corpos. Ripstein argumenta que apenas corpos de pessoas naturais, inclusas as capacidades mentais, são utilizados para agir e, portanto, podem prejudicar e ser prejudicados.

Em relação à propriedade, Ripstein sustenta que a definição e busca de propósitos são suficientes para justificar sua proteção pela responsabilidade civil. Assim, não se requer uma justificativa adicional, ou diferente daquela direcionada ao tratamento dos corpos³³¹. Ao fazer essa afirmação, Ripstein tenta se proteger de objeções que podem ser levantadas contra seu argumento, afinal, os corpos são distribuídos igualmente, isto é, toda pessoa natural tem o próprio corpo, entretanto, poder-se-ia aduzir que as restrições à propriedade podem impedir outra pessoa de algo que lhe é necessário. O autor menciona algumas justificativas de proteção à propriedade e marca sua posição:

As questões sobre justificativa da propriedade privada frequentemente ocorrem contra o pano de fundo de alguma concepção imaginária de propriedade pública ou coletiva. Outras questões dizem respeito à propriedade do capital e até que ponto o governo ou coletivos devem desempenhar um papel na economia e os problemas tanto da pobreza quanto da concentração da renda e da riqueza. Também surgem questões morais sobre a aquisição de propriedade por meio da primeira posse. *Nada tão ambicioso quanto uma justificativa geral da propriedade é necessária para compreender os ilícitos contra a propriedade*³³² (destaque nosso).

Na visão de Ripstein, é o proprietário, em vez de outros, quem determina os propósitos para os quais a propriedade será utilizada, impedindo que outros a usem, ou a

³³⁰ “The fact that you, rather than anyone else, are entitled to decide the purposes for which it is used. So the claim is not that you use your body in the way in which you use an item of property, because your relation to your own body is not in question: You and your body are one. Instead, the issue concerns what others may do in relation to your body” (RIPSTEIN, 2016, p. 39).

³³¹ (RIPSTEIN, 2016).

³³² “Questions about the justification of private property often take place against the background of some imagined conception of public or collective property. Other questions concern capital property, and the extent to which government or collectives should play a role in the economy, and the problems both of poverty and of the concentration of income and wealth. Moral questions also arise about the acquisition of property through first possession. Nothing so ambitious as a general justification of property is required to understand wrongs against property” (RIPSTEIN, 2016, p. 41).

danifiquem sem permissão do proprietário. Esse princípio organizador sustenta que estar no controle de alguma coisa impede outras pessoas de usá-la ou danificá-la, porque isso seria agir de forma inconsistente com estar no controle. Dessa forma, a concepção relacional entre indivíduos que o autor propõe é indiferente quanto à justificativa da propriedade baseada em alguma distribuição, no direito natural ou mesmo fundada em alguma convenção humana³³³.

Private Wrongs restringe-se a conformar o direito à propriedade a uma restrição à conduta dos outros. Por isso, essa “abordagem é omissa quanto à questão adicional de o que os cidadãos, agindo como um corpo coletivo por meio de seus governos, devem fazer a respeito da distribuição de propriedade”³³⁴. Ripstein considera que não é necessário julgamento se outros possuem muita propriedade, ou como foram adquiridas ou mesmo se a propriedade está sendo usada de um modo que se adapta melhor ao propósito do outro³³⁵. Por isso, por mais que uma autoridade pública possa fazer a distribuição de propriedade, não há avaliação de custos e benefícios no âmbito da responsabilidade civil, porque a propriedade não está “à disposição do governo na busca de seus objetivos”³³⁶. O direito privado não serve a esse propósito.

Seguindo para a quarta pergunta — Qual a diferença entre ilícito de uso e ilícito de dano? —, Ripstein sustenta que há duas maneiras básicas de interferir nos meios de outra pessoa. O ilícito baseado no uso consiste em usar o corpo ou a propriedade de outra pessoa sem a permissão; e o ilícito baseado em dano consiste em danificar o corpo ou a propriedade de outra pessoa por meio do uso impróprio e perigoso de seu próprio corpo ou propriedade³³⁷. Essas categorias não são exclusivas e podem coincidir. A base do ilícito pode ser usar o que é seu sem sua autorização, mas o dano causado pode ser acionado se eu o prejudiquei danificando o que é seu.

Os ilícitos baseados no uso, aqueles que prejudicam alguém em virtude de usar seu corpo ou suas coisas, podem ocorrer em diversas situações, por exemplo, se eu intencionalmente invadir sua terra (mesmo sem saber que é sua); ou ainda passar meus dedos nos seus cabelos sem autorização. Em ambos os casos, uso algo que é seu e está

³³³ (RIPSTEIN, 2016).

³³⁴ “Such an account is silent on the further question of what citizens, acting as a collective body through their governments, should do about the distribution of property” (RIPSTEIN, 2016, p. 43).

³³⁵ “If a right is a constraint on the conduct of others—that I am not in charge of your (or any other person’s) property—then it is not my place to act on any judgments I might make about whether you or others have too much property, how it was acquired, or that you should use what you have in a way that best suits some purpose of mine” (RIPSTEIN, 2016, p. 42).

³³⁶ “Available to government in pursuit of its objectives” (RIPSTEIN, 2016, p. 43).

³³⁷ (RIPSTEIN, 2016).

sob seu controle. Casos clássicos como os ilícitos de *trespass* (interferir no direito da outra pessoa à posse exclusiva de sua propriedade sem a permissão ou autorização legal do proprietário) ou *battery* (contato intencional, não justificado e prejudicial ou ofensivo a outra pessoa) se enquadram nessa categoria.

Os ilícitos baseados no uso envolvem o agente ofensor usando algo que de fato pertence à vítima, mas não exige que o agente acredite — ou mesmo suspeite — que essa coisa pertence ao ofendido. O contato físico intencional com a coisa/pessoa é suficiente para que prejudique alguém, se não tiver sido dada permissão.

Ripstein explica que, se eu, por exemplo, invado sua propriedade de maneira inofensiva, cometo ilícito de uso. Se monto uma barraca nas suas terras sem saber de quem são, mesmo sem consciência de que estou usando algo seu, “eu ainda atuo intencionalmente, porque minha intenção é usar esse terreno para montar minha barraca, aqui, ou seja, usar esses meios (o terreno) para conseguir esse fim (montar barraca)”³³⁸. A utilização de meios que não são meus enseja ilícito de uso, por meio de responsabilidade objetiva, “porque alguém pode usar algo sem saber quem está no controle daquilo”³³⁹.

Essa espécie de ilícito tem duas características principais. Em primeiro lugar, gera um controle sobre pessoa/coisa. No caso, por exemplo, de ilícito de *conversion* — quando uma pessoa sem autoridade ou permissão toma intencionalmente a propriedade pessoal de outra ou a priva da posse —, a propriedade de outra pessoa é tratada como minha e, portanto, sujeita à minha escolha, e não do proprietário.

Em segundo lugar, o ilícito baseado em uso “pode ser consumado na ausência de qualquer dano”³⁴⁰. Por exemplo, se eu arrombar sua casa e limpá-la para você, cometo um ilícito mesmo que você tenha se beneficiado com isso³⁴¹; igualmente, “se eu levar seu cavalo para um passeio não autorizado, mesmo que o cavalo fique mais saudável como um resultado; ou se eu realizar um procedimento médico não autorizado em você, mesmo que, ao fazer isso, eu salve sua vida”³⁴². Tal indiferença ao dano faz com que essa espécie

³³⁸ “I still act intentionally, because my intention is to use this land to set up my tent, here, that is, to use these means (the land) to achieve this end (set up tent)” (RIPSTEIN, 2016, p. 46).

³³⁹ “Because someone can use something without knowing who is in charge of it” (RIPSTEIN, 2016, p. 46).

³⁴⁰ “The wrong can be completed in the absence of any damage” (RIPSTEIN, 2016, p. 48).

³⁴¹ (RIPSTEIN, 2016).

³⁴² “(...) if I take your horse for an unauthorized ride, even if the horse is healthier as a result; or if I perform an unauthorized medical procedure on you, even if by doing so I save your life” (RIPSTEIN, 2016, p. 48).

de ilícito seja acionável mesmo sem prova, uma vez que prejudica o outro apenas em virtude de usar seu corpo ou suas coisas sem sua autorização.

Por outro lado, os ilícitos baseados em danos prejudicam alguém quando um agente usa seu próprio corpo ou coisas de maneira inapropriadamente perigosa em relação ao corpo ou a coisas de outra pessoa. Por exemplo, você detona intencionalmente seus explosivos em sua terra, o que destrói meu carro. Ainda que isso não tenha sido pretendido, ou mesmo previsto por você, haverá ilícito de dano. Neste sentido, “no caso de ilícitos com base em danos, a conduta do réu é de um tipo que normalmente causa danos, mas a lei se contenta em esperar que o dano aconteça antes de fornecer ao demandante uma tutela”³⁴³.

Neste sentido, “se eu danifico sua propriedade, ou prejudico sua pessoa, eu o prejudico ao privá-lo do uso dos meios que estavam disponíveis para a sua busca de quaisquer propósitos que você estabeleceu para si mesmo”³⁴⁴. Haverá ilícito de dano, portanto, mesmo se o outro indivíduo não tivesse planos de usar tais coisas, pois houve privação dos meios. Diferentemente do ilícito de uso, essa categoria ocorre apenas quando há dano e somente quando o agente é culpado. Por exemplo, o agente sabia, ou deveria saber, que as atividades eram indevidamente perigosas.

Ripstein deixa claro que “nem todos os efeitos colaterais são acionáveis, apenas aqueles que causam danos *caracteristicamente*”³⁴⁵. Os ilícitos baseados em dano “ocorrem quando pessoas distintas perseguem seus objetivos distintos e uma, por meio do uso inadequado de seus meios, causa danos à pessoa ou propriedade da outra”³⁴⁶. Neste sentido, é necessário prejudicar esses meios de outrem, agindo de forma inadequada. Os efeitos colaterais *potenciais* nos corpos ou na propriedade dos outros ficam de fora dessa estrutura, pois implicaria abstenção do direito de usar seus meios para perseguir os próprios objetivos.

Por essa razão, os riscos *de fundo* são aceitáveis, por se tratar de ações comuns das pessoas “como apenas parte do mundo natural, porque a possibilidade de danificar o

³⁴³ “In the case of damage-based wrongs, the defendant’s conduct is of a type that typically does damage, but the law is content to wait for the damage to happen before providing the plaintiff with a remedy” (RIPSTEIN, 2016, p. 45).

³⁴⁴ “If I damage your property, or injure your person, I wrong you by depriving you of the use of means that were available for your pursuit of whatever purposes you set for yourself” (RIPSTEIN, 2016, p. 48).

³⁴⁵ “Not all such side effects are actionable, only the ones that *characteristically* cause damage” (RIPSTEIN, 2016, p. 49) (destaque nosso).

³⁴⁶ “Damage-based torts occur when separate persons pursue their separate purposes, and one, through inappropriate use of his or her means, causes damage to the other’s person or property” (RIPSTEIN, 2016, p. 49).

que pertence a outro acompanha qualquer coisa que alguém possa fazer”³⁴⁷. A violação acontecerá apenas se alguém agir de uma maneira caracteristicamente prejudicial. Ripstein explica que a linguagem da responsabilidade subjetiva cumpre bem seu papel nos ilícitos de dano. “A exigência de cuidado ‘normal’, ‘devido’ ou ‘razoável’ reflete o direito de cada pessoa de usar seus meios para definir seus próprios objetivos”³⁴⁸.

Nos casos de ilícito de *nuisance*, por exemplo — quando o uso e gozo de seu imóvel sofre uma interferência substancial e irracional por meio de uma coisa ou atividade —, há interferência incomum no aproveitamento do imóvel. Nessas condições, o cuidado caracteriza o contexto no qual o dano causado pelo réu à propriedade do requerente é consistente com o direito de cada pessoa de usar seus meios.

Ao sustentar essa estrutura em *Private Wrongs*, Ripstein não busca encontrar um equilíbrio entre os interesses conflitantes na realização bem-sucedida dos objetivos dos indivíduos, como fez o instrumentalismo. Essa corrente dá peso aos interesses específicos de determinado agente, considerando a probabilidade de sucesso, as vulnerabilidades envolvidas no caso e os custos e benefícios da transação ocorrida. Diferentemente dessa corrente, Ripstein centra-se:

Na capacidade de cada pessoa de definir e perseguir os seus próprios objetivos, quaisquer que sejam, e concede a cada pessoa o direito de usar os seus meios como achar adequado, de acordo com outros que tenham o mesmo direito. Nem os propósitos do réu, nem as vulnerabilidades do autor desempenham qualquer papel nesta análise. A responsabilidade também não reflete a ideia de que a segurança tem prioridade sobre a liberdade, como se essas estivessem sempre em conflito³⁴⁹.

Em vez disso, *Private Wrongs* provê uma estrutura normativa na qual cada pessoa tem o direito de usar seus meios como bem entender, restrito apenas pelo direito de terceiros de fazer o mesmo, pois ninguém tem o direito de danificar os meios de outrem. Como nenhuma pessoa está no controle dos meios da outra, exige-se que todos limitem suas atividades da mesma maneira, o que protege a liberdade ao conciliar o direito de cada um de usar seus meios para definir e buscar os seus próprios objetivos.

³⁴⁷ “As just part of the natural world, because the possibility of damaging what belongs to another accompanies anything anyone might do” (RIPSTEIN, 2016, p. 50).

³⁴⁸ “The requirement of “ordinary,” “due,” or “reasonable” care reflects the entitlement of each person to use his or her means to set his or her own purposes” (RIPSTEIN, 2016, p. 49).

³⁴⁹ “Capacity of each person to set and pursue his or her own purposes, whatever they might be, and accords to each person the entitlement to use his or her means as he or she sees fit, consistent with others having the same entitlement. Neither the defendant’s purposes nor the plaintiff’s vulnerabilities play any role in this analysis. Nor does liability reflect the idea that security takes priority over liberty, as though these were somehow always in conflict” (RIPSTEIN, 2016, p. 51).

4.2.2 O que você já tem: Bom nome

Além do direito ao corpo e à propriedade, o direito ao bom nome é protegido. Em *Private Wrongs*, a reputação se baseia na ideia moral simples de você nunca precisar limpar seu próprio nome³⁵⁰. Essa estrutura muda o ônus da prova, porque, quem comete a difamação, incumbe-se de demonstrar a veracidade dessa afirmação.

Ripstein considera que você não tem a reputação do mesmo modo que tem seu corpo e sua propriedade. O direito a ela não é baseado “na ideia de que terceiros não têm o direito de determinar os fins para os quais ela é usada”³⁵¹, nem é uma forma de autorrelação; em vez disso, o “direito à reputação é um direito de restringir a conduta de outras pessoas”³⁵².

Em virtude dessa natureza distinta, a reputação está sendo analisada nesta seção de maneira apartada. Embora a ação de difamação possa parecer um caso difícil para a ideia de Ripstein de que “o objetivo da indenização é fazer com que o ilícito nunca tivesse acontecido, em outro sentido, é um caso fácil, tanto para ilustrar o princípio geral quanto para revelar a natureza de sua realização imperfeita”³⁵³. Por isso, para sustentar que a tutela resolve o direito violado, Ripstein se concentra no direito em si, no direito ao bom nome e no direito de não o ter manchado pelos outros.

É comum que a ação de difamação seja vista como provedora de equilíbrio entre interesses ligados à boa reputação do autor e ao interesse de liberdade de expressão do réu. Contudo, *Private Wrongs* apresenta uma visão particular da difamação. Ripstein refuta esse cenário de equilíbrio de interesses ou vantagens, sugerindo que deve haver proteção ao direito de cada pessoa de que ninguém determine sua posição aos olhos dos outros³⁵⁴. Essa caracterização direciona a reputação não para o dano sofrido, mas sim para um direito subjacente em termos do que os outros não podem fazer a você. Logo, tal proteção não corresponde à salvaguarda de interesses não jurídicos, em vez disso, o

³⁵⁰ Traduzi “clear your name” para “limpar seu nome” por ser uma expressão familiar no Brasil. Contudo, como o Direito Brasileiro diferencia os direitos ao nome e à honra, necessária a ressalva de que, neste argumento, Ripstein se refere ao que, para nós, é o direito à honra.

³⁵¹ “Is not based on the idea that others are not entitled to determine the purposes for which it is used.” (RIPSTEIN, 2016, p. 185).

³⁵² “Your right to reputation is an entitlement to constrain the conduct of others” (RIPSTEIN, 2016, p. 185).

³⁵³ “The purpose of damages is to make it as if the wrong had never happened, in another sense it is an easy case, both for illustrating the general principle and for revealing the nature of its imperfect realization” (RIPSTEIN, 2016, p. 186).

³⁵⁴ (RIPSTEIN, 2016).

caráter da difamação proposto é jurídico e emerge do ilícito e das defesas disponíveis no direito.

As formulações de Ripstein como “ninguém tem o direito de manchar seu nome, nenhuma outra pessoa pode obrigá-la a limpar seu nome — podem aparentar circunlóquios, porque parecem localizar seu direito na proibição do que os outros podem fazer, em vez de em um fato sobre você”³⁵⁵, entretanto, são afirmações que coadunam com o argumento geral da obra. “Assim como o seu direito à sua propriedade é a proibição de outros usá-la sem a sua autorização, também o seu direito ao seu próprio bom nome é a restrição à conduta de terceiros. Somente você tem o direito de mudar sua reputação, porque outros não podem”³⁵⁶.

Uma primeira característica que chama atenção na proteção à reputação é que, “para que o requerente tenha sucesso em uma ação de difamação, a conduta do réu não precisa ter sido descuidada ou defeituosa, e o requerente não precisa ter sofrido uma perda com a ação do réu”³⁵⁷. Logo, a difamação é acionável *per se*, ou seja, sem demonstração de perda, e pode ser pleiteada independentemente do cuidado que o réu estava tendo.

Diferentemente de outros ilícitos como *battery* (toque não autorizado) ou *trespass to land* (entrada não autorizada) nos quais o ilícito ocorre contra a própria pessoa ou coisa, a difamação acontece em virtude de declarações sobre o requerente para outras pessoas. Além dessa característica, chama atenção que “o requerente só precisa estabelecer que o réu disse algo que iria colocá-lo em uma luz negativa aos olhos dos outros [...] não é necessário estabelecer a falsidade da declaração difamatória”³⁵⁸. Isso inverte o ônus da prova para que o réu estabeleça sua defesa.

Por essas razões, Ripstein argumenta que a responsabilidade civil em relação à reputação não deve ser vista sob o ângulo da perda ou da proteção de interesses. Em substituição a isso, o autor argumenta que a difamação apenas dá efeito a um conjunto de ideias normativas já inerentes ao direito privado. Neste sentido:

³⁵⁵ “Nobody is entitled to besmirch your name, no other person can put you under an obligation to clear your name — may seem like circumlocutions, because they appear to locate your right in the prohibition on what others may do, rather than in a fact about you” (RIPSTEIN, 2016, p. 192).

³⁵⁶ “Just as your right to your property is the prohibition on others using it without your authorization, so too, your right to your own good name is the restriction on the conduct of others. Only you are entitled to change your reputation because others may not” (RIPSTEIN, 2016, p. 192).

³⁵⁷ “In order for the plaintiff to succeed in a defamation action, the defendant’s conduct need not have been careless or otherwise defective, and the plaintiff need not have suffered a loss through the defendant’s action” (RIPSTEIN, 2016, p. 189).

³⁵⁸ “The plaintiff need only establish that the defendant said something that would cast him or her in a negative light in the eyes of others [...] does not need to establish the falsity of the defamatory statement” (RIPSTEIN, 2016, p. 189).

Minha sugestão é que é um sistema de responsabilidade, no sentido de que suas doutrinas básicas são expressões de uma ideia de que os seres humanos são agentes responsáveis aos quais atos particulares podem ser atribuídos. Como sistema de atribuição, por sua vez, o direito privado pressupõe várias ideias estruturantes. A mais básica delas é a ideia de que qualquer alegação de ilicitude deve ser provada. Chamo isso de ideia estruturante porque molda a condução de um processo judicial. O ônus recai sobre o demandante de estabelecer que o réu cometeu um ilícito; [...] Devo argumentar que esta abordagem explica cada uma das coisas que parecem intrigantes sobre a difamação³⁵⁹.

Através dessa ideia estruturante, Ripstein considera que é possível: *a)* explicar a natureza do ilícito; *b)* sustentar a exigência de que uma declaração se refira ao requerente; *c)* indicar a estrutura processual em que o autor precisa apenas apresentar que o réu prejudicou sua reputação, sem demonstrar qualquer falsidade da alegação ou qualquer desvantagem sofrida por meio da reclamação difamatória; e *d)* apontar a necessidade de transferência do ônus de defesa ao réu³⁶⁰.

Para amparar esse argumento geral, Ripstein, primeiro, esclarece quais são as razões para que a reputação não seja um interesse extralegal e, na sequência, define a ideia organizadora da difamação. A princípio, a reputação não deve ser considerada em termos de proteção de interesses ou vantagens, porque implicaria contrabalancear o grau de importância dos interesses tutelados. Quando a ideia organizadora é o interesse, “ele pode ser compreendido e avaliado, sem qualquer referência ao seu modo de proteção”³⁶¹. Há um grau de importância que deve figurar na decisão de protegê-lo para que seja feito um equilíbrio entre os interesses. Considerada assim, “por um lado, sua aplicação é indevidamente restritiva; por outro, é extremamente permissiva”³⁶².

A aplicação por esse viés seria restritiva, porquanto o interesse que as pessoas têm na reputação é muito menos pessoal do que a estrutura legal da difamação parece presumir. A legislação exige que a declaração difamatória seja concernente ao autor, sendo extremamente restrita quanto aos interesses que protege. Se, por exemplo, a vida

³⁵⁹ My suggestion is that it is a system of responsibility in the sense that its basic doctrines are expressions of an idea that human beings are responsible agents to whom particular acts can be attributed. As a system of attribution, in turn, private law presupposes several structuring ideas. The most basic of these is the idea that any allegation of wrongdoing must be established. I call this a structuring idea because it shapes the conduct of a legal proceeding. The burden lies with the plaintiff of establishing that the defendant has committed a wrong [...] I shall contend that this account explains each of the things that appear to be puzzling about defamation” (RIPSTEIN, 2016, p. 191).

³⁶⁰ (RIPSTEIN, 2016).

³⁶¹ “It can be understood, and evaluated, without any reference to its mode of protection” (RIPSTEIN, 2016, p. 193).

³⁶² “On the one hand, its application is unduly restrictive; on the other, it is wildly permissive” (RIPSTEIN, 2016, p. 193-194).

dos membros da família é interrompida por falsas alegações contra seus cônjuges ou filhos; ou escritórios de advocacia perdem clientes porque se acredita em artigos difamatórios sobre sócios seniores, isso deveria ser visto como um interesse em estar livre das desvantagens criadas por falsas crenças de outras pessoas³⁶³. Neste sentido, todos esses demandantes deveriam merecer tutela, mas não é o que acontece, pois a estrutura legal não permite.

De outro lado, considerada a dimensão do interesse, a aplicação da responsabilidade por difamação seria muito ampla, pois o autor não precisa nem mesmo alegar, muito menos provar, culpa da parte do réu. Há, portanto, direito a uma reparação sem estabelecer qualquer perda ou desvantagem. Assim, pessoas que mostram indiferença aos efeitos de palavras sobre os outros e pessoas que são excessivamente cuidadosas, mas cometem um erro inocente, são responsabilizadas similarmente³⁶⁴.

Dessa forma, não é o contrabalanceamento de interesses que está em voga na proteção contra difamação, mas a própria estrutura jurídica que a protege. Você tem o *direito* de não ser difamado injustamente. A estrutura também seria difícil de ser assimilada se a abordagem se concentrasse em danos ou perdas. A ideia organizadora de Ripstein é que é necessário “um sistema de limites recíprocos de conduta em que atos juridicamente significativos são atribuídos a seres humanos individuais e, concomitante a esses limites, um sistema de responsabilização”³⁶⁵.

A necessidade de estrutura específica para a difamação deve-se ao fato de que o direito à reputação é diferente dos direitos de propriedade e dos direitos relativos ao corpo. Ao contrário do direito em relação à propriedade, mas de forma similar ao direito em relação ao seu corpo, o seu direito à sua reputação é um direito a algo que necessariamente pertence apenas a você e não requer aquisição sua, nem atribuição por outra pessoa. Contudo, diferentemente do seu direito ao seu corpo, juntamente ao qual compreende o seu direito à sua pessoa, o seu direito à sua reputação é, ao mesmo tempo, necessariamente externo a você, residindo nas opiniões dos outros³⁶⁶. Como sua reputação é, ao mesmo tempo, pessoal e externa, você não precisa fazer nada para adquirir seu próprio bom nome, mas pode perdê-lo por meio das ações de outras pessoas. Assim, o direito só pode ser entendido em relação à possibilidade de proteção via ação judicial.

³⁶³ (RIPSTEIN, 2016).

³⁶⁴ (RIPSTEIN, 2016).

³⁶⁵ “A system of reciprocal limits on conduct in which legally significant acts are attributed to individual human beings, and, as a concomitant to those limits, a system of accountability” (RIPSTEIN, 2016, p. 198).

³⁶⁶ (RIPSTEIN, 2016).

A ideia organizadora de Ripstein é moralmente significativa, porque a própria “lei parte do pensamento de que, antes de praticar qualquer ato, você está irrepreensível e, portanto, tem um bom nome por uma questão de direito”³⁶⁷. Logo, esse *status* só é perdido caso você execute alguma ação, pois não há responsabilidade por algo que não foi feito por você. Se você, por exemplo, propõe ação afirmando que o réu cometeu o ilícito de difamação, a sua reclamação é que o réu fez essa alegação, e este deverá provar. O ônus de estabelecer a prova recairá sobre qualquer pessoa que imputa a você qualquer ação legalmente significativa.

Considerada essa estrutura do direito de ser irrepreensível e do ônus da prova em processos judiciais, Ripstein explica a natureza do ilícito tomando como base as ações de difamação. O autor explora os seguintes aspectos: *a)* declaração difamatória deve ser referente ao demandante; *b)* há inversão do ônus da prova e responsabilidade objetiva; e *c)* reputação é caracterizada pelo que os outros pensam de você.

Em primeiro lugar, a declaração difamatória deve ser referente ao demandante. Ou seja, a preocupação está em volta do ilícito em si, e não com o dano causado. Requerentes indiretos, presumivelmente atingidos, como membros de família ou parceiros de negócio, não serão contemplados pela ação de difamação. Assim,

Seu direito à difamação não é o direito de que outras pessoas não digam coisas negativas sobre as pessoas que possam causar danos a você ou que provavelmente o façam; seu direito na difamação é, em vez disso, o direito de que as pessoas não digam coisas falsas sobre você que o colocam sob uma luz negativa aos olhos dos outros³⁶⁸.

Logo, somente a pessoa que foi prejudicada tem legitimidade para processar o réu. Se a declaração não é sobre você, tudo que resta é um contexto desfavorável no qual o réu mudou sua reputação³⁶⁹. Apenas quem tem direito ao próprio bom nome é você. A declaração difamatória deve ser referente a você para que o réu limpe o seu nome.

Em segundo lugar, basta que o requerente apresente a declaração difamatória que o diminui na opinião de outrem. “O ônus do réu de demonstrar que a declaração não era difamatória decorre diretamente do direito ao seu próprio bom nome”³⁷⁰. Ripstein entende

³⁶⁷ “The law takes as its starting point the thought that, prior to performing any act, you are beyond reproach, and so have a good name as a matter of right” (RIPSTEIN, 2016, p. 200).

³⁶⁸ “Your right in defamation is not the right that others not say negative things about people that result in harm to you or are likely to do so; your right in defamation is instead the right that people not say false things about you that cast you in a negative light in the eyes of others” (RIPSTEIN, 2016, p. 202).

³⁶⁹ (RIPSTEIN, 2016).

³⁷⁰ “The defendant’s burden of showing that the statement was not defamatory follows directly from the right to your own good name” (RIPSTEIN, 2016, p. 204).

que você tem o direito de estar irrepreensível e nunca precisar limpar seu próprio nome, de modo que, se o réu questiona esse bom nome, deve, portanto, estabelecer que a declaração não era ilícita, apresentando as defesas, como exceção da verdade, comentário justo com base em fatos presumidos ou privilégios parlamentares³⁷¹.

Além disso, o requerente em uma ação de difamação não precisa estabelecer que “o réu sabia ou deveria saber que a declaração difamatória era falsa, porque o direito do requerente ao seu próprio nome já inclui o pensamento de que nenhum aspecto dos direitos do reclamante precisa ser comprovado”³⁷². Essa situação se caracteriza por responsabilização objetiva, pois um agente é prejudicado por meio de um ato específico, nesse caso, a interferência no bom nome, independentemente de culpa.

Em terceiro lugar, Ripstein considera essencial que a reputação seja caracterizada pelo que os outros pensam de você. Por isso, é preciso determinar o que conta como dano. As coisas pelas quais você tem o direito de estar irrepreensível — o que impede a imputação de qualquer ilícito a você — se estendem a ilícitos morais e até mesmo sociais. Neste sentido, “o conteúdo específico expresso por meio do seu direito ao seu próprio bom nome é preenchido por meio da lei positiva, à luz do entendimento social comum do que significa ser um membro respeitável e honesto de sua comunidade”³⁷³.

Ao determinar que difamação se refere ao que as pessoas pensam de você, a estrutura argumentativa não propõe que você tenha o direito de que outras pessoas acreditem em coisas corretas sobre você, o que pode ser comprometido com uma declaração difamatória. Na verdade, há um direito a uma restrição à conduta de outras pessoas³⁷⁴. Há o direito do que essa pessoa pode fazer a você, não apenas em termos dos efeitos das ações de outra pessoa sobre você. No caso específico de difamação, impede-se que se diga algo que “rebaixará sua reputação nas opiniões dos outros. Isso é analiticamente básico e não reflete algum pensamento adicional de que você realmente tem o direito de permitir que outros acreditem na verdade sobre você”³⁷⁵.

³⁷¹ (RIPSTEIN, 2016).

³⁷² “The plaintiff does not need to establish that the defendant knew or should have known the defamatory statement to be false, because the plaintiff’s right to her own good name already includes the thought that no aspect of the plaintiff’s entitlement ever needs to be established” (RIPSTEIN, 2016, p. 204).

³⁷³ “Particular content expressed through your right to your own good name is filled in through positive law in light of ordinary social understandings of what it is to be a proper and upright member of your community” (RIPSTEIN, 2016, p. 206).

³⁷⁴ (RIPSTEIN, 2016).

³⁷⁵ “Will lower your reputation in the opinions of others. That is analytically basic, and does not reflect some further thought that you really have a right to have others believe the truth about you” (RIPSTEIN, 2016, p. 208).

Assim, a abordagem alternativa de Ripstein considera que é a própria estrutura interna do direito privado que provê o direito ao bom nome. “Em vez do interesse em que os outros pensem bem de você ou acreditem na verdade sobre você, o certo é o direito de que os outros não o coloquem em uma posição de necessidade de limpar seu nome”³⁷⁶. A própria estrutura da lei e da ação de difamação provê por que o direito à reputação é acionável *per se*, impondo a inversão do ônus da prova e um modelo de responsabilidade objetiva.

4.3 Usando o que você já tem: Distinção entre *misfeasance* e *nonfeasance*

Nas seções anteriores, foi abordado que a responsabilidade civil protege o que você já tem, no sentido de que o seu direito ao corpo e à propriedade restringe a maneira como os outros podem tratá-lo. O que essa estrutura proposta em *Private Wrongs* ainda precisa responder é: Qual é a diferença entre interferir com o que outra pessoa já tem e simplesmente usar seu corpo ou propriedade como achar adequado?

Doravante, apresentarei os conceitos de *misfeasance* e *nonfeasance*, através dos quais Ripstein descreve a distinção entre prejudicar uma pessoa, ato entendido como fazer algo a alguém ou deixar de fazer algo por essa pessoa, nos termos dos ilícitos de dano e de uso. O autor busca sustentar o porquê seu direito ao corpo e à propriedade limita as reivindicações que outros podem fazer contra você, mesmo se o corpo ou a propriedade deles estiverem em perigo, ou se eles sofrerem perdas devido ao uso do que é seu.

Para explicar a distinção entre prejudicar uma pessoa, entendido como fazer algo a alguém (*misfeasance*), e deixar de fazer algo por essa pessoa (*nonfeasance*)³⁷⁷, Ripstein apresenta os seguintes casos: uma pessoa não precisa abster-se de construir uma torre para não deixar meu imóvel sem luz; não há legitimidade para reclamar da sua quebra de contrato com terceiro de que dependo; você não precisa deixar de oferecer um produto mais atraente para um cliente meu. “Em cada um desses casos, você não usou nem danificou meus meios; tudo o que você fez foi mudar o mundo em que os uso”³⁷⁸.

Nas situações narradas, eu ainda possuo a minha terra. Posso agora ser vulnerável, considerando que você deixou de fornecer algo a alguém de quem dependo, mas, na

³⁷⁶ “Rather than an interest in having others think well of you, or believe the truth about you, the right is a right that others not put you in a position of needing to clear your name” (RIPSTEIN, 2016, p. 232).

³⁷⁷ “Distinction between wronging another, understood understood as doing something to someone, and failing to do something for that person” (RIPSTEIN, 2016, p. 24).

³⁷⁸ “In each of these cases you have neither used nor damaged my means; all you have done is change the world in which I use them” (RIPSTEIN, 2016, p. 53).

ausência de alguma relação especial entre nós, não tenho o direito de exigir que você proteja meus meios. Da mesma forma, não posso obrigar meus clientes a receber oferta melhor só para favorecer meu negócio³⁷⁹.

A distinção entre *misfeasance* e *nonfeasance* “é um reflexo da relação entre as normas que regem os *efeitos* da conduta de uma pessoa sobre os meios de outra e as normas que regem o *uso* dos meios de outra pessoa”³⁸⁰. Vista assim, mesmo considerando os exemplos que tratam das perdas que uma pessoa sofre com a ação ou omissão da outra, o cerne da diferenciação não está no dano ou perda.

Na visão do autor, não há direito contra você quanto ao corpo ou à propriedade de terceiros, mesmo que dependa deles. Não há direito de restringir a conduta do outro, a menos que se tenha o direito de determinar os fins para os quais o réu usa seu próprio corpo ou propriedade. Se não tenho, por exemplo, um direito contratual contra o dono de uma coisa — apenas contra este, sem nenhum direito contra outra pessoa com relação a essa coisa —, a disponibilidade de qualquer coisa é apenas parte do contexto de uso de algo que já tenho. Não tenho, portanto, direito de determinar a finalidade para a qual você usa seus meios. “Permitir que eu exija que você me forneça um contexto favorável para meus objetivos preferidos tornaria seus meios sujeitos aos meus objetivos”³⁸¹.

Da mesma forma, mesmo na ausência de direitos, não é necessária permissão para fazer qualquer coisa. “Você não precisa da minha permissão para construir uma estrutura que ocupe parte do espaço em seu terreno. Você não precisa me consultar sobre a possibilidade de quebrar um contrato com outra pessoa”³⁸². Na ausência de um relacionamento especial, o uso dos meios não precisa se adaptar ao uso preferido do outro, nem permissões, nem proibições precisam ser concedidas.

Por considerar *misfeasance* e *nonfeasance* um princípio estruturante geral, Ripstein afirma que a aplicação ocorre independentemente da urgência da situação. Neste sentido, nem mesmo o dever de resgatar — que pode ocasionar uma grande perda, inclusive a vida — pode determinar os propósitos para os quais seus meios serão usados.

³⁷⁹ (RIPSTEIN, 2016).

³⁸⁰ “Reflection of the relation between norms governing the effects of one person’s conduct on another’s means, and norms governing the use of another person’s means” (RIPSTEIN, 2016, p. 56).

³⁸¹ “To allow me to require you to provide me with a favorable context for my preferred purposes would make your means subject to my purposes” (RIPSTEIN, 2016, p. 56).

³⁸² “You do not need my permission to put up a structure that occupies some of the space on your land. You do not need to consult me about whether to breach a contract with someone else” (RIPSTEIN, 2016, p. 56-57).

“Se você não precisa considerar meus objetivos ao decidir como usar seus meios, não precisa me conceder um benefício, não importa o que esteja em jogo”³⁸³.

Na visão de Ripstein, essa ausência de dever de assistência não reflete individualismo exacerbado, dificuldade em traçar limite entre resgate fácil ou resgate difícil; ou mesmo dificuldades de ponderação entre liberdade e segurança dos indivíduos envolvidos. Mesmo que no campo penal exista uma exigência de prestar socorro, não há responsabilidade civil nessas circunstâncias³⁸⁴.

Se avaliado em termos de equilíbrio de interesses entre liberdade de uma pessoa e segurança da outra, o equilíbrio entre os interesses em jogo pende em direções opostas, causando aparente contradição entre as esferas cível e criminal. Contudo, em *Private Wrongs*, não existe uma causa privada para o dever de resgate. Essa ausência é “uma manifestação do princípio mais geral de que a responsabilidade civil nunca exige que você use seus meios da forma mais apropriada ao uso dos meios de outra pessoa”³⁸⁵.

Ainda que o risco seja iminente e o resgate fácil, uma pessoa não tem obrigação de usar os próprios meios de uma forma que atenda aos propósitos específicos de outra, nem mesmo se o fim seja para preservá-la³⁸⁶. A questão de grau, portanto, não tem espaço nessa noção relacional de direito privado proposta em *Private Wrongs*. Tanto na ausência de dever de prestar socorro quanto em outros casos de responsabilidade civil, não se pretende avaliar se o prejuízo causado poderia ser previsto, mas sim se um direito foi violado, independentemente do grau de perda ou de custo para evitá-la. Por exemplo:

Se eu danificar a ponte da qual você depende, mas a qual você não possui, você não tem nenhum interesse de agir contra mim pela perda de seus clientes, ainda que qualquer um pensasse por um momento e percebesse que pessoas cruzam pontes, e mesmo que eu já estivesse sob o dever com o proprietário da ponte de evitar de danificá-la, dando a você uma reivindicação adicional contra mim, isso não me proibiria de fazer qualquer coisa que eu já tivesse direito de fazer. A distinção não depende de quão difícil seria para mim se você tivesse um direito; em vez disso, depende do seu direito de restringir minha conduta, algo que você só pode fazer com respeito ao seu corpo e à propriedade. Contudo, se você é o dono da ponte, sou responsável por suas perdas, incluindo a perda dos fregueses, mesmo que essas perdas não sejam mais previsíveis ou evitáveis³⁸⁷.

³⁸³ “If you do not need to consider my ends in deciding how to use your means, then you do not need to confer a benefit on me, no matter what is at stake” (RIPSTEIN, 2016, p. 58).

³⁸⁴ (RIPSTEIN, 2016).

³⁸⁵ “Manifestation of the more general principle that the law of torts never requires you to use your means in a way that is best suited to another person’s use of his or her own means” (RIPSTEIN, 2016, p. 62).

³⁸⁶ (RIPSTEIN, 2016).

³⁸⁷ “If I damage the bridge on which you depend, but which you do not own, you have no cause of action against me for the loss of your customers, even though anyone who gave it a moment’s thought would realize that people cross bridges, and even though I was already under a duty to the bridge owner to avoid damaging it, so that giving you an additional claim against me would not prevent me from doing anything I was entitled to do. The distinction does not turn on how difficult it would be for me if you had a right; it

Assim, a obrigação de resgate se compatibiliza com a regra geral de que não se levanta quaisquer questões de grau, se mais fácil ou menos fácil; apenas reflete a ideia de que os meios não devem ser usados na busca de qualquer fim de outrem, nem mesmo para preservar a vida da outra pessoa. A restrição de uso dos meios permanece. Uma vez que não estou no seu controle, não posso exigir que use seus meios para o bem de qualquer fim meu.

Ripstein considera que a diferença entre os conceitos de *misfeasance* e *nonfeasance* estrutura os direitos privados ao corpo e à propriedade. Para sustentar a diferença entre prejudicar uma pessoa, fazendo algo a alguém; e deixar de fazer algo por essa pessoa, são trazidas à baila algumas justificativas proeminentes na literatura. Os argumentos são: *a)* o alinhamento entre atos e omissões da filosofia moral; *b)* o efeito em relação à causa; *c)* os direitos como interesses protegidos; e *d)* custos de transação. Entretanto, o autor sustenta que a responsabilidade civil não pode ser analisada nesses termos e que nenhum deles é capaz de dar sentido à distinção.

O primeiro argumento, da filosofia moral, busca alinhar atos/omissões e *misfeasance/nonfeasance* no sentido de tornar correspondente *praticar* e *permitir* o dano, sendo mais exigente com prejudicar alguém do que com a obrigação de prestar ajuda a quem necessita. Ripstein considera que essa diferenciação na filosofia moral não explica a diferença entre *misfeasance* e *nonfeasance* por duas razões.

Primeiro, isso acontece porque, ao supor que “prejudicar alguém é mais sério do que deixar de beneficiar essa pessoa é uma distinção de grau; não é que não haja nada de ilícito em deixar de beneficiar uma pessoa, apenas que prejudicar alguém é pior”³⁸⁸. Contudo, a responsabilidade civil não faz essa distinção de grau com base no rigor; em vez disso, considera que nenhuma pessoa privada tem a obrigação de conceder um benefício a outra. Por isso, a correspondência entre atos/omissões e *misfeasance/nonfeasance* não é capaz de explicar por que situações de *nonfeasance* não são acionáveis.

turns instead on your entitlement to constrain my conduct, something you can do only with respect to your body and property. But if you own the bridge, I am liable for your losses, including the loss of custom, even though those losses are no more foreseeable or avoidable” (RIPSTEIN, 2016, p. 63).

³⁸⁸ “Harming someone is more serious than failing to benefit that person is a distinction of degree; it is not that there is nothing wrong with failing to benefit a person, only that harming someone is worse” (RIPSTEIN, 2016, p. 65).

Além disso, em diversas situações, *nonfeasance* não envolve *omissão* de forma alguma. São atos. Por exemplo, destruir a ponte da qual você depende, ou causar danos a um fábrica que oferece suprimentos a você, são atos, e não omissões. No primeiro exemplo, eu “já estou proibido de fazê-lo; a reivindicação distintiva da lei não é que eu deixei de agir, ou mesmo que não fiz nada de ilícito. É que eu não prejudiquei aqueles que usam a ponte, mas não a possuem”³⁸⁹. Logo, não se trata de inação, trata-se de uma afirmação sobre as relações em que nos situamos.

O segundo argumento, proposto por Richard Epstein³⁹⁰, considera que a falha em fazer algo nunca é uma *causa*. Neste sentido, algo só será efeito em relação a uma causa. Ainda que essa causalidade relacional agrade a Ripstein, o autor considera que esse argumento não é capaz de explicar a diferença entre *misfeasance* e *nonfeasance*.

No caso da ponte, por exemplo, no qual o proprietário-usuário é tratado de maneira distinta do usuário não proprietário, a causalidade relacional não explicaria o *nonfeasance*, uma vez que, em ambos os casos, você sofreu *por causa* de algo que eu fiz. Portanto, “não existe um conceito útil de causalidade no qual eu provoque suas perdas financeiras se você possuir a ponte que eu destruo descuidadamente, mas não as causo se você não a possuir”³⁹¹.

O problema com esse argumento, para Ripstein, é que, embora a *causalidade* esteja *correta*, a *relação* está *errada*. É preciso determinar o limite dos efeitos jurídicos das ações dos indivíduos, e isso só pode ser feito apelando ao conceito distintamente relacional de direito. Por exemplo, se a perda de clientes do dono do restaurante está entre os efeitos da destruição da ponte; ou se, ao construir uma estrutura em seu terreno, você bloqueia a luz, ou mesmo lança sombras em meu terreno, são questões que só podem ser respondidas se analisados os *conceitos de direito*, sua estrutura e suas instâncias familiares.

A terceira linha argumentativa à qual Ripstein apresenta objeções mais fortes é a de direitos como interesses protegidos. Sob esse ponto de vista, a tarefa da responsabilidade civil é dar proteção a interesses particularmente urgentes. Os direitos são concebidos em termos relacionais, de modo que a legitimidade para uma ação de

³⁸⁹ “I am already prohibited from doing so; the law’s distinctive claim is not that I have failed to act, or even that I have done no wrong. It is that I have not wronged those who use the bridge but do not own it” (RIPSTEIN, 2016, p. 66).

³⁹⁰ (EPSTEIN, 1973).

³⁹¹ “In both cases you have suffered because of something I have done, but there is no serviceable concept of causation on which I cause your financial losses if you own the bridge that I carelessly destroy but do not cause them if you do not own it” (RIPSTEIN, 2016, p. 66).

responsabilidade civil surge sempre de um autor em particular contra um réu em particular. Todavia, Ripstein considera que a estratégia de considerar os deveres relacionais como impostos por lei para proteger interesses não é capaz de explicar a diferença entre *misfeasance* e *nonfeasance*.

A corrente dos direitos como interesses protegidos considera que a lei identifica alguns interesses como importantes o suficiente para justificar o reconhecimento de deveres de não interferência por parte dos outros. Por exemplo, interesses como “ficar livre de aborrecimento — ou em ter um ambiente esteticamente agradável”³⁹² — podem ser tratados como um revés, mas não são tratados como interesses importantes para responsabilidade civil. Neste sentido, a violação que enseja responsabilidade civil “sempre envolve uma interferência em um conjunto de interesses individuais que são aspectos significativos o suficiente de bem-estar de uma pessoa”³⁹³, de modo a garantir dever de abstenção dos outros.

Entretanto, a estrutura de proteção não consegue responder, em termos de interesse, sem fazer referência a um direito:

Essa insistência em proteger interesses desvia a estrutura de raciocínio em que figuram os interesses supostamente diversos. Os interesses importam apenas se um direito ao corpo, à reputação ou propriedade já os protege, ou se uma relação especial existe entre o autor e o réu. Em casos de relacionamentos especiais, interesses que de outra forma seriam excluídos, como ganho financeiro potencial, podem ser protegidos. A criação de um relacionamento não multiplica de alguma forma o peso do dinheiro no bem-estar do reclamante; muda como as coisas estão entre as partes. Isso significa, no mínimo, que nem julgamentos não relacionais sobre o bem-estar, nem as avaliações comparativas sobre se os interesses são “significativos” são os pontos de partida para a análise³⁹⁴.

Apesar de sustentar uma abordagem relacional, o argumento caminha em uma direção errada, uma vez que não são apresentados elementos que capturem o que é distintivo na ponderação de interesses³⁹⁵. Em casos de negligência, por exemplo, só é possível fazer uma análise sobre o quão cuidadoso o réu foi, ou seja, ponderar *interesses*

³⁹² “Free from annoyance—or in having aesthetically pleasing surroundings” (GOLDBERG, 2006, p. 440)

³⁹³ “Always involves an interference with one of a set of individual interests that are significant enough aspects of a person’s well-being” (GOLDBERG e ZIPURSKY, 2009, p. 944).

³⁹⁴ “This insistence on protecting interests distracts from the structure of reasoning in which the putatively diverse interests figure. Interests matter only if a right to body, reputation, or property already protects them, or if a special relationship obtains between the plaintiff and the defendant. In cases of special relationships, interests that would otherwise be excluded, such as prospective financial gain, may be protected. The creation of a relationship does not somehow multiply the weightiness of money in the plaintiff’s well-being; it changes how things stand between the parties. That means, at a minimum, that neither nonrelational judgments about well-being nor comparative assessments of whether interests are “weighty” are the starting points for analysis” (RIPSTEIN, 2016, p. 69)

³⁹⁵ (RIPSTEIN, 2016)

diversos, depois de analisar se há *direito* à restrição da conduta em relação ao objeto danificado.

A análise dos direitos protegidos pela lei de responsabilidade civil em termos de interesses não é exitosa, porque o próprio conceito de interesses é ambíguo, de modo que “é muito estreito para cobrir a ampla gama de casos que pretende cobrir, ou tão amplo que inclui interesses que são mais naturalmente descritos como o interesse em ter seu direito protegido”³⁹⁶. Considerada assim, não seria possível explicar por que há ilícito quando a vítima é beneficiada nos casos de interferência indevida em bem móvel (*trespass to chattels*). No exemplo do cavalo, o uso não autorizado do cavalo de outra pessoa, mesmo se o cavalo precisar do exercício, constitui um ilícito.

O problema geral dessa abordagem é que *interesses* não são constrangimentos à conduta dos outros. *Direitos* são. Existem muitos interesses aos quais a lei não dispensa atenção. Somente quando há violação de direito pessoal, ou de propriedade, há proteção. Por exemplo, “a lei não dá atenção às perdas econômicas, mas normalmente a perda de renda é um sério revés para o bem-estar de uma pessoa. Pior, até mesmo dimensões de bem-estar às quais atende, como segurança corporal [...] estão protegidas apenas contra contratempos específicos”³⁹⁷.

Dessa forma, as respostas à diferenciação entre *misfeasance* e *nonfeasance* não podem ficar no campo dos interesses, porque a questão fundamental na responsabilidade civil é a ofensa ao *direito*. Não há exigências para que se tomem medidas para proteger os outros de perigos naturais ou criados, se não há uma relação de direitos e deveres a este respeito. Mesmo nos casos de ilícitos sem danos, o que está em jogo não são interesses.

Por exemplo, a responsabilidade civil poderia ser pensada para proteger um interesse genuíno em não ter meu corpo tocado, contudo, é o estabelecimento de certos tipos de direito que ditará como as relações devem se conformar. Dessa forma, o conceito de um interesse só pode ser usado para reafirmar uma conclusão com base no direito. Portanto, o foco deve estar na teoria dos direitos que atendam aos interesses mais do que de uma teoria dos interesses que atendam o direito³⁹⁸.

³⁹⁶ “The concept of an interest is either too narrow to cover the wide range of cases it purports to cover, or so broad as to include interests that are most naturally described as the interest in having your right protected” (RIPSTEIN, 2016, p. 71).

³⁹⁷ “The law pays no attention to economic losses, yet ordinarily the loss of income is a serious setback to a person’s well-being. Worse, even dimensions of well-being to which it does attend, such as bodily security [...] are only protected against specific setbacks” (RIPSTEIN, 2016, p. 71-72).

³⁹⁸ (RIPSTEIN, 2016).

A quarta linha argumentativa a qual Ripstein apresenta objeções é a corrente dos custos de transação. Esta considera que os custos de transação podem ser usados para explicar e justificar alocações de direito, sem partir do conceito de direito ou mesmo do conceito de uma pessoa agindo sobre outra. Nessa linha, Ronald Dworkin³⁹⁹, um dos expoentes da corrente, propõe uma teoria de igualdade de recursos e sugere que a responsabilidade civil é mais bem explicada como uma resposta ao mercado ideal, o qual requer um princípio de correção quando os usos de recursos das pessoas entram em conflito.

O uso que Dworkin faz do princípio da correção representa a contratação como a solução ideal para problemas de coordenação interpessoal e representa outras áreas do direito como tentativas de aproximar os resultados contratuais em casos de falha de mercado. Segundo esse ponto de vista, a distinção entre *misfeasance* e *nonfeasance* representa uma forma de aproximar uma conclusão contratual e de facilitar as disposições contratuais⁴⁰⁰.

Neste sentido, a contratação entre as partes seria fundamental, e os ilícitos restariam apenas como derivativos. Entretanto, Ripstein sugere que é necessário pressupor a distinção entre *misfeasance* e *nonfeasance* para que as transações voluntárias possam ocorrer. Assim, as transações não podem ser explicadas, ainda que haja muita informação, bem como direitos precisos para negociação.

Se seguida a vertente dworkinana, a estrutura do *misfeasance* e *nonfeasance* é essencial, inclusive, para que as partes façam trocas voluntárias de suas parcelas de recursos, sendo necessário pressupor uma distinção entre as maneiras pelas quais é possível mudar o contexto de outras pessoas com ou sem permissão. Da mesma forma, até para uma distribuição igual de recursos, divididas em unidades maximamente divisíveis, que é o ponto de partida de Dworkin, há uma pressuposição de que a “distinção entre as coisas cujo uso você faz, e aquelas para as quais você não faz, requer a permissão de terceiros”⁴⁰¹.

Portanto, a distinção entre *misfeasance* e *nonfeasance* — entendida como fazer algo a alguém, e deixar de fazer algo por essa pessoa — oferece uma distinção que explica e unifica uma variedade de casos em que você precisa restringir os efeitos colaterais das

³⁹⁹ (DWORKIN, 2002).

⁴⁰⁰ "Dworkin's use of the principle of correction represents contracting as the ideal solution to problems of interpersonal coordination, and represents other areas of law as attempts to approximate contractual results in cases of market failure. On this view, the distinction between *misfeasance* and *nonfeasance* is shallow; it represents a way to approximate a contractual conclusion, and to facilitate contractual arrangements" (RIPSTEIN, 2016, p. 75).

⁴⁰¹ "Distinction between the things the use of which you do, and those for which you do not, require others' permission" (RIPSTEIN, 2016, p. 77).

maneiras como usa seus meios, mas não precisa usar seus meios da maneira que melhor se adapte aos propósitos preferidos de outras pessoas. Qualquer exigência de que você forneça a outra pessoa um contexto favorável daria a essa pessoa o direito de determinar os propósitos para os quais você usa seus meios.

4.4 Os direitos sobrevivem à violação

Nesta seção, tratarei da tutela. Ripstein entende que a indenização nas ações de responsabilidade civil faz com que o ilícito nunca tivesse acontecido. Direito e tutela serão apresentados de forma relacional, com objetivo de proteger o que as pessoas já possuem: sua pessoa e sua propriedade. Ao compreender que uma tutela não substitui o direito violado, mas cumpre o próprio direito, a seção encarregar-se-á de demonstrar a ideia de que os direitos sempre sobrevivem à sua própria violação.

A ideia de que o objetivo de uma indenização é fazer com que o lesado retorne à posição anterior ao ilícito é familiar. Entretanto, “o dinheiro não pode realmente fazer com que perdas sérias desapareçam, e parece uma piada cruel dizer que o dinheiro pode tornar uma pessoa seriamente prejudicada ‘completa’”⁴⁰². Neste sentido, “é fácil fazer com que essa ideia familiar pareça absurda, porque o pagamento em dinheiro nunca substituirá totalmente uma propriedade preciosa, muito menos um membro ou um ente querido”⁴⁰³. Ripstein, todavia, explica que a ideia de que a indenização torna o ilícito como se nunca tivesse acontecido não é uma afirmação sobre o *estado de coisas*, e sim uma afirmação sobre o *direito*.

Como visto até aqui, a responsabilidade civil se preocupa com os ilícitos, e não com os danos. Se eu cortar seu gramado sem o seu consentimento, cometerei um *trespass* contra a terra de sua propriedade. Se você atrai clientes para longe do meu negócio, você me prejudica, mas não terei fundamentos legais para reclamar. Assim, no direito privado, é lugar comum que a *tutela siga o direito*. O autor de uma ação de responsabilidade civil perante um tribunal alega que o réu ofendeu um direito e busca tutela para corrigir esse ilícito. Por isso, Ripstein argumenta que a ideia familiar de que a indenização faz com que o ilícito nunca tivesse acontecido não deve ser considerada como uma previsão factual, mas sim como uma *afirmação normativa* sobre transgressão e reparação.

⁴⁰² “Money cannot really make serious losses go away, and it seems a cruel joke to say that money can make a seriously injured person ‘whole’” (RIPSTEIN, 2016, p. 233).

⁴⁰³ “It is easy to make this familiar idea look preposterous, because payment of money will never fully replace a treasured piece of property, let alone a limb or a loved one” (RIPSTEIN, 2016, p. 27).

Neste sentido, o dever de reparar deve ser entendido em termos de direito. Se há o direito de restringir a conduta, há o direito contra o outro. Tanto em relação à propriedade quanto em relação ao corpo, a forma do direito é a forma como os outros lidam com a sua pessoa e sua propriedade. Por isso, nem o uso, nem a disponibilidade depende de outra coisa senão do direito. Dessa forma, “se o direito for violado, o sentido em que o direito sobrevive à sua própria violação é precisamente que você continua com o direito de controlar a conduta dos outros com respeito ao objeto do direito”⁴⁰⁴. O fato de a propriedade ou a pessoa ter sido usada ou danificada indevidamente não significa que a pessoa perdeu o direito de restringir a conduta dos outros, permanecendo, assim, o direito contínuo de controlar tais coisas.

A sobrevivência dos direitos chega com uma nova roupagem, “na forma de seu direito de me fazer algo que coloque o objeto ou um substituto sob seu controle na medida em que for possível fazê-lo”⁴⁰⁵. Ripstein considera que, quando há ilícito, há uma mudança na situação normativa, uma vez que “seu direito antecedente era real, isto é, ele se aplicava a todos os outros. Ao interferir com o objeto de direito, mudei a situação entre nós dois, então a forma de sobrevivência do seu direito contra mim é *in personam*, ou seja, vale apenas contra mim”⁴⁰⁶. Por isso, é preciso fornecer um substituto.

O autor tenta mostrar que, por trás dessa abordagem, a tutela não vem trazer a reparação física do objeto violado, mas faz cumprir o próprio direito violado. “Essa compreensão dos direitos reflete a ideia moral mais profunda de que os direitos sempre sobrevivem à sua própria violação”⁴⁰⁷. Quem tem o direito violado, tem o direito de restringir a conduta do violador antes e depois do ilícito. Se o réu age contrariamente à restrição que lhe é imposta, o direito sobrevive através da tutela⁴⁰⁸. Como o “objeto da restrição é você ter esses meios sujeitos à sua escolha, a única maneira de fazer a restrição

⁴⁰⁴ “If the right is violated, the sense in which the right survives its own violation is precisely that you remain entitled to control the conduct of others with respect to the object of the right” (RIPSTEIN, 2016, p. 243).

⁴⁰⁵ “In the form of your entitlement to have me do something that brings the object or a substitute under your control to the extent that it is possible to do so” (RIPSTEIN, 2016, p. 243).

⁴⁰⁶ “Your antecedent right was in rem, that is, it held against all others. By interfering with the object of your right, I changed the situation as between the two of us, so the surviving form of your right as against me is in personam, that is, it holds only against me” (RIPSTEIN, 2016, p. 243).

⁴⁰⁷ “This understanding of rights reflects the deeper moral idea that rights always survive their own violation” (RIPSTEIN, 2016, p. 27).

⁴⁰⁸ (RIPSTEIN, 2016).

sobreviver é dar você meios substitutos”⁴⁰⁹. Esse substituto chega o mais perto possível do que teria ocorrido se o ilícito nunca tivesse acontecido.

Em *Private Wrongs*, portanto, o fornecimento de substituto não depende da magnitude da lesão. “Seu direito à segurança pessoal e patrimonial restringe as atividades de outros exatamente da mesma maneira, independentemente da real magnitude de uma lesão particular”⁴¹⁰. Entretanto, a extensão do dano só pode ser resolvida pela transferência de poderes de escolha equivalente. Por exemplo, se uma ação envolve negligência, o autor não precisa provar que a *extensão* da lesão era previsível, em vez disso, deve provar que a *lesão* era previsível, e o réu deverá arcar com toda a extensão dos prejuízos.

Quando “pessoas privam você de seus meios, eles te privam de parte de sua capacidade de escolher como usá-los para definir e perseguir seus próprios objetivos. Ao fazê-lo, no entanto, não te privam do seu direito, em relação a eles, de estar no controle desses meios”⁴¹¹. Se, por exemplo, tenho um objeto roubado, a lei não estará interessada em quem está na posse física do bem, mas sim em quem tem direito a ele. Ser privado de algo não faz com que o bem deixe de pertencer a você. “É por isso que a lei pode me obrigar a devolvê-lo, e pode me obrigar a fazê-lo, mesmo que eu o tenha tomado como resultado de um erro completamente inocente”⁴¹².

Já nos casos de ilícitos que envolvam dano ou destruição, a exigência é que sejam devolvidos meios substitutos, como uma quantia equivalente do bem destruído. Se, por exemplo, este bem destruído é um carro, a ideia é que você tenha seus meios disponíveis à disposição para uso, seja para viajar ou visitar familiares ou mesmo às ordens para vender e investir o dinheiro. Assim, a indenização coloca o dono do objeto na posição original que estaria se o ilícito não tivesse acontecido, dando os meios necessários para perseguir objetivos.

Os ilícitos baseados no dano podem gerar um engano quanto à ideia de substituição. Ripstein explica:

⁴⁰⁹ “The object of the constraint is your having those means subject to your choice, the only way to make the constraint survive is to give you substitute means” (RIPSTEIN, 2016, p. 234).

⁴¹⁰ “Your entitlement to security of person and property constrains the activities of others in exactly the same way, regardless of the actual magnitude of a particular injury” (RIPSTEIN, 2016, p. 244).

⁴¹¹ “If someone deprives you of your means, they deprive you of part of your ability to choose how to use them to set and pursue your own purposes. In so doing, however, they do not deprive you of your entitlement as against them, to be in charge of those means” (RIPSTEIN, 2016, p. 245).

⁴¹² “That is why the law can compel me to give it back, and can compel me to do so even if I took it as a result of a completely innocent mistake” (RIPSTEIN, 2016, p. 245).

A maneira mais direta de restaurar o direito — seu direito de restringir minha conduta — é restaurar o objeto do direito, seja diretamente devolvendo-o ou restaurando o objeto à sua condição anterior. Essa característica da propriedade pode levar à impressão de que o que sobrevive é o objeto do direito ou de alguma substituição fungível dele, ideia que se enquadra, no máximo, em um subconjunto próprio de casos de danos materiais. *Entretanto, mesmo no caso da propriedade, a coisa (como tal) não é o que está em questão; o seu direito, entendido como uma restrição contra mim, é o que sobrevive*⁴¹³ (destaque nosso).

Logo, é a ideia de estar no controle que determina um direito contra o outro. Se, por exemplo, “eu pegar o seu casaco (seja intencionalmente ou por engano), ele não deixa de ser seu casaco. É por isso que devo devolvê-lo. [...] Seu direito de restringir minha conduta em relação a ele não mudará se eu destruir seu casaco”⁴¹⁴. Daí, a necessidade de fornecer-lhe um substituto o mais próximo possível.

Traçada a ideia geral, Ripstein divide seu argumento em três pontos: a) o que é ser privado de seus meios; b) como um direito a eles sobrevive à privação; c) como o dinheiro reverte a privação, restaurando, assim, o direito que você tinha. O autor ampara os três pontos na ideia de que, quando o réu priva indevidamente o autor, é necessária uma transação corretiva para colocar o lesado no controle de seus meios. A tutela fornecida, portanto, tem como objetivo restaurar, não a *distribuição antecedente*, mas sim o *direito antecedente* do autor contra o réu⁴¹⁵. É na relação entre os dois que a tutela deve ser compreendida.

Para explicar como os direitos sobrevivem aos ilícitos, em seu primeiro argumento, Ripstein sustenta que, quando os meios de uma pessoa são destruídos ou danificados, não é extinto o direito a esses meios, uma vez que a situação normativa se mantém inalterada. Uma pessoa só perde o direito a algo, em regra, por meio de atos voluntários, por isso, “uma transação involuntária em que outra pessoa leva, danifica ou destrói algo que é seu não altera seus direitos”⁴¹⁶. Logo, “os direitos sobrevivem à sua

⁴¹³ “Way to restore the right — your entitlement to constrain my conduct — is by restoring the object of the right, either by directly giving it back or by restoring the object to its earlier condition. This feature of property may lead to the impression that what survives is the object of the right or some fungible replacement of it, an idea that fits, at most, a proper subset of cases of property damage. But even in the case of property, the thing (as such) is not what is at issue; your right, understood as a constraint against me, is what survives” (RIPSTEIN, 2016, p. 246).

⁴¹⁴ “If I take your coat (whether willfully or by mistake), it does not stop being your coat. That is why I must return it [...] Your entitlement to constrain my conduct in relation to it is not changed if I destroy your coat. That is why I must provide you with as near a substitute as possible” (RIPSTEIN, 2016, p. 27).

⁴¹⁵ (RIPSTEIN, 2016).

⁴¹⁶ “An involuntary transaction in which someone else takes, damages, or destroys something that is yours doesn’t change your rights” (RIPSTEIN, 2016, p. 247).

própria violação porque são os direitos de uma pessoa de restringir a conduta de outras”⁴¹⁷.

Em um sentido robusto, os direitos privados sobreviverão à própria violação, porque a autoridade sobre o outro permanece intacta, mesmo nos casos em que a coisa danificada deixa de existir. O direito à indenização depende apenas da restrição subjacente à conduta de outra pessoa. A distinção da sobrevivência dos direitos no caso de responsabilidade civil pode ser esclarecida da seguinte forma:

Se eu lhe devo \$100, com vencimento na última quinta-feira, mas não paguei, minha obrigação não desaparece. Ainda devo o dinheiro a você, mesmo que, ao que parece, ainda não o tenha ganhado e, portanto, ele ainda não exista. Em ambos os casos, obrigar-me a pagar simplesmente substitui a obrigação subjacente que infringi. Da mesma forma, se eu contrato para entregar mil alqueires da safra de trigo do próximo ano, você tem direito a isso, mesmo que ainda não exista. Em nenhum dos casos, é uma maneira de alcançar algo diferente que, por alguma coincidência notável, é mais eficazmente alcançado por eu lhe dar meios equivalentes aos que você já tinha direito. *Em vez disso, tanto a base de seu direito de reparar quanto seu conteúdo derivam do direito primário que eu invadi. Você tem o direito de ser reparado porque interferei em seu direito aos seus meios; você tem direito a meios equivalentes porque o direito que violei foi para esses mesmos meios*⁴¹⁸ (destaque nosso).

É a natureza dos direitos privados — e sua conseqüente restrição à conduta dos outros — que faz com que o direito sobreviva à violação. A posição sustentada em *Private Wrongs* é restrita, comparada a outras abordagens⁴¹⁹, pois considera que, quando há uma

⁴¹⁷ “Rights survive their own violation because they are one person’s entitlement to constrain the conduct of others” (RIPSTEIN, 2016, p. 248).

⁴¹⁸ “If I owe you \$100, due last Thursday, but failed to pay, my obligation does not disappear. I still owe you the money, even if, as it turns out, I have not earned it yet, and so it does not yet exist. In both cases, making me pay simply provides a substitute for the underlying obligation that I breached. So too, if I contract to deliver one thousand bushels of next year’s crop of wheat—you have a right to it, even though it does not yet exist. In neither case is it a way of achieving something else that, through some remarkable coincidence, is most effectively achieved by my giving you means equivalent to what you were already entitled to. Instead, both the basis of your right to repair and its content derive from the primary right I invaded. You are entitled to be made whole because I have interfered with your right to your means; you are entitled to equivalent means because the right I violated was to those very means” (RIPSTEIN, 2016, p. 248-249).

⁴¹⁹ Segundo Ripstein (2016), John Gardner defende uma abordagem em que a justiça corretiva é um princípio perfeitamente geral que pede a reversão de atos violadores. Gardner (2011) argumenta que a violação de um dever primário dá origem a um dever secundário de reparação, que é um dever diferente, que reflete não a sobrevivência de um direito subjacente, mas sim a sobrevivência das razões que deram origem ao dever que foi violado. Para o autor, uma obrigação se resolve por sua violação, o que ele não quer dizer que está satisfeita, mas sim que o ato particular exigido por ela não está mais disponível. Em vez disso, as razões para a obrigação sobrevivem. A formulação de Gardner (2011) pretende deixar em aberto a questão do conteúdo dos deveres impostos pelo direito de responsabilidade civil e, dessa forma, está mais aberta a uma pluralidade de funções diferentes da abordagem desenvolvida em *Private Wrongs*, sobretudo porque a alegação de Gardner de que as razões continuam não é necessária para explicar o sentido distinto em que os direitos o fazem. As razões, pelo menos como são frequentemente descritas na literatura, são diferentes dos direitos sustentados por Ripstein.

violação de direitos, o lesado, em particular, tem o direito de exigir que se devolva o produto da violação. Nenhuma outra pessoa tem legitimidade para tanto. O traço distintivo do dever de indenizar decorre exatamente de como o indivíduo foi prejudicado. Assim, “você não está simplesmente me prendendo às razões que se aplicam a mim; você está exercendo a forma sobrevivente do próprio direito que violei contra você. É por isso que você pode restringir minha conduta”⁴²⁰. Outras pessoas que dependiam dessa relação não têm tutela legítima.

De maneira bastante direta, Ripstein indica que o direito sobrevive à privação nas situações em que há devolução, depois que alguém havia sido privado de recursos próprios. Há, portanto, o direito de ter os meios aos quais sempre se teve direito. Se isso não for mais possível, como nos casos de destruição do objeto ou ferimento ao corpo, devem ser fornecidos ao lesado meios equivalentes aos que foram perdidos. Inclusive, estrutura idêntica aplicar-se-á, caso eu prive você dos meios que você estava usando ou estava “prestes a usar para produzir outros meios — lucros de sua fábrica ou salários de seu corpo — eu também o privei desses meios adicionais e, portanto, sou responsável por danos incidentais”⁴²¹.

Nos casos desses danos incidentais, a forma como os meios teriam sido usados é comprometida, logo, priva-se da utilização dos meios pelo indivíduo, inclusive para produzir outros meios. Mesmo se não for possível aferir a quantidade exata de meios a mais que poderiam ter sido gerados, ainda caberá indenização pelos meios adicionais não adquiridos privados pelo ilícito. Em alguns casos, como na destruição de um carro, é fácil determinar a substituição por outro automóvel com cor, modelo e tempo de uso equivalentes. Em outras situações, como na lesão a um membro do corpo, a tarefa da substituição é muito maior. Por exemplo, se, em virtude de ilícito, um membro é amputado, o direito à indenização pelos danos incidentais vai variar conforme o quão a perda está intimamente ligada à capacidade de perseguir propósitos. Em contrapartida, se a capacidade de atingir os objetivos permaneceu praticamente inalterada, o ilícito ensejará apenas indenização relacionada à integridade corporal.

Para esclarecer seu argumento sobre como o dinheiro reverte a privação, Ripstein, primeiro, deixa claro que o direito à pessoa e à propriedade não depende de objetivos

⁴²⁰ “You are not simply holding me to the reasons that apply to me; you are exercising the surviving form of the very right against you that I violated” (RIPSTEIN, 2016, p. 250).

⁴²¹ “About to use to produce further means—profits from your factory, or wages by your body—I have also deprived you of those further means, and so am liable for consequential damages” (RIPSTEIN, 2016, p. 27).

específicos perseguidos. Por isso, a indenização em dinheiro tem por finalidade compensar, provendo ao requerente de uma ação de responsabilidade os meios mais equivalentes possíveis.

Neste sentido, a perda de bem-estar, o apego sentimental ao bem perdido ou mesmo a conexão experiencial com o corpo não são elementos que podem ser substituídos e, portanto, não podem ser compensados⁴²². Da mesma forma, se, por exemplo, eu destruo uma caixa de livros que está no seu porão, “você terá direito ao custo de substituição, mesmo que tenha esquecido que os tinha e comprado novas cópias, perdido o interesse no assunto ou esquecido (ou nunca soube) como ler nos idiomas em que foram escritos”⁴²³.

Já nos casos de uso não autorizado da propriedade, seguidos de inutilização decorrente de um dano, o proprietário deixa de determinar os fins para os quais a coisa será utilizada, por isso, surge o “direito aos lucros que teria auferido durante o período em que ela ficou inutilizável. Inversamente, se outra pessoa a usar sem a sua autorização, você também terá direito aos lucros desse uso, porque todos os usos da sua propriedade são seus”⁴²⁴. Entretanto, nem todo uso do corpo ou propriedade do requerente produz um ganho para o réu em uma ação de responsabilidade.

Algumas situações produzem apenas prejuízo para o requerente, o que exige que este seja colocado de volta onde ele estaria, se o uso nunca tivesse acontecido. Por exemplo, se minhas vacas vagam por sua terra e pisoteiam sua colheita, eu causo ilícito a você, gerando o direito que você seja colocado(a) de volta na situação em que estaria se o ilícito nunca tivesse acontecido⁴²⁵. A reivindicação, aqui, tem a ver não com o dano causado, mas com o fato de que usei suas terras para propósitos não autorizados.

O dano, portanto, só aparecerá como a aferição dos meios dos quais houve privação. Assim, a medida da indenização depende da decisão do requerente, que poderá optar por indicar os ganhos do réu ou mesmo as perdas ocorridas. Nesses casos, o direito sobrevive à violação da mesma forma, uma vez que a avaliação é feita pelo requerente exatamente porque é dele a propriedade, portanto, ele quem deve decidir qual dos usos é

⁴²² (RIPSTEIN, 2016).

⁴²³ “You are entitled to their replacement cost even if you had forgotten you had them and purchased new copies, lost interest in the subject, or forgotten (or never knew) how to read the languages in which they were written” (RIPSTEIN, 2016, p. 253).

⁴²⁴ “You are entitled to the profits you would have gained during the period that it was unusable. Conversely, if someone else uses it without your authorization, you are entitled to the profits of that use also, because all uses of your property are yours” (RIPSTEIN, 2016, p. 258).

⁴²⁵ (RIPSTEIN, 2016).

relevante naquela ação de responsabilidade — o uso real do réu ou a ausência de uso do autor.

Nota-se, nessa construção, que o foco de Ripstein está nas indenizações compensatórias. *Private Wrongs* não expande sua análise às categorias de indenizações punitivas. Diferentemente das primeiras, que objetivam colocar o autor da ação de volta na posição que estaria se o ilícito não tivesse ocorrido, estas se aplicam em casos em que há uma indiferença e um desrespeito latente pela lei e pelos direitos do próximo. Aplicadas principalmente com intuito dissuasor, a indenização punitiva é arbitrada em um *quantum* com base no que seria necessário para dissuadir conduta semelhante no futuro.

No entanto, a abordagem de Ripstein não fornece recursos para explicar a indenização punitiva. Na visão do autor, a reparação de ilícitos não é uma “alavanca política para fornecer incentivos às partes que não estão perante o tribunal”⁴²⁶. Essa inaplicabilidade não é considerada uma limitação do argumento; em vez disso, representa uma objeção à prática de tribunais que arbitram indenizações punitivas, abandonando a ideia normativa de que a responsabilidade civil é uma lei de ilícitos privados.

Pela perspectiva de Ripstein, a responsabilidade civil não objetiva reduzir danos, evitar resultados indesejáveis, maximizar riqueza ou trazer paz civil. As indenizações fornecidas por meio da tutela perante um tribunal devem apenas fazer como se o ilícito nunca tivesse acontecido. O dever de reparar deve ser entendido em termos de direito⁴²⁷. A indenização ao autor de uma ação de responsabilidade civil é um reflexo de seu direito. O réu é responsável por toda a extensão da lesão causada injustamente, porque, se não fosse pelo ilícito, o autor teria um direito intacto e tudo o que se seguiu a ele.

Como analisado, a tutela é, portanto, remediadora, mas secundária. Apenas dá efeito contínuo às normas de conduta, mesmo depois de essas normas terem sido violadas. Essa é única justificativa aceita por Ripstein, o que deixa explicitada sua contestação às indenizações punitivas.

4.5 O papel das instituições na proteção dos direitos

Depois de analisados como os direitos sobrevivem à violação e qual é o objetivo da tutela nas ações de responsabilidade civil, esta seção buscará explicar por que somente

⁴²⁶ “Policy lever to provide incentives to parties not before the court” (RIPSTEIN, 2016, p. 261).

⁴²⁷ (RIPSTEIN, 2016).

instituições públicas podem exigir que alguém corrija um ilícito. Concentro-me sobre o argumento de Ripstein de que o exercício do poder público pelo tribunal na resolução de disputas é essencial para determinar a existência e contornos do ilícito. Ainda nesta seção, irei marcar a posição do autor sobre a indispensabilidade de garantias a todos aqueles sobre os quais o Estado exerce sua autoridade, inclusive indicando que algumas restrições à operacionalização de direitos privados podem ser necessárias.

Ao sustentar que os direitos sobrevivem à violação⁴²⁸ e que a tutela judicial é entendida como continuação dos direitos, Ripstein atribui às instituições jurídicas o papel de ordenar a tutela. Na sua visão, as instituições públicas incorporam entendimentos e expectativas sociais ao manejar a responsabilidade civil e estão, portanto, encarregadas de resolver os litígios que se apresentam⁴²⁹.

Em *Private Wrongs*, as indenizações são reflexo do direito e, por isso, serão medidas conforme a extensão da lesão injustamente causada. A ideia de que os direitos sobrevivem à violação explica o direito de o requerente pedir ao tribunal que obrigue o réu a fazer como se o ilícito nunca tivesse acontecido. Assim, é o ilícito causado que orienta a análise, não a atitude que ele gera, geraria ou deveria gerar em qualquer uma das partes. Portanto, a relação é primária — a conduta do réu feriu o autor. Outras questões como o grau de indiferença do réu em relação à conduta perigosa; o nível de raiva; ressentimento; sede de vingança, todos esses são aspectos derivados e não relacionais⁴³⁰.

Ripstein sustenta que “é uma característica geral de todo direito privado que o Estado não está comprometido com a desejabilidade normativa de seu exercício, apenas com o direito de tê-lo”⁴³¹, logo, é o requerente que tem a prerrogativa de decidir se

⁴²⁸ À ideia de que os direitos sobrevivem à violação, há uma objeção proeminente na literatura nomeada de recurso civil. Sob esse ponto de vista, autores como John Goldberg e Benjamin Zipursky se opõem à justiça corretiva, sustentando que tal ideia não explica o papel essencial do requerente nas ações de responsabilidade, além de ser incapaz de explicar qual a razão para um recurso ser conduzido por um tribunal. Em linha gerais, essa corrente considera que o passado não pode ser mudado e que a base da tutela deve ser algo diferente do direito. Diferentemente de Ripstein, Goldberg e Zipursky negam que a tutela judicial seja uma forma de efetivar o direito que foi violado. Em vez disso, os autores a consideram como uma “via de tutela” fornecida pela lei ao requerente, isto é, a tutela é uma conduta responsiva, em vez de uma continuação do direito. Os autores chegam a considerar que a ação do autor seria uma alternativa civilizada à vingança, autorizada pela lei, pois é uma motivação social que leva as pessoas a utilizar o recurso civil para receber do tribunal algum provimento. A resposta do tribunal, por meio de procedimentos estabelecidos, tira a natureza bárbara da vingança. A responsabilidade civil é vista, assim, como uma forma de reparar injustiças privadas, levando uma diversidade de tutelas que podem, inclusive, permitir que um requerente obtenha uma grande quantia de indenização de um réu minimamente culpado. Neste sentido, ver: (GOLDBERG, 2006; GOLDBERG e ZIPURSKY, 2006).

⁴²⁹ (RIPSTEIN, 2016).

⁴³⁰ (RIPSTEIN, 2016).

⁴³¹ “It is a general feature of every private right that “the state is not committed to the normative desirability of its exercise, only to the right to have it” (RIPSTEIN, 2016, p. 271).

defende ou não seus direitos perante um tribunal. Exatamente por que o direito sobrevive à violação é que há o direito primário de exercício ao lesado. O mesmo raciocínio se aplica a outros direitos privados. Por exemplo, em casos de inadimplemento de contrato entre particulares, a parte prejudicada pode decidir se deve propor ação judicial. “O Estado, portanto, dá a você um poder e um privilégio, mas depois fica de lado enquanto você decide se vai exercê-los”⁴³².

Neste sentido, Ripstein argumenta que o prejudicado pode conciliar, encontrar soluções que lhe parecerem satisfatórias ou pode espontaneamente deixar a questão de lado, não obstante, o tribunal assume sempre uma posição passiva, pois não toma posição se as questões não são apresentadas a ele. Assim, a ação no âmbito privado por iniciativa do demandante difere muito do âmbito penal. As disputas que se apresentam ao tribunal envolvem direitos privados que sobrevivem à violação. As alegações são apresentadas, e um terceiro com autoridade para resolver o mérito expede ordens vinculativas. “Apenas um tribunal pode ter o direito de fazer essas coisas, porque [...] o réu tem o direito de exigir que o autor prove o ilícito antes que qualquer coisa seja feita a respeito”⁴³³.

Em consonância com o terceiro estágio da ideia de independência de *Force and Freedom*, Ripstein retoma o argumento de que o judiciário atua dirimindo litígios. Em casos de controvérsia, o tribunal será responsável por impor a resolução, bem como determinar a existência e contornos do ilícito. Para dar efeitos aos direitos antecedentes, fazendo com que os direitos sobrevivam à própria violação na forma de uma tutela, uma autoridade pública precisa decidir em nome de todos. Ao requerente, impõe-se a apresentação das provas como pressuposto de análise de quais são os direitos do autor e do réu, assim, o tribunal aplica a lei a particulares em nome de todos.

Na visão de Ripstein, nessa análise, o tribunal consegue ponderar sobre a extensão de uma lesão exatamente porque a base da responsabilidade civil é o que o lesado já tinha⁴³⁴. A função do tribunal na ação de responsabilidade civil não demanda, portanto, argumentos elaborados, uma vez que “o objetivo da indenização não é expressar algo, e o objetivo de dar poder aos requerentes não é compensá-los pela perda que eles sofrem

⁴³² “The state therefore gives you a power and a privilege, but then stands to the side as you decide whether to exercise them” (RIPSTEIN, 2016, p. 271).

⁴³³ “Only a court can be entitled to do these things, because [...] the defendant is entitled to demand that the plaintiff prove the wrong before anything is done about it” (RIPSTEIN, 2016, p. 273).

⁴³⁴ (RIPSTEIN, 2016).

por serem proibidos de se envolver em atos de vingança privada”⁴³⁵; em vez disso, quando um tribunal procura determinar a responsabilidade considerando se o réu cometeu um ilícito ao requerente, a tutela se volta ao eixo dos direitos, o que exige que os tribunais assumam a responsabilidade pelas disputas.

Ao “sublinhar o papel do tribunal na efetivação dos direitos”⁴³⁶, Ripstein esclarece que, ao contrário de árbitro privado, o tribunal reivindica uma forma mais geral de jurisdição que revela o papel distintivo das instituições públicas. O autor explica que, ao conferir esse caráter às instituições, não objetiva se filiar a uma corrente libertária defensora de uma atuação estatal restrita a fazer cumprir os direitos privados. Neste sentido, tal corrente se assemelha aos instrumentalistas, pois, assim como estes consideram que a responsabilidade civil é uma ferramenta a serviço de fins públicos, os libertários veem o Estado como provedor de serviços aos seus beneficiários⁴³⁷.

Retomando mais uma vez a importância do direito público, Ripstein sustenta em *Private Wrongs* que “uma melhor forma de pensar a relação entre o Estado e os seus cidadãos centra-se no papel do Estado como *criador das condições básicas* para um mundo social do qual todos são membros de pleno direito”⁴³⁸. Os tribunais estão entre as condições, mas só isso não é necessário. É imprescindível que, além das instituições que elaboram, aplicam e fazem cumprir a lei, o Estado deve manter uma posição justa sobre aqueles aos quais exerce o poder. A essa relação *vertical* entre o Estado não se aplica a ideia de que nenhuma pessoa está no controle da outra, pensamento aplicável apenas na relação *horizontal* entre pessoas privadas⁴³⁹.

Com isso, é indispensável que o Estado garanta condições àqueles sobre os quais exerce sua autoridade, inclusive indicando algumas restrições aos direitos privados. A primeira das garantias seria prover que todos tenham o suficiente para não cair na dependência extrema. Ripstein não se delonga na explicação, apenas aponta que “diferentes escritores ofereceram diferentes caracterizações do que isso requer — os recursos econômicos, educação e proteção contra resultados desastrosos, como doenças

⁴³⁵ “The point of damages is not to express something, and the point of empowering plaintiffs is not to compensate them for the loss that they suffer by being prohibited from engaging in acts of private revenge” (RIPSTEIN, 2016, p. 286).

⁴³⁶ “The role of the court in giving effect to rights” (RIPSTEIN, 2016, p. 278).

⁴³⁷ (RIPSTEIN, 2016).

⁴³⁸ “A better way of thinking about the relation between the state and its citizens focuses on the role of the state as providing the background conditions for a social world of which everyone is a full member” (RIPSTEIN, 2016, p. 289).

⁴³⁹ (RIPSTEIN, 2016).

e lesões graves”⁴⁴⁰. A segunda das garantias seria prover uma esfera pública robusta e condições equânimes de participação. Isso possibilita, por exemplo, que um tribunal, ao resolver disputas privadas, possa falar de um ponto de vista robustamente público.

A indispensabilidade das garantias pelo Estado não implica um estado de bem-estar social, caracterizado por proporcionar que as pessoas estejam felizes, ou que as transações sejam eficientes, ou mesmo que os recursos sejam usados em favor da maioria. Na visão de Ripstein, as instituições devem fornecer e proteger a capacidade que os cidadãos têm de fazer o que quiserem com a própria vida, desfrutando dos direitos privados, assim como os outros podem fazer o mesmo⁴⁴¹. Neste sentido:

Os Estados contemporâneos nem sempre fazem um trabalho tão bom quanto deveriam para garantir direitos e oportunidades adequados aos cidadãos. Nem sempre fazem um trabalho tão bom quanto deveriam de agir apenas para fins públicos, em vez de privados. A perspectiva a partir da qual essas falhas aparecem, no entanto, não é a de maximizar o bem-estar geral, mas sim a responsabilidade pública de garantir aos cidadãos direitos e oportunidades adequadas⁴⁴².

Ao Estado, dada sua verticalidade, também é dado o poder de tributar para obrigar os cidadãos a contribuir com os custos de manutenção de programas essenciais. Afinal, para sustentar um mundo social em que nenhuma pessoa está no controle da outra, é necessária uma cooperação obrigatória que proveja às instituições os recursos fundamentais para atingir objetivos públicos⁴⁴³.

Isso não significa que os direitos privados servem aos propósitos públicos, apenas revela a necessidade de prover uma justiça de fundo⁴⁴⁴ para que pessoas livres estabeleçam e busquem seus próprios objetivos. Todavia, “o papel da justiça de fundo não é uma determinação completa de quem tem o quê”⁴⁴⁵, porquanto o Estado apenas proporciona as condições para cada um perseguir seus objetivos. Logo, “um Estado liberal não é responsável por fornecer educação, saúde e apoio econômico aos

⁴⁴⁰ “Different writers have offered different characterizations of just what this requires — the economic resources, education, and protection against disastrous outcomes such as disease and serious injury” (RIPSTEIN, 2016, p. 289).

⁴⁴¹ (RIPSTEIN, 2016).

⁴⁴² “Contemporary states do not always do as good a job as they should of guaranteeing adequate rights and opportunities to private citizens. Nor do they always do as good a job as they should of acting only for public purposes rather than private ones. The perspective from which these flaws show up, however, is not one of maximizing overall welfare, but instead, the public responsibility to guarantee citizens adequate rights and opportunities” (RIPSTEIN, 2016, p. 290).

⁴⁴³ (RIPSTEIN, 2016).

⁴⁴⁴ Ripstein usa a expressão de (RAWLS, 1993).

⁴⁴⁵ “The role of background justice is not as a complete determination of who has what” (RIPSTEIN, 2016, p. 291).

necessitados, a fim de capacitar melhor os cidadãos a contribuir para a obtenção de algum resultado”⁴⁴⁶.

Além da tributação como forma de cooperação obrigatória, o Estado detém o poder de obrigar os cidadãos a apoiar atividades mais amplas como participação obrigatória em planos de seguro público. Pensões com financiamento público ou obrigatório, seguro de saúde ou de emprego e esquemas de seguro de segurança no trabalho são exemplos dessas possibilidades⁴⁴⁷. Esses seguros eventualmente são apresentados como alternativa à responsabilidade civil, contudo, na visão de Ripstein são mecanismos diversos⁴⁴⁸.

Portanto, as instituições públicas são essenciais na proteção dos direitos. A atuação do tribunal é central, pois ninguém pode exigir do outro que corrija um ilícito. É o tribunal que recebe uma alegação unilateral para decidir e emitir ordens para ambas as partes. O tribunal e as outras instituições públicas que pretendem falar e agir em nome de todos precisam garantir as plenas condições de filiação àqueles sobre os quais exerce sua autoridade. Em algumas circunstâncias, essas condições serão garantidas, inclusive, por meio de restrições à operação de direitos privados para prover justiça de fundo.

⁴⁴⁶ “A liberal state is not charged with providing education, health care, and economic support to those in need in order to better enable citizens to contribute to bringing about some outcome” (RIPSTEIN, 2016, p. 291).

⁴⁴⁷ (RIPSTEIN, 2016).

⁴⁴⁸ Na visão de Ripstein, os seguros são mecanismos diversos: primeiro, porque a responsabilidade civil não é uma ferramenta para buscar as metas de compensação, dissuasão ou sanção; segundo, porque a base de indenização da responsabilidade civil é a violação de direito, já dos seguros depende do resultado. Logo, enquanto a responsabilidade civil se apresenta como um sistema de direitos privados que sobrevivem à sua própria violação, os esquemas de compensação no local de trabalho, por outro lado, são sistemas de provisão pública de seguro contra resultados que serão desastrosos para a maioria das pessoas a quem eles afetarão. Ripstein não se posiciona quanto ao mérito desses sistemas de seguro, mas os considera legítimos (RIPSTEIN, 2016, p. 292).

CAPÍTULO 5 — OBJEÇÕES A *PRIVATE WRONGS* E AS RÉPLICAS DE ARTHUR RIPSTEIN

Neste capítulo, vou explorar as críticas existentes a *Private Wrongs*. Busco apresentar oposições que tenham conexão com as objeções ao livro base, *Force and Freedom*. Além disso, a escolha das objeções foi motivada pelas preocupações que guiam esta pesquisa: suficiência de uma estrutura inteiramente fundada na ideia de liberdade; exercício dos limites recíprocos e garantia da independência dos indivíduos, e, sobretudo, distribuição de propriedade.

Neste capítulo, também serão apresentadas as réplicas existentes — e possíveis — de Ripstein. Aqui, não se pretende analisar a consistência entre as teses da propriedade e da responsabilidade. Essa tarefa fica reservada para o próximo capítulo. No final de cada seção, apenas sinalizarei como as objeções afetam a estrutura do argumento central, agora protegido pela responsabilidade civil.

Serão analisadas as seguintes objeções: o problema do valor intrínseco e fraca rejeição ao instrumentalismo; a imprecisão quanto ao tipo de moralidade do direito invocado; a irrelevância moral da distinção entre *misfeasance* e *nonfeasance*; as limitações da união entre direito e tutela; o defeito na proposta de proteção (*a) o que você já tem* e a discussão sobre justiça distributiva.

5.1 O problema do valor intrínseco e a fraca rejeição ao instrumentalismo

Como foi explorado no capítulo anterior, Ripstein não define precisamente sua posição metodológica. O autor se recusa a rotular sua obra como inteiramente descritiva, normativa ou mesmo interpretativa. Esta objeção sustenta que, diante da imprecisão metodológica de Ripstein, o instrumentalismo não é refutado apropriadamente em sua tese de responsabilidade civil.

A posição dessa crítica é que “realmente não importa se a explicação é interpretativa [...] basta reconhecer que Ripstein está apresentando uma compreensão moral da responsabilidade civil em vez de uma análise conceitual neutra”⁴⁴⁹. Ou seja, Ripstein parecer estar lendo a lei de responsabilidade civil à luz do princípio de que *nenhuma pessoa está sob controle de outra*. Assim, esse princípio moral poderia ser

⁴⁴⁹ “It does not really matter whether the account is interpretive [...] It is enough to acknowledge that Ripstein is delivering a moral understanding of tort law rather than a neutral conceptual analysis” (PAPAYANNIS, 2018, p. 3).

considerado plausível e *dotado de valor* para organizar aspectos centrais da responsabilidade civil de maneira coerente⁴⁵⁰.

Entretanto, como estudado, Ripstein afirma que a responsabilidade civil não deve ser concebida como tendo um valor intrínseco que compete com outros resultados socialmente desejáveis que o Estado deva promover. Em sua visão, a obra apresenta uma explicação baseada em direitos que pode superar todas as objeções familiares ao instrumentalismo⁴⁵¹.

Ainda assim, a presente objeção sustenta que:

Talvez a fraca rejeição de Ripstein ao instrumentalismo conceda muito a pontos de vista concorrentes. Se as teorias econômicas podem funcionar, então por que as explicações baseadas em direitos devem ser favorecidas? Em que sentido, então, a responsabilidade civil pode ser mais bem compreendida como uma expressão do princípio moral de que nenhuma pessoa está no controle de outra?⁴⁵²

Se compararmos o argumento de Ripstein com o de outros teóricos da *Toronto-School*, sua posição é consideravelmente mais fraca. Weinrib, por exemplo, não é vulnerável às mesmas objeções, pois, uma vez que ele argumenta que as visões instrumentalistas são inconsistentes com o padrão de raciocínio jurídico, tais entendimentos não poderiam fornecer uma explicação ou justificativa para o direito⁴⁵³.

Objeta-se, portanto, que, se a responsabilidade civil não deve ser concebida como tendo um valor intrínseco, restam “apenas duas opções: (1) a lei de responsabilidade civil não tem valor intrínseco; ou (2) a responsabilidade civil tem valor intrínseco, mas não compete com outros valores ou objetivos sociais”⁴⁵⁴. Entretanto, ambas as alternativas apresentam dois problemas para Ripstein.

O primeiro deles é que, se a ideia moral de que nenhuma pessoa está sob controle de outra *não tem valor intrínseco*, como dotar essa ideia de moralidade? Além disso, por que o Estado imporá um sistema de direitos privados guiados por essa ideia se não há valor intrínseco?⁴⁵⁵ O segundo problema caminha em uma direção diversa. Se a

⁴⁵⁰ (PAPAYANNIS, 2018).

⁴⁵¹ (RIPSTEIN, 2016).

⁴⁵² “But maybe Ripstein’s weak rejection of instrumentalism grants too much to competing views. If economic theories can be made to work, then why should rights-based accounts be favoured? In which sense, then, can tort law be best understood as an expression of the moral principle that no person is in charge of another?” (PAPAYANNIS, 2018, p. 3).

⁴⁵³ (WEINRIB, 2012).

⁴⁵⁴ “Only two options: (1) tort law does not have intrinsic value; or (2) tort law has intrinsic value, but it does not compete with other values or social goals” (PAPAYANNIS, 2018, p. 3).

⁴⁵⁵ (PAPAYANNIS, 2018).

responsabilidade civil *tem valor intrínseco*, com as ideias basilares de Ripstein surge a necessidade de que haja uma competição com outros valores. “Ao impor um sistema de responsabilidade civil, incorremos em alguns custos de oportunidade porque podemos estar negligenciando outros objetivos e valores sociais importantes”⁴⁵⁶.

Desta forma, é possível inferir que *Private Wrongs* acaba apresentando uma teoria interpretativa e, por isso, fornece uma versão de responsabilidade civil baseada no princípio moral de que ninguém deve estar no controle do outro. “Isto implica que os sistemas de responsabilidade civil têm valor intrínseco e competem com outros valores, sempre que estes, por razões conceituais ou factuais, não possam ser entregues pelo Estado ao mesmo tempo”⁴⁵⁷.

Logo, ao assumir um compromisso normativo com a ideia de que nenhuma pessoa está no controle de outra, seria desnecessária a rejeição de Ripstein ao instrumentalismo. Uma vez que seu projeto parece envolver parcialmente encontrar valor na lei de responsabilidade civil, o esperado seria deixar os valores competirem entre si.

Ripstein responde a essa objeção sustentando que evita usar o vocabulário do valor intrínseco, porque tem dúvidas de que haja qualquer valor normativo ou analítico no que diz respeito ao *status* moral da responsabilidade civil. Com efeito, o autor duvida até que o Estado tenha razão *prima facie* de implementar direitos que tenham valor intrínseco. Muitas pessoas, por exemplo, consideram que dar jantares finos ou exercitar sua religião são ações intrinsecamente valiosas, nem por isso torna-se competência do ordenamento jurídico a implantação e promoção de tais ações⁴⁵⁸.

Neste sentido, a rejeição de uma explicação instrumental da lei de responsabilidade civil não implicaria supor que ela é intrinsecamente valiosa. Na visão de Ripstein, o que deve ser efetivado por instituições legais coercitivas deve estar conforme o mandato geral do Estado⁴⁵⁹. Cabe a este regular as relações — o *status sui iuris* de um contra o outro — por meio de lei. Apenas isso.

Isso significa que, por mais que algumas ações sejam intrinsecamente valiosas, estas não são coisas que o Estado tenha uma razão *prima facie* para implementar. Somente relações legítimas entre as pessoas são fundamentais para o mandato do Estado de

⁴⁵⁶ “By enforcing a system of tort law we incur some opportunity costs because we might be neglecting other important social goals and values” (PAPAYANNIS, 2018, p. 3).

⁴⁵⁷ “This implies that tort law systems do have intrinsic value and that they compete with other values, whenever these, for conceptual or factual reasons, cannot be delivered by the State at the same time.” (PAPAYANNIS, 2018, p. 3).

⁴⁵⁸ (RIPSTEIN, 2018).

⁴⁵⁹ (RIPSTEIN, 2018).

elaborar, aplicar e fazer cumprir a lei. Por isso, se enquadrarmos o *status sui iuris* “em termos do mandato do Estado e do papel do Estado em efetivar a moralidade relacional dos direitos privados interpessoais, o conceito de valor intrínseco não tem mais nada a fazer”⁴⁶⁰.

Por fim, Ripstein também não nega que sua tese seja interpretativa, apenas afirma que sua metodologia não é exclusivamente descritiva, normativa e interpretativa. Seu objetivo, ao traçar uma abordagem nestes termos, é deixar claro que não pretende “oferecer uma versão incompleta de um projeto que, se concluído, responderia a todas as questões legais”⁴⁶¹.

À vista disso, argumenta que as questões metodológicas sobre moralidade e sua relação com o direito são mencionadas em *Private Wrongs* porque fazem parte da ideia organizadora da obra. Segundo Ripstein, as ideias se encaixam para gerar um certo sentido que, de outro modo, pareceriam irracionais ao direito. Assim, a obra apresenta “expressões de ideias morais familiares. Essas ideias, porém, devem ser entendidas relacionalmente; se forem compreendidas de forma não relacional, elas realmente parecem enigmáticas”⁴⁶².

Nota-se da réplica de Ripstein que o autor não se estende ao enfrentar a acusação de que sua rejeição ao instrumentalismo é fraca, talvez porque não é uma pretensão sua mostrar que as abordagens instrumentalistas que aspiram reduzir a responsabilidade civil a alguma atividade estatal compreenderam erroneamente seu significado. Nas palavras do autor, em *Private Wrongs*: “minhas aspirações antirredutoras são mais humildes: tentei mostrar que a responsabilidade civil não precisa ter uma função para ter um ponto”⁴⁶³. Neste sentido, a utilização do vocabulário do valor intrínseco nada acrescentaria na sua argumentação de que o instrumentalismo não é necessário.

A responsabilidade civil, nos termos de Ripstein, parece não ter um valor intrínseco que deva ser adicionado aos possíveis resultados moralmente desejáveis do Estado porque busca, apenas, articular os direitos que são protegidos de maneira sistemática. Ao basear-se na ideia moral simples de independência de cada pessoa em

⁴⁶⁰ “Framing it in terms of the state’s mandate, and the role of the state in giving effect to the relational morality of interpersonal private rights, the concept of intrinsic value is left with nothing more to do” (RIPSTEIN, 2018, p. 2-3).

⁴⁶¹ “Offering an incomplete version of a project that, if completed, would answer every legal question” (RIPSTEIN, 2018, p. 3).

⁴⁶² “Expressions of familiar moral ideas. But these ideas must be understood relationally; if they are understood non relationally they do indeed look puzzling” (RIPSTEIN, 2018, p. 3).

⁴⁶³ “My anti-reductive aspirations are more humble: I have tried to show that tort law does not need to have a function in order to have a point” (RIPSTEIN, 2016, p. 295).

relação aos outros, o autor assume que cada pessoa tem o direito de definir e perseguir os seus próprios objetivos, bem como tem o direito de usar os seus meios como achar adequado, de acordo com outros que tenham o mesmo direito.

A partir disso, a estrutura da responsabilidade civil é tomada pelo valor da face, o que impõe a resolução dos litígios de responsabilidade civil somente pela interpretação dos direitos e deveres envolvidos. Portanto, a caracterização dos direitos a serem protegidos não é acidental. *Private Wrongs* fornece uma explicação de uma forma de pensamento, tornando inteligível um padrão de estruturas conceituais e normativas da responsabilidade civil.

Entretanto, isso não significa que, consideradas outras limitações, o projeto de Ripstein se sustente. A princípio, o autor pode escapar da necessidade de prover uma abordagem instrumental, porém, ao afirmar que o objetivo de *Private Wrongs* é apenas articular os direitos que são protegidos de maneira sistemática, sem imprimir um valor intrínseco à responsabilidade civil que deva ser adicionado aos potenciais resultados moralmente desejáveis do Estado, Ripstein ainda parece abrir espaço em sua teoria para que outros fins, que não a liberdade, sejam protegidos pela responsabilidade civil. O desenvolvimento deste argumento será realizado no próximo capítulo.

5.2 A imprecisão quanto ao tipo de moralidade do direito invocado

Em *Private Wrongs*, Ripstein afirma articular os direitos que a responsabilidade civil protege. O autor sustenta que pretende explorar a moralidade de interação à qual a lei de responsabilidade civil dá efeito, ou seja, uma moralidade relacionada à não interferência no seu corpo, na reputação ou na propriedade do outro.

Entretanto, Ripstein deixa dúvidas sobre a qual moralidade está apelando. Segundo a presente objeção, as principais possibilidades seriam a moralidade social ou a moralidade crítica:

A primeira é uma questão empírica e diz respeito às normas morais geralmente endossadas pelos membros da sociedade em um determinado momento. O último é mais distante das normas morais sociais predominantes e fornece uma base para criticar essas normas. A moralidade crítica pode ser baseada em algum tipo de lei moral independente da mente (uma espécie de realismo moral) ou em algo mais dependente da mente (por exemplo, as normas que endossamos mediante informação e reflexão completas)⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ “The former is an empirical matter and concerns the moral norms generally endorsed by members of society at given time. The latter is more detached from prevailing societal moral norms and provides a basis for criticising those norms. Critical morality may be based on some kind of mind-independent moral law

Ou seja, a moral social refere-se às crenças morais presentes em uma sociedade, e a moral crítica tem a ver com a moral correta e serve como um padrão independente para avaliar a conduta e as normas sociais. Este crítico chegou a se corresponder com Ripstein para tentar entender qual tipo de moralidade era relevante para os direitos invocados em *Private Wrongs*, uma vez que seu entendimento era de que a obra parecia tratar de uma moralidade crítica.

Isso seria um problema, porque a concepção de responsabilidade de *Private Wrongs* apelaria para a moralidade crítica, enquanto juízes decidem as ações com uma moralidade social. A objeção argumenta que a decisão dos juízes tende a ser baseada em uma moralidade costumeira ou predominante, dando efeitos à moralidade social. “Por exemplo, em uma sociedade em que a moralidade predominante reconhece a propriedade de escravos, mas a moralidade crítica não, os juízes tenderão a fazer julgamentos reconhecendo a propriedade de escravos”⁴⁶⁵. Não seria estranho que juízes também dessem efeito à moralidade crítica, porém, principalmente diante de uma indefinição, a moralidade social parece guiar os julgamentos.

Ou seja, essa objeção sustenta que, quando os juízes apelam para os direitos morais, eles tendem a reconhecer o que eles acreditam que sejam os direitos da moralidade social, enquanto Ripstein parece mais focado na moralidade crítica, que avoca um padrão externo para avaliar as condutas sociais.

Ripstein responde ao crítico por correspondência afirmando que os direitos que ele invoca são realmente de algum tipo de moralidade crítica⁴⁶⁶. Ou seja, a responsabilidade civil daria efeito institucional aos direitos desse tipo de moralidade, entretanto, delimita o tipo de moralidade que avoca. Em outro trabalho, sustenta que discorda que a moralidade crítica seja considerada “não apenas como um padrão para avaliar a moralidade social e a lei, mas também como algo que é fundamentalmente não relacional”⁴⁶⁷.

Em sua visão, a moralidade crítica defendida na obra discute “as maneiras pelas quais os tribunais incorporam entendimentos sociais de conceitos jurídicos ao decidir

(a kind of moral realism) or on something more mind-dependent (e.g. the norms we would endorse upon full information and reflection)” (VALLENTYNE, 2018, p. 2).

⁴⁶⁵ “For example, in a society in which prevailing morality recognizes slave-ownership, but critical morality does not, judges will tend to make judgments recognising slave-ownership” (VALLENTYNE, 2018, p. 2).

⁴⁶⁶ (VALLENTYNE, 2018).

⁴⁶⁷ “Not just as a standard for evaluating social morality and law, but also as something that is fundamentally non-relational” (RIPSTEIN, 2018, p. 1).

casos e desenvolver a lei”⁴⁶⁸. Por isso, o autor discorda de que toda a moralidade é potencialmente relevante para responder a qualquer questão moral. Ripstein sustenta que a moralidade não relacional, direcionada à virtude, ao campo individual e pessoal, não servem de fundamento ao direito privado. Por outro lado, a moralidade expressa em *Private Wrongs* é relacional, uma vez que trata de situações em que os direitos privados tangenciam reivindicações exigíveis entre pessoas⁴⁶⁹.

Assim, na moralidade não relacional, o dever é com a virtude; na relacional, o dever é com o outro. Em consequência, muitas situações não relacionais da moralidade podem ser relevantes para avaliar uma ação, entretanto, não serão capazes de dizer se uma pessoa tem direito contra outra. A moralidade crítica relacional de Ripstein não considera possível que a responsabilidade civil seja analisada não relacionalmente, porque “se, do ponto de vista moral, você tem o direito de realizar alguma ação, então você não prejudica o outro ao fazê-lo”⁴⁷⁰. Por isso, a moral não relacional não diz se uma pessoa tem direito contra outra.

Além disso, há outra discordância. O tratamento habitual da moralidade crítica supõe que ela se completa sem as instituições. Ripstein, por outro lado, entende que a instituição pública é necessária para resolver disputas privadas. “Somente as instituições propriamente públicas podem ter a legitimidade moral para impor resolução autoritária sobre disputas, e para autorizar o *enforcement* dessas resoluções”⁴⁷¹. Assim, os meios jurídico-institucionais são capazes de determinar a moralidade, bem como torná-la obrigatória.

Essa objeção é importante, porque remonta à discussão em *Force and Freedom*, sobre o quanto a concepção moralizada de liberdade de Ripstein pode gerar cenários de injustiça. Foi visto que a liberdade moralizada, pautando a *liberdade* como *direito* de usar os meios que uma pessoa possui, e buscar os propósitos que se tem, gera, primeiro, uma moralidade política tendenciosa ao *status quo*, de forma que são os direitos positivos que determinam os direitos morais. E, além disso, foi abordado que o cenário em que cada pessoa persegue os próprios fins pode tornar-se um cenário inválido de justiça quando há conflito.

⁴⁶⁸ “The ways in which courts incorporate social understandings of juridical concepts in deciding cases and developing the law” (RIPSTEIN, 2018, p. 1).

⁴⁶⁹ (RIPSTEIN, 2018).

⁴⁷⁰ “If, from a moral point of view, you have a right to do perform some action, then you do not wrong another by doing it” RIPSTEIN, 2018, p. 2).

⁴⁷¹ “Only properly public institutions can have the moral standing to impose authoritative resolution on disputes, and to authorise enforcement of those resolutions” (RIPSTEIN, 2018, p. 2).

Em *Private Wrongs*, Ripstein diz tratar da moralidade de interação à qual a lei de responsabilidade civil dá efeito, ou seja, há uma institucionalização de uma moralidade interpessoal através de um corpo de direito positivo. Na obra, sustenta que a responsabilidade civil institucionaliza uma moralidade decorrente do direito de cada pessoa de usar seus corpos e propriedades como acharem adequado, consistente com o direito de outros de fazer o mesmo.

Entretanto, como visto em capítulos anteriores, isso pode gerar menos ou mais liberdade a partir dos limites impostos pelo próprio Estado. A desconsideração da moralidade social pode comprometer o exercício da liberdade externa. A depender de como são as regras do direito positivo, se, por exemplo, são fixadas regras sem se ater às realidades sociais e econômicas, a desigualdade de distribuição de terras ou mesmo se permite o uso independentemente de como foram obtidas, a responsabilidade civil pode consolidar assimetrias que comprometem a independência. Estas questões serão retomadas no próximo capítulo, pois tratam das preocupações quanto à capacidade da teoria de garantir que os direitos sejam exercidos com independência.

5.3 A irrelevância moral da distinção entre *misfeasance* e *nonfeasance*

Para Ripstein, a distinção entre *misfeasance* (prejudicar uma pessoa, entendido como fazer algo a alguém) e *nonfeasance* (deixar de fazer algo por essa pessoa) representa um princípio estruturante geral dos direitos privados ao corpo e à propriedade⁴⁷². Trata-se de casos em que não há exigência de que você forneça a outra pessoa um contexto favorável, pois isso daria a ela o direito de determinar os propósitos para os quais você usa seus meios.

A diferenciação sustentada em *Private Wrongs* reflete uma implicação direta da ideia de que as principais normas da responsabilidade civil se concentram nos meios, e não nos fins. Logo, se a “responsabilidade civil está preocupada em regular o uso de seus meios, você não pode se livrar da distinção sem alterar os princípios que tornam a responsabilidade civil inteligível”⁴⁷³.

A presente objeção cuida da irrelevância moral da distinção de *misfeasance* e *nonfeasance*. Segundo essa crítica, é difícil entender a importância dada à diferenciação

⁴⁷² (RIPSTEIN, 2016).

⁴⁷³ “Tort law is concerned with regulating the use of your means, you cannot get rid of the distinction without altering the tenets that make tort law intelligible” (PAPAYANNIS, 2018, p. 7-8).

e à aplicação em *Private Wrongs*. O tratamento de Ripstein para a distinção entre *misfeasance/nonfeasance* é considerado enganoso, pois, apesar da centralidade conferida pelo autor, essa diferença é “apenas uma característica contingente, não atraente e altamente contestada de alguns sistemas jurídicos”⁴⁷⁴. Por isso, tal distinção não deveria figurar em uma explicação conceitual ou interpretativa da responsabilidade civil.

Primeiro, a crítica expõe que, nos *Principles of European Tort Law* — tentativa de harmonização de diferentes sistemas jurídicos —, não há regra de não responsabilidade por *nonfeasance*. Prevê-se que o dever de agir positivamente para proteger os outros de danos pode existir se a *lei* assim determinar. Da mesma forma, pode existir se o autor criar ou controlar situação perigosa, ou também em relações especiais⁴⁷⁵. Portanto, a instituição da proteção advém do direito positivo. Dessa maneira, há uma rejeição direta da regra de não responsabilidade por *nonfeasance*.

Ripstein pode se defender dizendo que sua argumentação deriva de explicações aplicadas apenas ao *Common Law*. Entretanto, a crítica considera que essa réplica seria decepcionante, uma vez que as práticas de responsabilidade civil não diferem muito de uma jurisdição para outra⁴⁷⁶. Apesar de alguma variação entre o *Common Law* e *Civil Law*, “os julgamentos de responsabilidade são construídos sobre os mesmos conceitos; a ideia de causalidade, ações ou atividades defeituosas ou anormalmente perigosas, lesão (ou dano) e previsibilidade, entre muitas outras”⁴⁷⁷ são de tipos bastante similares. Além disso, nem mesmo no *Common Law* a doutrina de não responsabilidade por *nonfeasance* parece ser unânime, uma vez que a jurisprudência oferece alguns exemplos nos quais os tribunais decidiram o dever positivo para evitar danos a outros⁴⁷⁸.

Argumenta-se que Ripstein constrói seu aparato conceitual fortemente baseado em uma característica accidental dos sistemas jurídicos, por isso, são apresentadas mais duas razões para afirmar que os fundamentos de *Private Wrongs* não parecem suficientemente sólidos para uma teoria geral da responsabilidade civil. A primeira razão

⁴⁷⁴ “Only a contingent, non-attractive, and highly contested feature of some legal systems” (PAPAYANNIS, 2018, p. 11).

⁴⁷⁵ (PAPAYANNIS, 2018).

⁴⁷⁶ (PAPAYANNIS, 2018).

⁴⁷⁷ “Liability judgments are built on the same concepts; the idea of causation, faulty or abnormally dangerous actions or activities, injury (or harm), and foreseeability, among many others” (PAPAYANNIS, 2018, p. 8).

⁴⁷⁸ (PAPAYANNIS, 2018).

aponta “que a regra de não responsabilidade por *nonfeasance* nos casos em que o esforço exigido do réu é quase trivial ou insubstancial, é injustificável”⁴⁷⁹.

Neste sentido, se, por exemplo, um bebê está se afogando em uma piscina de trinta centímetros, não o salvar seria imoral. O que essa objeção sustenta é que “não pode haver nenhum valor em uma regra que nos permite permanecer como testemunha privilegiada do sofrimento de outra pessoa quando podemos prevenir esse sofrimento com custos econômicos ou morais não significativos”⁴⁸⁰.

A segunda razão joga luz sobre a suficiência do princípio da independência, isto é, *não estar no controle do outro* está claramente dissociado da distinção entre *misfeasance* e *nonfeasance*. Segundo a crítica, Ripstein parece preocupado com o fato de que, ao desistir da diferenciação, toda a teoria desmoronaria. Entretanto, o princípio pode ser defendido malgrado a diferença. Ou seja, ao abandonar a distinção entre *misfeasance* e *nonfeasance*, não se abandona o princípio, mas dá-se a ele a sua devida dimensão⁴⁸¹.

Neste sentido, no exemplo do bebê que está se afogando na piscina rasa, em que circunstância impor o dever de salvar o bebê prejudica seus meios? Além disso, como esse dever pode tornar o bebê no controle dos seus meios? A objeção sustenta que “esse dever deriva diretamente da moralidade; nem a vontade do bebê, nem os usos que você prefere para os seus meios são relevantes. Aqui, apenas a razão prática é relevante”⁴⁸².

Diante disso, vê-se que existe uma expectativa legítima de salvação do bebê dada a sua razoabilidade (não custa para você salvar o bebê) e que a quebra dessa expectativa gera uma situação de prejuízo concreto (que ensejaria reparação). “Isso decorre da ideia de que, em uma comunidade moral, espera-se que todos ajam moralmente”⁴⁸³. A obrigação moral, portanto, é um forte motivo para estabelecer um dever de que cada um fará o que é necessário para evitar as consequências de suas deficiências morais.

Mais do que isso, a ação de salvar o bebê não representa uma perda de autonomia de sua parte (demanda um esforço insignificante). Sustenta-se, assim, que há uma obrigação relacional consistente com seus meios, uma vez que você não os perde quando

⁴⁷⁹ “The no-liability rule for nonfeasance in cases in which the effort required of the defendant is almost trivial or unsubstantial, is unjustifiable” (PAPAYANNIS, 2018, p. 8).

⁴⁸⁰ “There can be no value at all in a rule that allows us to stay put as a privileged witness of another person’s suffering when we can prevent that suffering at not significant economic or moral costs” (PAPAYANNIS, 2018, p. 8-9).

⁴⁸¹ (PAPAYANNIS, 2018).

⁴⁸² “This is a duty that derives straight from morality. Neither the will of the baby [...] nor the uses you prefer for your means are relevant; only practical reason is relevant” (PAPAYANNIS, 2018, p. 9).

⁴⁸³ “This follows from the idea that in a moral community everyone is expected to act morally” (PAPAYANNIS, 2018, p. 9).

tem um dever moral que o impede de satisfazer qualquer desejo que tenha no momento em que o dever de resgate é exigido. Portanto, “seu dever de resgatar em algumas circunstâncias particulares não prejudica sua liberdade de levar sua vida como desejar. [...] Acho que o dever de resgatar nas circunstâncias limitadas [...] é um princípio que não poderíamos rejeitar razoavelmente”⁴⁸⁴.

Em resposta a essas críticas, Ripstein apenas defende que a objeção real neste caso não é doutrinária, mas moral. Segundo o autor, quando a objeção sustentou que “a ausência de um dever ilícito de fácil resgate é, como ele delicadamente coloca, ‘idiota’, suas razões declaradas para essa caracterização são obscuras”⁴⁸⁵. De toda forma, a moralidade apresentada pela crítica não gera necessariamente deveres para os agentes. Dada sua mutabilidade, uma moralidade pode impor restrições nas maneiras pelas quais você pode usar seus meios, mas isso não significa que uma exigência moral forçaria você a usar os seus meios de forma a beneficiar os fins dos outros⁴⁸⁶.

Além disso, Ripstein explica que seu princípio é centrado nos meios e não é comparativo. Dessa forma, é um princípio mais formal do que material. Por isso, não distingue casos fáceis dos difíceis, pois a materialidade varia a cada situação. Assim, mesmo havendo casos em que os tribunais encontrem motivos para impor dever positivo para evitar danos a outros, ainda a regra é seguir uma classificação formal de deveres nas quais as diferenças de dificuldade são irrelevantes⁴⁸⁷. Portanto, quando há deveres positivos explicitamente criados por lei, não há referência à dificuldade ou facilidade. Seguir a abordagem formal de maneira consistente é o que é efetivamente proposto pelo autor.

Como dito, Ripstein não se delonga em apresentar sua réplica. Em outro momento do texto, chega a dizer que a “existência de um dever deva ser condicionada pela facilidade ou dificuldade de cumprimento; se o objetivo da responsabilidade civil é manter uma distribuição prévia, quanto esforço está envolvido em fazê-lo pode ser um

⁴⁸⁴ “Your duty to rescue in some particular circumstances does not undermine your freedom to carry out your life as you wish [...] I think that a duty to rescue in the limited circumstances [...] is a principle that we couldn’t reasonably reject” (PAPAYANNIS, 2018, p. 11).

⁴⁸⁵ “The absence of a tort duty of easy rescue is, as he delicately puts it, ‘idiotic’. His stated reasons for that characterisation are obscure” (RIPSTEIN, 2018, p. 4).

⁴⁸⁶ (RIPSTEIN, 2018).

⁴⁸⁷ (RIPSTEIN, 2018).

fator relevante”⁴⁸⁸, todavia, na visão de Ripstein, a ideia moral de independência é relacional e não se preocupa com a distribuição anterior das coisas.

Portanto, a resposta de Ripstein reflete a ideia de que os meios não devem ser usados na busca de qualquer fim de outrem, nem mesmo para preservar a vida da outra pessoa. Como estou no controle do meu corpo e da minha propriedade, não se pode exigir que você use seus meios para o bem de qualquer fim meu. A existência de casos difíceis ou fáceis bem como uma delimitação legal de obrigações, direitos e meios são fatores que não são preocupações em nenhuma das obras aqui examinadas. Isso emerge porque Ripstein provê uma explicação consistente de independência em seu projeto, composto por três estágios. É no terceiro estágio, como proporei nesta tese, que algumas questões aqui colocadas poderiam ser contempladas.

Como dito anteriormente no teste de força das objeções a *Force and Freedom*, parece que há uma circularidade entre liberdade e autorização unilateral, e pode esta também, em função dos seus objetivos, definir as condições sobre as quais o direito pode ser tutelado. Há um esforço na obra de Ripstein de deslocar tais questões para o direito público, deixando livre o direito privado e, conseqüentemente, a responsabilidade civil desobrigada de lidar com tais questões de moralidade não relacional. Entretanto, como examinarei no próximo capítulo, a construção do terceiro estágio de independência abre espaço para que outros fins, que não a liberdade, estejam abrangidos pelo sistema de direito.

5.4 As limitações da união entre direito e tutela

A presente objeção questiona, em duas frentes, a tese da unidade entre direito e tutela proposta em *Private Wrongs*. Ambas as críticas apelam para características analíticas do conceito de direito para mostrar que direito e tutela não precisam andar juntos. Além disso, questiona-se a exigência de que o infrator forneça a tutela, bem como se uma pessoa pode ser adequadamente relacionada a um objeto inexistente, ou mesmo responsável por algo pelo qual essa pessoa não é o agente responsável.

Como visto no capítulo anterior, Ripstein sustenta que os direitos sobrevivem a suas próprias violações. Uma vez que você é prejudicado(a), há o direito de impor ao

⁴⁸⁸ “The existence of a duty should be conditioned by the ease or difficulty of compliance; if the point of tort law is to uphold a prior distribution, how much effort is involved in doing so might be a relevant factor” (RIPSTEIN, 2018, p. 8).

infrator algumas restrições, bem como há direito de indenização. Ou seja, antes da violação, seu direito é bom contra todos, é *erga omnes*, mas a tutela será contra o infrator específico, pois é *in personam*⁴⁸⁹.

O que a primeira crítica busca entender é como o direito *erga omnes* se torna um direito *in personam* contra o transgressor, ou seja, como a violação do direito origina uma reclamação perante o Estado. O seguinte exercício reflexivo é proposto. Imagine que o seu direito é violado e reparado pelo Estado que, por sua vez, pune o transgressor. Nessas circunstâncias, essa operação ainda seria de Direito Privado?

Suponha que seu corpo seja protegido contra danos por regras que restringem os tipos de riscos que outras pessoas podem impor a você. Imagine, então, que, sempre que seu corpo for lesado, a lei lhe dê o direito de ser indenizado pelo Estado, e ao mesmo tempo puna o malfeitor pelo dano que ele infligiu a você. Assuma que esta é a maneira pela qual o legislador escolhe para garantir a sobrevivência de seus direitos privados depois que eles são violados. Esses continuariam a ser direitos privados? Se não, por que não? Ainda estaríamos falando de um conjunto de reivindicações válidas sobre o uso de nossos meios em nossas interações privadas. Isso é uma confusão conceitual?⁴⁹⁰

Esse exercício hipotético tenta sugerir que, talvez, um direito *erga omnes* seguido de uma tutela *erga omnes* — ou *in personam*, mas contra o Estado — atenderia ao requisito conceitual de sobrevivência de direitos à violação⁴⁹¹.

Entretanto, o que a crítica parece perder de vista é que Ripstein sustenta algo diferente. Direitos só são direitos ao serem estabelecidos dentro da esfera normativa. Neste sentido, a tutela bilateral não é inerente ao direito, mas consequência objetiva de sua instituição. Assim, a continuidade entre direito (*erga omnes*) e tutela (*in personam*) advém da normatividade.

Sem embargo, a crítica considera que, se o princípio organizador de *Private Wrongs* é que você não está no controle do outro, e que o outro não está no controle de você, devem existir outras maneiras diferentes de honrar o direito além dessas tutelas bilaterais. Essa, portanto, não seria a única via. “Pense em um arranjo no qual sempre que seus recursos são retirados de você, você os recebe de volta imediatamente do Estado, e

⁴⁸⁹ (RIPSTEIN, 2016).

⁴⁹⁰ “Suppose your body is protected against harm by rules that constrain the kinds of risks that others are allowed to impose on you. Imagine, then, that whenever your body is injured the law grants you a right to be compensated by the State, and at the same time punishes the wrongdoer for the harm she inflicted on you. Assume this is the way in which the legislator chooses to ensure the survival of your private rights after they are violated. Would those continue to be private rights? If not, why not? We would still be talking about a set of valid claims regarding the use of our means in our private interactions. Is this a conceptual confusion?” (PAPAYANNIS, 2018, p. 5-6).

⁴⁹¹ (PAPAYANNIS, 2018).

sempre que você obtém recursos de outros, você é compulsivamente expelido(a) pelo Estado”⁴⁹². Considerando possibilidades como securitização ou compensação de danos pelo Estado, todos teriam seus meios garantidos, e nenhuma perda ou benefício normativo ficaria sem retificação.

A objeção vai além, pois considera que as tutelas dotadas dessa bilateralidade não podem ser fundamentadas no princípio organizador de *Private Wrongs*. Para que a tutela, nos termos de Ripstein, seja a solução, seria necessário que a responsabilidade civil tivesse algum valor moral intrínseco. Entretanto, “o princípio fundamental de Ripstein parece insuficiente para justificar a estrutura bilateral da responsabilidade civil, uma vez que [...] outros arranjos podem servir melhor ao princípio”⁴⁹³.

Para argumentar qual princípio moral seria esse que justificaria a tutela, busca-se recuperar a visão de Darwall e Darwall⁴⁹⁴. Na perspectiva destes autores, a lei de responsabilidade civil deve estar situada em uma estrutura mais ampla de atitudes reativas, e os procedimentos legais devem ser entendidos como uma forma de chamar as pessoas a responder⁴⁹⁵. Assim, as obrigações morais representam uma responsabilidade mútua entre iguais que reafirmam a igual consideração e respeito que todos devemos uns aos outros. Isso significa que, dada a autoridade igual que temos para tratar de reivindicações e demandas uns dos outros, quando minhas ações violam seus direitos, eu causo um ilícito, e a responsabilidade deve recair sobre mim. Essa responsabilização será institucionalmente reconhecida, dado o respeito mútuo entre os indivíduos⁴⁹⁶.

O ponto positivo dessa teoria é que ela fornece um valor, qual seja, “respeitosamente exigir respeito”⁴⁹⁷. Esse valor parece se manifestar na responsabilidade civil mesmo quando uma ação de responsabilidade está *sob judice* e há uma relutância em pagar indenização⁴⁹⁸. O reconhecimento institucional desse poder de responsabilizar um réu “expressa a ideia de respeito mútuo. A medida de responsabilização do infrator

⁴⁹² “Think of an arrangement in which whenever your means are taken from you, you get them back immediately from the State” (PAPAYANNIS, 2018, p. 6).

⁴⁹³ “Ripstein’s fundamental principle seems insufficient to justify the bilateral structure of tort law, since in a particular situation other arrangements might serve the principle better” (PAPAYANNIS, 2018, p. 7).

⁴⁹⁴ (DARWALL e DARWALL, 2011).

⁴⁹⁵ (DARWALL e DARWALL, 2011).

⁴⁹⁶ (PAPAYANNIS, 2018).

⁴⁹⁷ “Respectfully demand respect” (DARWALL e DARWALL, 2011, p. 20).

⁴⁹⁸ (PAPAYANNIS, 2018).

não pode ser diferente da violação do direito, pois esta violação *constitui* o desrespeito que a responsabilidade civil visa corrigir⁴⁹⁹.

Neste sentido, a objeção apresentada considera que o princípio fundamental de Ripstein, de que ninguém está sob o controle do outro, não pode elucidar totalmente o valor intrínseco da responsabilidade civil, que deve ser complementado por considerações adicionais, como as de Darwall e Darwall. A tutela devolve os meios que lhe foram tirados; e gera uma privação a quem tirou dos outros, contudo não corrige a falta de respeito ou dá uma resposta suficientemente significativa. Por isso, a complementação não deveria ser descartada porque uma ideia de respeito mútuo não é incompatível com o projeto geral de *Private Wrongs*.

Partindo, então, para a segunda crítica à unidade absoluta entre o direito e a tutela, questionam-se especificamente os casos em que o objeto danificado é completamente destruído. Nessas circunstâncias, como dizer que o direito permanece inalterado? Como ter direito a algo inexistente?⁵⁰⁰.

Conforme visto no capítulo anterior, sustenta-se em *Private Wrongs* que uma pessoa perde, em muitos casos, o direito a algo por meio de atos voluntários. Por isso, quando transações involuntárias ensejam dano a algo que é seu, os direitos não são alterados. Isto é, Ripstein sustenta que há uma unidade entre direito e tutela, de modo que os direitos sobrevivem à própria violação; e a indenização torna o ilícito como se nunca tivesse acontecido.

Contudo, a presente crítica busca refutar essa ideia de que você pode ter direito sobre um objeto inexistente, quando os direitos sobre uma coisa são perdidos pela destruição do objeto⁵⁰¹. Para tentar sustentar seu ponto, argumenta-se, primeiro, que a tutela não é a única via para o estabelecimento da responsabilidade civil (tem o seguro, p. ex.). Além disso, podem existir direitos sem tutela (como o direito de não ser ferido, p. ex.).

Essa objeção pauta a responsabilidade civil através da categoria de direitos primários e direitos secundários, sendo restaurativos de forma agrupada:

Considere meu direito de reivindicar que você não me bata. Na maioria dos pontos de vista, esse direito de reivindicação primário, contra você, é acompanhado por outro direito de reivindicação secundário: se você me bater,

⁴⁹⁹ “Expresses the idea of mutual respect. The measure for holding the wrongdoer accountable cannot be different from the violation of the right, because this violation constitutes the disrespect that tort law aims to amend” (PAPAYANNIS, 2018, p. 7).

⁵⁰⁰ (VALLENTYNE, 2018).

⁵⁰¹ (VALLENTYNE, 2018).

sem minha permissão, então, sob certas condições, você me deve uma indenização. Não há nada de misterioso aqui. É simplesmente que dois direitos distintos estão agrupados. Existem o direito primário contra o uso de minhas coisas e o direito secundário (reparador) de danos. Além disso, seria natural agrupar esses direitos com um direito secundário para fazer valer esses dois direitos (ou seja, para o titular do direito, ou alguém autorizado por ele, usar um certo tipo de força para impedir que você infrinja esses direitos). Não é, porém, incoerente ter direito a não ser atingido, sem direito a indenização e sem direito de *enforcement*. Claro, tal direito não é muito direito, mas é o suficiente para estabelecer que alguém é prejudicado quando atingido sem permissão⁵⁰².

É possível notar nesse argumento uma afiliação a John Gardner. O vocabulário de direitos primários e secundários é usado para descrever a conexão entre eles, e ainda há a sugestão de que esses direitos são distintos e que devem ser agrupados. Apesar de estar inteiramente de acordo com o pensamento de que as violações de direitos devem ser compensadas, e também endossar esse agrupamento, a crítica não concebe de que maneira o direito primário sempre sobrevive à sua violação⁵⁰³. Considera-se “muito estranho sustentar que, mesmo uma indenização total, pode fazer com que o ilícito nunca tenha acontecido. Nada pode apagar o fato de que um ilícito aconteceu”⁵⁰⁴, e, a partir disso, vários aspectos da tutela proposta por Ripstein são questionados.

Primeiro, há uma divergência quanto ao argumento de que terceiros nunca tenham direito à compensação contra o infrator. O revisor aquiesce que essa afirmação se aplica nos casos que o terceiro não é um agente responsável por prejudicar o titular do direito, todavia, se o infrator puder ser responsabilizado, vislumbra a possibilidade de que terceiros tenham direitos de compensação contra o infrator. Ou seja, “infringir direitos quando se sabe que o está fazendo pode responsabilizar alguém por danos a terceiros do ilícito, mesmo quando os direitos de terceiros não são infringidos”⁵⁰⁵. Cita-se, como exemplo, uma esposa, enquanto terceira parte, que busca receber indenização, porque

⁵⁰² “Consider my claim-right that you not hit me. On most views, that primary claim-right, against you, is accompanied by another, secondary, claim-right: if you hit me, without my permission, then, under certain conditions, you owe me damages. There is nothing mysterious here. It is simply that two distinct rights are bundled together. There is the primary right against using my things and the secondary (remedial) right to damages. Moreover, it would be natural to bundle those rights with a secondary right to enforce those two rights (i.e. for the right-holder, or someone authorised by her, to use a certain kind of force to prevent you from infringing those rights). It is not, however, incoherent, to have a right not to be hit, without a right to damages, and without a right of enforcement. Of course, such a right isn’t much of a right, but it is enough to establish that one is wronged when hit without one’s permission” (VALLENTYNE, 2018, p. 6).

⁵⁰³ “They are typically bundled, then I agree, but this still doesn’t establish that the primary right always survives its infringement” (VALLENTYNE, 2018, p. 6).

⁵⁰⁴ “Very strange to hold that even full damages can make it as if a wrong never happened. Nothing can erase the fact that a wrong happened” (VALLENTYNE, 2018, p. 6).

⁵⁰⁵ “Infringing rights when one knows that one is doing so can make one liable for harms to third parties of the wrongdoing, even when the rights of third parties are not infringed” (VALLENTYNE, 2018, p. 7).

sofreu emocionalmente e ficou sem ajuda com os afazeres domésticos, em virtude de agressão injusta ao marido⁵⁰⁶.

Em segundo lugar, questiona-se a posição de Ripstein quanto às indenizações punitivas. Como visto no capítulo anterior, os argumentos em *Private Wrongs* estão concentrados na compensação. Através do dinheiro, o requerente de uma ação de responsabilidade recebe os meios mais próximos possíveis de meios equivalentes. Dessa forma, a perda do bem-estar, do sentimento e da conexão espiritual com a coisa objeto do ilícito não faz parte da compensação, porque tais elementos não podem ser substituídos.

Entretanto, em objeção a isso, propõe-se que, em algumas situações, a indenização punitiva ou mesmo outra solução que não a compensação seriam mais pertinentes. Por exemplo, se você intencionalmente impuser fisicamente dor extrema em meu corpo, mas de maneira que não cause danos à função de nenhum membro, você me deve uma compensação pelo dano ao bem-estar⁵⁰⁷. Além disso, em algumas circunstâncias como “(1) reconhecimento público de seu ilícito e o dano resultante ao titular do direito, (2) uma declaração pública de arrependimento e (3) um pedido público de perdão”⁵⁰⁸ seriam boas alternativas, melhores até que a compensação do dano. Porém, mesmo com a centralidade da tutela em *Private Wrongs*, nenhuma discussão a esse respeito foi feita.

Por fim, discute-se a possibilidade de autotutela, para aqueles casos em que, com um mínimo de esforço, é possível recuperar a coisa injustamente tomada. Como examinado anteriormente, Ripstein determina que o requerente, por ele mesmo, não deve obrigar o réu a retificar seu ilícito, em vez disso, deve estabelecer o ilícito perante um tribunal. Apesar disso, esta crítica considera “extremamente estranho sustentar que o infrator não tem o dever moral de corrigir seu ilícito até que o autor tenha estabelecido o ilícito no tribunal”⁵⁰⁹.

Ripstein responde às críticas sobre direito e tutela. Em sua réplica, relembra que a objeção estruturou um cenário em que sempre que seus recursos são retirados de você, você os recebe de volta imediatamente do Estado, e sempre que você obtém recursos de outros, é compulsivamente expelido(a) pelo Estado. Nesse arranjo proposto, todas as pessoas teriam garantia de gozo de seus meios e nada mais do que seus meios. Assim,

⁵⁰⁶ (VALLENTYNE, 2018).

⁵⁰⁷ (VALLENTYNE, 2018).

⁵⁰⁸ “(1) public recognition of his wrongdoing and the resulting harm to the right-holder, (2) a public statement of regret, and (3) a public request for forgiveness” (VALLENTYNE, 2018, p. 7).

⁵⁰⁹ “Extremely strange to hold that the wrongdoer has no moral duty to rectify his wrong until the plaintiff has established the wrong in court” (VALLENTYNE, 2018, p. 7).

nenhuma perda ou benefício ficaria sem retificação, em termos normativos. No entanto, Ripstein considera que esse exercício se baseia em um mal-entendido quanto à natureza relacional dos direitos e sugere que a justificativa para tutela deve ser vista como a restauração de um direito anterior, não de uma distribuição antecedente⁵¹⁰.

Na visão de Ripstein, a tutela tem como objetivo demandar daquele infrator em particular que violou o direito. Dessa forma, a tutela não está a serviço de perdas e benefícios, bem como não tem a finalidade de garantir “que todos tenham suas próprias coisas; não está a serviço de um interesse não relacional na segurança da posse, nem na proteção da relação entre um proprietário e sua propriedade”⁵¹¹. Assim, os direitos ao corpo e à propriedade serão oponíveis contra todos (*in rem*), mas a tutela será precisamente ao infrator (*in personam*), porque fora este que violou o direito. É contra quem prejudicou que se busca a solução, uma vez que foi especificamente este agente que violou a relação de independência⁵¹².

Ripstein sugere que a objeção concebe o direito como uma relação entre uma pessoa e a coisa, por isso, o crítico enxerga a tutela apenas como restituidora das coisas às pessoas. A ideia norteadora, portanto, é que as pessoas continuem a ter suas coisas. Entretanto, para Ripstein, é o direito que sobrevive à própria violação, porque trata da relação entre as partes:

Se os direitos são concebidos relacionalmente, o direito sobrevive à sua própria violação, porque o relacionamento sobrevive, e a parte prejudicada ainda tem o direito de permanecer no relacionamento que o infrator violou. A parte prejudicada recebe uma tutela como substituta do objeto do direito, de modo a manter essa relação⁵¹³.

Ripstein também responde à acusação de que seu valor intrínseco da responsabilidade civil deveria ser complementado por considerações adicionais, como as de Darwall e Darwall. Como réplica, sustenta que o objeto de rejeição se refere à alegação dessa corrente de que o objetivo de uma ação de responsabilidade civil “deve ser atribuído à psicologia moral da responsabilidade e do reconhecimento, como se o conteúdo do direito fosse apenas a matéria-prima sobre a qual os rituais de um fórum público de

⁵¹⁰ (RIPSTEIN, 2018).

⁵¹¹ “That everyone has their own stuff; it is not in the service of a non-relational interest in security of possession, nor in protecting the relation between and owner and his or her property” (RIPSTEIN, 2018, p. 7).

⁵¹² (RIPSTEIN, 2018).

⁵¹³ “If rights are conceived relationally, the right survives its own violation because the relationship does, and the wronged party is still entitled to stand in the relationship that the wrongdoer violated. The wronged party receives a remedy as a substitute for the object of the right so as to uphold that relationship” (RIPSTEIN, 2018, p. 8).

responsabilidade poderiam operar”⁵¹⁴. A posição de Ripstein é que o litígio de responsabilidade civil não pode ser visto dessa maneira, como um fórum de responsabilidade. O autor, inclusive, argumenta que, se o objetivo fosse tal foro, a medida para responsabilizar o infrator seria sua culpabilidade, e não o direito violado⁵¹⁵.

Assim, por ter uma visão integrada entre direito e tutela, as considerações de Darwall e Darwall não são plausíveis para sua teoria. Ripstein nada mais disse em sua objeção, mas presumo que a menção aos autores em *Private Wrongs* não teve o intuito de contestar a explicação sobre responsabilidade. Na obra, ele chega a dizer que os aspectos da responsabilidade sustentados pelos autores “por mais importantes que [...] sejam em outros domínios da vida, eles não figuram em uma abordagem da base moral da lei de ilícitos privados”⁵¹⁶. Ou seja, abordagens que tratam de responsabilidade interpessoal (“*interpersonal accountability*”) encaixam-se em padrões amplos de pensamento, muito diferentes da proposição entre *misfeasance* e *nonfeasance* que trata de uma relação estreita sobre como as coisas se posicionam entre os direitos de duas pessoas⁵¹⁷.

Por isso, por mais importantes que sejam os espaços de responsabilidade interpessoal, de autocensura ou repreensão, nenhum deles é necessário ou suficiente para a responsabilidade civil. “A responsabilidade civil se preocupa com outra dimensão da vida moral, a ideia de que nenhuma pessoa está no controle de outra”⁵¹⁸, logo, você pode ficar chateado, ressentido por ações dos outros, mas, na ausência de ilícito legal, você não terá uma reclamação válida. Para Ripstein, “a lei de responsabilidade civil responsabiliza adequadamente as pessoas por algumas coisas das quais outras não se ressentirão”⁵¹⁹.

Seguindo na construção das respostas, Ripstein afirma que há um acerto no agrupamento de direitos primários e secundários; mas, segundo ele, “parece-me ignorar o sentido distinto em que os direitos sobrevivem à sua violação, o que torna a conversa sobre agrupar coisas díspares menos esclarecedora do que pode parecer”⁵²⁰. A objeção sustenta que os direitos primários e secundários se conectam, porque têm a *mesma base*

⁵¹⁴ “Is to be traced to the moral psychology of accountability and acknowledgement, as though the content of the right is only the raw material on which the rituals of a public forum of accountability might operate” (RIPSTEIN, 2018, p. 8).

⁵¹⁵ (RIPSTEIN, 2016, p. 283).

⁵¹⁶ “However important [...] are in other domains of life, they do not figure in an account of the moral basis of the law of private wrongs” (RIPSTEIN, 2016, p. 16).

⁵¹⁷ (RIPSTEIN, 2016, p. 16).

⁵¹⁸ (RIPSTEIN, 2016, p. 17).

⁵¹⁹ “The law of torts properly holds people accountable for some things that others will not resent” (RIPSTEIN, 2016, p. 17).

⁵²⁰ “(...) seems to me to overlook the distinctive sense in which rights survive their violation, which makes talk of bundling disparate things less illuminating than it might appear” (RIPSTEIN, 2018, p. 4).

normativa do direito de restringir a conduta de outra pessoa, contudo, na perspectiva de Ripstein, o agrupamento torna-se redundante⁵²¹.

Ripstein sustenta que direitos primários e secundários não devem “ser colocados juntos por algum tipo de razão política extrínseca; em vez disso, argumenta que é da natureza do direito — o direito de uma pessoa de restringir/dirigir a conduta de outra — que ele sobreviva à sua própria violação”⁵²². A previsão normativa do direito primário *fundamenta* o direito secundário, assim, a restrição à conduta alheia sobrevive, e o direito secundário à indenização apresenta-se como uma forma defeituosa do direito primário.

Por exemplo, sobreviverá o direito de uma pessoa caso seus meios não estejam disponíveis por estarem sujeitos à escolha do réu. A obrigação do réu de devolver as coisas à situação anterior será uma forma defeituosa do direito anterior violado. O direito sobreviverá à violação, uma vez que é de sua natureza. Isso difere, portanto, da concepção sustentada na crítica de que o direito primário é distinto do direito secundário, sendo ambos restaurativos de forma agrupada, de modo que, por exemplo, existem um direito primário contra o uso de minhas coisas e o direito secundário (reparador) de danos.

Respondida a objeção, Ripstein parte para a oposição quanto à possibilidade de ter direito a um objeto inexistente, ou seja, como o direito pode sobreviver à sua própria violação, quando o objeto foi destruído. Em primeiro lugar, o autor refuta o pensamento de que *Private Wrongs* oferece uma teoria proprietária de direito. Neste sentido, o direito de propriedade não é uma relação entre uma pessoa e uma coisa. “Se você pensar em um direito como uma relação entre pessoas, o direito de uma pessoa de restringir a conduta da outra de uma certa maneira, então o direito pode sobreviver à destruição do objeto do direito”⁵²³.

Destarte, como a responsabilidade civil trata da relação de direito entre pessoas, mesmo em casos de destruição da coisa, ainda há poder de exigir que se forneça um substituto para o objeto do direito. No mesmo sentido, “um direito pode preceder a criação do objeto do direito. Se eu prometo dar a você o primeiro tomate da safra do ano que vem, você tem direito a algo que ainda não existe”⁵²⁴. Nessa circunstância, mesmo que a coisa

⁵²¹ (RIPSTEIN, 2018).

⁵²² “Put together for some kind of extrinsic policy-type reasons; instead, I argue that it is the nature of the right – one person’s entitlement to constrain/direct the conduct of another – that it survives its own violation” (RIPSTEIN, 2018, p. 4).

⁵²³ “If you think of a right as a relation between persons, one person’s entitlement to constrain the conduct of the other in a certain way, then the right can survive the destruction of the object of the right” (RIPSTEIN, 2018, p. 6).

⁵²⁴ “A right can precede the creation of the object of the right. If I promise to give you the first tomato of next year’s harvest, you have a right to something that does not yet exist” (RIPSTEIN, 2018, p. 6).

nunca venha a existir, por exemplo, em razão da destruição de minha colheita, ainda haverá um direito e uma tutela como sua substituta.

Do ponto de vista de Ripstein, a resistência geral às ideias relacionais de *Private Wrongs* reflete um apego a uma concepção de que alguém só pode ser responsável por algo se for um agente responsável por aquilo. Essa visão atômica contrasta com a visão de Ripstein de que o direito de cada pessoa de ser independente da escolha de outra pessoa é normativo e relacional. Portanto, as normas relacionais não perdem seu significado quando são violadas, porque “em um sistema de direitos à independência recíproca em que nenhuma pessoa é responsável pelos meios de outra, os direitos organizadores devem sobreviver à sua própria violação”⁵²⁵.

Apesar de não responder diretamente aos outros questionamentos, essa réplica fornece os elementos do porquê Ripstein não concebe a possibilidade que terceiros tenham direitos de compensação contra o infrator, nem anua com indenizações punitivas. Há elementos suficientes na obra para afirmar que as objeções não se sustentam.

A responsabilidade civil se preocupa com os ilícitos, e não com os danos, e, quando um indivíduo causa ilícito no outro, há uma mudança na situação normativa que deve ser reparada através do fornecimento de um substituto por aquele infrator em particular. É aquele réu em específico que privou indevidamente o autor que precisa realizar uma transação corretiva para colocar o lesado no controle de seus meios. É na relação entre os dois que a tutela deve ser compreendida. Assim, não há razão para conceber a possibilidade que terceiros tenham direitos de compensação contra o infrator.

Além disso, as indenizações fornecidas por meio da tutela perante um tribunal devem apenas fazer como se o ilícito nunca tivesse acontecido, reparando a situação em termos de direito. A indenização, portanto, não tem como objetivo ser base indireta para fornecer incentivo, reduzir danos ou trazer algum benefício específico pelo Estado; a tutela apenas dará efeito contínuo às normas de conduta. Logo não há como, nos termos de Ripstein, anuir com indenizações punitivas.

As críticas, portanto, não enfraquecem as bases de Ripstein. Porém, deixam claras as proposições do autor quanto às limitações de sua teoria. A responsabilidade civil protege o *que cada um já tem* e está espacialmente relacionada entre as pessoas. Os ilícitos privados só serão corrigidos quando se tratar de situações em que a independência mútua for comprometida. Ripstein tenta deixar de fora quaisquer proposições além das

⁵²⁵ “In a system of rights to reciprocal independence in which no person is in charge of another’s means, the organising rights must survive their own violation” (RIPSTEIN, 2018, p. 5).

condições legítimas, como as preocupações com condições da vida social e política, distribuição de propriedade e moralidades sociais além do direito; não sei se com sucesso. Como sinalizado nas seções anteriores, questionarei a forma como Ripstein parece relegar reiteradamente questões para o terceiro estágio da ideia de independência. Os detalhes serão explorados no próximo capítulo.

5.5 O defeito na proposta de proteção “(a) o que você já tem” e a discussão sobre justiça distributiva

A presente objeção ataca o argumento de Ripstein de que a responsabilidade civil protege *o que você já tem*. Como visto no capítulo anterior, a responsabilidade civil pressuposta em *Private Wrongs* “não aumenta o que você tem ou protege *o que você tem* contra todos os perigos; *toma o que você tem como dado* e o protege apenas contra os atos dos outros”⁵²⁶. Essa pretensão parece ser uma reformulação da tese de que a responsabilidade civil trata da justiça corretiva, e não da justiça distributiva, porém, objeta-se que essa é uma ambição internamente e inerentemente falha⁵²⁷.

O primeiro ponto da crítica aponta que a questão sobre *o que você já tem* deve ser claramente diferenciada da questão sobre *até que ponto você é protegido*. Ou seja, deve ser possível determinar conceitualmente o que você tem, sem considerar as regras de responsabilidade civil. Se Ripstein diz que *o que você já tem* inclui seu corpo e sua propriedade, seria preciso entender quais reivindicações estão contidas nesse direito de propriedade. Essa discordância busca explicar que nada no mundo é naturalmente sua propriedade, pois o direito dispõe sobre como se apropriar, usar e transferir coisas. Logo, “quais reivindicações, privilégios, poderes e imunidades estão incluídos em seu direito de propriedade é uma questão contingente”⁵²⁸, validada por algum sistema normativo.

Assim, um sistema jurídico pode permitir que você use o objeto como achar melhor; exclua outros de usar o objeto; transfira em troca de algo; recupere quando privado dele ilegalmente; e peça indenização a qualquer um que o destrua. Entretanto, “nenhuma dessas reivindicações é conceitualmente necessária para a existência de seu

⁵²⁶ “It does not augment what you have, or protect what you have against all hazards; it takes what you have as given, and protects it only against the acts of others” (RIPSTEIN, 2016, p. 36).

⁵²⁷ (PAPAYANNIS, 2018).

⁵²⁸ “Which claims, privileges, powers and immunities are included in your property rights is a contingent matter” (PAPAYANNIS, 2018, p. 4).

direito de propriedade”⁵²⁹. Afinal, é o direito que vai constituir a propriedade, não a propriedade que constitui, por si só, o direito.

O mesmo argumento se aplica ao seu corpo. Em um sentido físico, seu corpo é seu, entretanto, no sentido normativo, na maioria dos sistemas jurídicos, você não tem permissão para vender seus órgãos, por exemplo. Assim, seu corpo é obviamente seu, mas está sujeito a considerações normativas que ditam o que é permitido ou proibido. Se as regras da responsabilidade são relevantes para definir o conteúdo do direito à integridade pessoal, *o que você já tem* depende em parte da responsabilidade civil, portanto, a função da responsabilidade civil não pode ser apenas a proteção de seus meios. Uma vez que a responsabilidade civil define os direitos que podem ser reivindicados e quais são os poderes e imunidades nas relações mútuas, então “não pode ser o caso de considerar esses *direitos como dados*”⁵³⁰.

Mesmo tendo proposto a via alternativa, reconhece-se que recorrer à distinção inicialmente proposta entre *o que você já tem* e *até que ponto está protegido*, ainda manteria a objeção levantada, porque é uma decisão política proteger o que você já tem com um regramento de responsabilidade subjetiva ou objetiva, por exemplo. Neste sentido, “um componente muito importante de seus meios é fornecido pelas proteções legais de que você desfruta”⁵³¹, o que, por consequência, constituirá proteções maiores ou menores às extensões daquilo que você possui.

Além disso, proteger corpo e propriedade também é uma decisão política de alocação de recursos, o que torna as considerações de justiça distributiva inevitáveis. Ou seja, as decisões judiciais tratam dos ilícitos privados, retificam as interações injustas acerca do que você já tem e, muitas vezes, acabam por estabelecer “um conjunto de direitos para estar livre de certas interferências, que são meios para todos os fins, bons para qualquer projeto que você queira perseguir em sua vida; e, portanto, sujeitos a considerações de justiça distributiva”⁵³². Contudo, Ripstein não deixa espaço para isso em sua teoria de responsabilidade civil.

⁵²⁹ “None of these claims is conceptually necessary for the existence of your property right” (PAPAYANNIS, 2018, p. 4).

⁵³⁰ “It cannot be the case that it takes these rights as given” (PAPAYANNIS, 2018, p. 4).

⁵³¹ “Very important component of your means is given by the legal protections you enjoy” (PAPAYANNIS, 2018, p. 5).

⁵³² “A set of rights to be free of certain interferences, which are all-purpose means, good for any project you want to pursue in your life and so subject to distributive justice considerations” (PAPAYANNIS, 2018, p. 5).

De maneira geral, a insatisfação do comentador tem como direção final a tese sobre *o que você já tem* e a função que a responsabilidade civil exerce. Ripstein parece considerar o direito ao corpo e à propriedade *a priori*, de modo que esses direitos não dependam de ajuste prévio, sendo desnecessária qualquer transação anterior para que você tenha o direito de me abster de tocá-lo(a) sem sua permissão ou de danificar sua propriedade por descuido. Entretanto, como sinalizado, isso traz uma série de implicações acerca da distribuição e da proteção da propriedade, desconsideradas em *Private Wrongs*.

Ripstein respondeu ponto a ponto aos seus comentadores, entretanto, o único aspecto que deixou de fora das suas réplicas foi a objeção sobre proteção ao que você já tem. Ao desconsiderar essa forte crítica, o autor de *Private Wrongs* deixa dúvidas sobre seu comprometimento com os pressupostos nos quais se ancorou.

O revisor não parece se aliar a nenhuma espécie de instrumentalismo, porém, considerando que os conceitos que figuram na responsabilidade civil na obra tratam de direitos privados que são protegidos e fornecem a base para tutela em caso de violação, é esperado que tais direitos e liberdades — base de *Private Wrongs* — sejam compreendidos da melhor maneira possível. Para que a ideia moral de que ninguém está sob o controle de outra pessoa se sustente, esperava-se uma resposta sobre até onde a tese de responsabilidade civil vai e quais as implicações para a justiça distributiva.

Essa objeção retoma as preocupações com um sistema de proteção à propriedade, através da responsabilidade civil, que é desigual por impossibilitar o exercício da liberdade externa de indivíduos que talvez não tenham os meios para definir e perseguir seus propósitos. Ao pressupor propriedade, e pressupor liberdade, deixa-se de considerar quais os efeitos da não distribuição para exercício da independência.

Talvez Ripstein não tenha respondido por considerar que sua tese é constitutiva e protetiva de responsabilidade civil. Isso significa que a obra marcou sua posição de que os direitos ao corpo e à propriedade são meios que cada um usa para perseguir propósitos e são, também, uma restrição à conduta dos outros. Neste sentido, presume-se que o autor entende que o argumento de que nenhuma pessoa precisa usar o próprio corpo ou propriedade da maneira que melhor se adequam aos propósitos preferidos do outro responde essencialmente aos questionamentos sobre distribuição.

Somado a isso, Ripstein já havia sustentado que a omissão a respeito da distribuição de propriedade na sua tese da responsabilidade civil é legítima porque nenhuma justificativa de propriedade é necessária para compreender os ilícitos contra a propriedade. Ou seja, na sua perspectiva, basta abordar a propriedade no sentido de

independência entre os indivíduos para que sua tese de responsabilidade civil seja compreendida.

Além disso, Ripstein chega a dizer o que se segue: “não nego que a doutrina jurídica às vezes fará diferença no valor de mercado de uma propriedade da pessoa. Tampouco nego que as leis de responsabilidade civil sejam parcialmente constitutivas dos direitos de propriedade”⁵³³. Ou seja, o autor admite que as ideias relacionais abstratas às quais a lei de responsabilidade civil dá efeito podem afetar o uso e aproveitamento da terra, podem aumentar ou diminuir o valor de algumas localidades. Entretanto, nega que os efeitos distributivos devam ser considerados na avaliação da regra jurídica. Para o autor, os direitos privados devem tratar exclusivamente de como as coisas estão entre as partes, ou seja, os efeitos na distribuição de benefícios e ônus pela sociedade não justificam esses direitos, nem devem estar a serviço de alguma distribuição desejada⁵³⁴.

De certa forma, a presente objeção reúne os principais pontos de análise selecionados para esta tese. As hipóteses propostas estão relacionadas ao exercício dos limites recíprocos, à garantia da independência dos indivíduos e, sobretudo, à própria distribuição de propriedade. Como visto anteriormente em *Force and Freedom*, a independência de ser constrangido pela escolha do outro, na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros, é o único direito pertencente a todas as pessoas em virtude de sua humanidade.

Uma das objeções chegou a sugerir a ampliação do conceito de direito inato para incluir as próprias instituições como ameaças à liberdade externa, por operarem de acordo com regras que priorizam a liberdade de alguns sobre outros. Assim com o escopo das relações de dependência privada ampliado, é possível notar casos mais estruturais de controle assimétrico. A proposta de responsabilidade de *Private Wrongs* esbarra nos mesmos problemas já analisados em *Force and Freedom*, visto que Ripstein parece relegar problemas estruturais e zonas cinzentas para o direito público, consolidando as assimetrias indicadas outrora pela crítica. A própria estrutura ameaça a liberdade externa quando protege a independência, sem considerar as diferenças do exercício de liberdade atrapalhadas por complexas realidades sócio-históricas e econômicas.

⁵³³ “I do not deny that legal doctrine will sometimes make a difference to the market value of a person’s property. Nor do I deny that the laws of tort are partially constitutive of property rights” (RIPSTEIN, 2018, p. 8).

⁵³⁴ (RIPSTEIN, 2018).

Como o direito ao corpo e à propriedade é considerado dado e protegido contra interferências alheias, pode-se questionar se a ausência de justificativa de propriedade é contornável em sua tese de responsabilidade civil. Como a sua teoria em *Private Wrongs* centra-se na ideia de que o direito à propriedade é o meio pelo qual cada um faz uso para perseguir propósitos, é necessário questionar se tais pressupostos de propriedade são compatíveis com sua tese de independência recíproca. No capítulo seguinte, testaremos se a premissa na qual o autor se ancora é suficiente.

CAPÍTULO 6 — (IN)CONSISTÊNCIAS ENTRE AS TEORIAS DA PROPRIEDADE E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DE ARTHUR RIPSTEIN

Após a exposição dos principais argumentos teóricos e objeções a Ripstein em *Force and Freedom* e *Private Wrongs*, busco analisar, neste capítulo, a (in)consistência entre as obras, examinando as implicações das reflexões aqui suscitadas para as hipóteses de pesquisa desta tese.

Para cumprir esse objetivo geral de pesquisa, irei testar a (in)consistência a partir das seguintes hipóteses: 1) a teoria da propriedade na qual Ripstein se ancora é suficiente para produzir um cenário em que os indivíduos ajam dentro dos limites recíprocos; 2) ao pressupor o direito ao corpo e à propriedade, a teoria de responsabilidade civil de Ripstein consegue ser suficiente para garantir que tais direitos sejam exercidos com independência; 3) ao considerar os direitos de propriedade como dados e justificados na independência entre os indivíduos, a estrutura racional básica falha ao não tratar da distribuição de propriedade e indica que algum instrumentalismo parece ser necessário; 4) Ripstein consegue fornecer uma teoria inteiramente fundada na ideia de liberdade como independência.

Neste capítulo, recorrerei às teorias da propriedade e da responsabilidade civil, resumindo e tensionando a consistência existente entre elas. A partir das *Figuras 05 e 06*, sumário os principais pontos de conexão e dependência de conceitos propostos pelo autor. Guiada pelas figuras e pelo resgate das objeções de comentaristas às obras feitas nos capítulos anteriores, buscarei estabelecer um argumento que justifique as conclusões obtidas nesta tese.

Este capítulo está dividido em três seções. Na primeira seção, trato da distinção entre direito inato e direitos adquiridos. Defenderei que não se pode conferir igual tratamento ao direito ao corpo (inato) e direitos de propriedade (adquiridos). Tensiono a necessidade de rever a explicação no que concerne ao segundo e ao terceiro estágios da ideia de independência, demonstrando que a vontade omnilateral precede a constituição conclusiva de direitos de propriedade, de modo que a ausência de contornos acerca do conceito de vontade unida cria fissuras na explicação de Ripstein.

Na segunda seção, exploro como essa fissura abre brechas para que outras finalidades, que não a liberdade como independência, possam macular a pretensão de Ripstein de fundar toda sua teoria na independência, visto que a verticalidade do Estado

pode propor condições de fundo para garantir a liberdade externa, o que pode ser feito por meio da promoção de outros fins inerentes aos poderes e deveres estatais.

Na última seção, analiso *o que você já tem*, buscando verificar a consistência interna entre as teorias da propriedade e da responsabilidade civil nas obras de Ripstein. Demonstrarei que as falhas quanto à definição de vontade unilateral reverberam em incertezas sobre o papel do direito público em restringir e garantir a operacionalização dos direitos à propriedade e a responsabilidade civil. Isso é um problema, porque, conforme argumentarei, o direito público compõe uma justiça de fundo que precede a responsabilidade civil, influenciando suas cinco características principais. Como resultado, concluo que, apesar de Ripstein não precisar de outros fins que não a liberdade para compor a sua teoria, o autor deixa espaço para que outros objetivos estejam presentes na responsabilidade civil. Por fim, retomo as hipóteses de pesquisa para confirmá-las, ou refutá-las em caráter conclusivo.

Defendo, neste capítulo, a minha tese de que Ripstein não consegue prover uma teoria inteiramente baseada na liberdade e, mais que isso, que, ao deixar de explicar os contornos e limites da autorização unilateral, não é possível aferir o que se pode exigir a respeito das decisões coletivas sobre distribuição de propriedade, bem como isso impacta a proteção através da responsabilidade civil. Assim, mesmo tentando desvincular a responsabilidade civil da propriedade no terceiro estágio da ideia de independência, as imprecisões deste terceiro estágio reverberam na responsabilidade civil.

6.1 A (inevitável) diferenciação entre Direito Inato e Direitos Adquiridos

Force and Freedom traz uma perspectiva inovadora ao propor uma teoria inteiramente baseada na liberdade como independência. Inspirado em Kant, Ripstein objetiva fornecer a independência como justificção da ordem legal e política. Ao buscar afastar-se de teorias instrumentais, o autor pretende, ao longo de toda a sua obra, estabelecer um argumento linear subdividido em três estágios que justificam a sua posição de que nenhum outro fim, que não a liberdade, como independência seria necessário para justificar as relações de direito entre as pessoas.

No primeiro estágio, a soberania de si, considerada a qualidade de ser seu próprio mestre, tem como ponto de partida o seu direito à sua própria pessoa. Assim, cada um deve exercer sua escolha de forma consistente com a liberdade dos outros. Para perseguir seus propósitos nesse sistema de igual independência, há direito, primeiro, ao próprio

corpo. Já no segundo estágio, Ripstein sustenta como o direito inato deve ser estendido para tornar seu uso compatível com a liberdade de cada pessoa, através dos direitos adquiridos. Essa extensão possibilita que as pessoas possam ter direitos a outras coisas além de seus próprios poderes corporais. Por fim, o terceiro estágio marca a necessidade de direito público para aquisição de propriedade, uma vez que são fundamentais as condições legítimas para estabelecer o sistema de direito privado.

Os problemas de (possíveis) inconsistências que aponto nesta tese tangenciam, a princípio, o segundo e terceiro estágios de sua explicação (*Figura 05*).

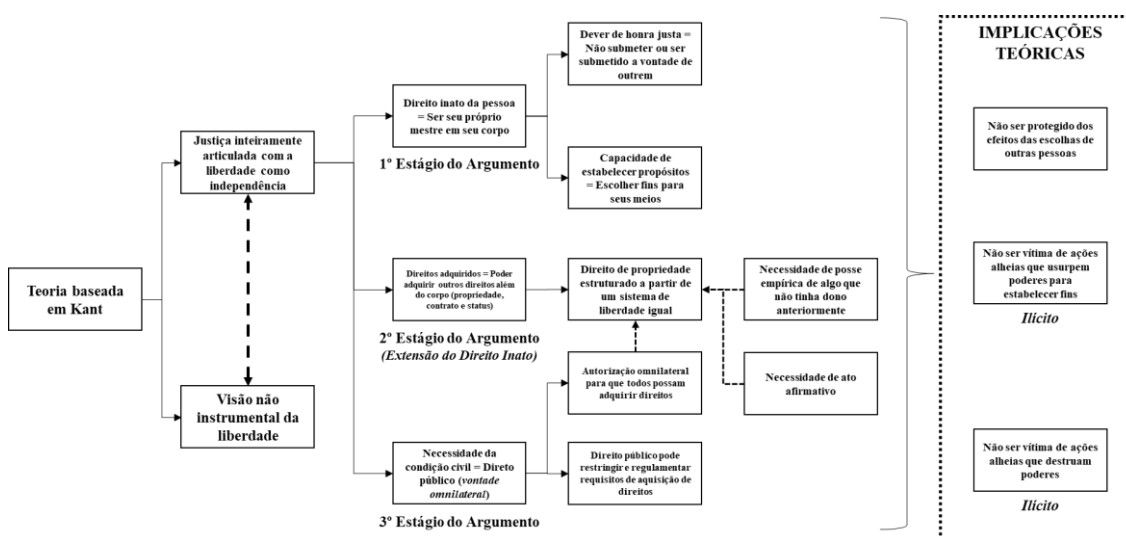


Figura 05: Rede de Conceitos Gerais em *Force and Freedom*

Fonte: Da autora, 2023.

Conforme é possível observar na *Figura 05*, o argumento traçado pelo autor parece, por si só, ser suficiente para justificar a capacidade do ser humano em ser seu próprio mestre, habitando seu próprio corpo, com total independência dos demais. Parece não haver dúvidas de que o primeiro estágio do argumento estabelece uma base justificatória consistente para a teoria proposta. É no seu corpo que você exerce sua existência; o corpo é um meio pelo qual todos nascem com algum nível de igualdade (todos os seres vivos possuem um corpo). É pelo corpo, neste sentido, que o sujeito exerce o seu dever de honra justa e sua capacidade de estabelecer propósitos para si. O corpo é a dimensão física mais evidente da existência humana e da capacidade de exercer sua liberdade. E, como tal, Ripstein considera que a defesa do corpo, mesmo em um estado de natureza, pode ser individual e autoafirmativa. Como o corpo é a única entidade igualmente distribuída, não surgem controvérsias sobre alocação de recursos a este respeito.

Ao incluir no direito inato a capacidade de definir e perseguir propósitos, Ripstein foi questionado pela literatura revisionista⁵³⁵ sobre o caráter relacional de sua teoria. Entretanto, mesmo com a inclusão dessa capacidade e do corpo no direito inato, este parece não ter perdido seu caráter relacional, pois não se trata de *ter capacidade de perseguir propósitos*, mas, sim, de *não ter os seus propósitos definidos por outrem que não eu mesmo*. Ser o mestre de si, em Ripstein, é o pressuposto da qual ele deriva todo o seu raciocínio posterior, e, até aqui, a questão parece estar resolvida.

O ponto controverso que resta em relação ao direito inato refere-se a uma certa imprecisão relacionada à interpretação de que a pessoa tem a propriedade sobre seu corpo. A abstração realizada é a de que a pessoa não seria uma manifestação corporal física, mas sim o corpo seria um meio (entre outros meios disponíveis) pelo qual alguém exerce seus propósitos. Em outras palavras, *eu não sou um ser existente em meu corpo, eu tenho meu corpo como um meio*. A relação *corpo-ser* e *corpo-ter* traz implicações teóricas significativas. Isso acontece porque o direito inato, nessa última condição, *faz o direito ao corpo equivaler à natureza jurídica de um direito de propriedade*. É com base nesse raciocínio que Ripstein, portanto, consegue estender o direito inato até os direitos adquiridos, que é uma forma pela qual uma pessoa obtém meios externos ao seu corpo (como propriedade, contrato e *status*) para estabelecer e perseguir seus próprios propósitos.

Como foi visto, a propriedade, o contrato e *status* são considerados direitos adquiridos, mas possuem diferenças significativas entre si. Enquanto a propriedade demanda um ato afirmativo oponível e unilateral diante dos outros, o contrato possui uma natureza bilateral e consensual; e o *status* trata do relacionamento entre pessoas de forma não consensual. Desses três tipos, para fins dessa tese, o enfoque está na propriedade, por se tratar de uma estrutura que possibilita que direitos sobre outras coisas além da própria pessoa possam ser adquiridos. É neste segundo estágio que vou me concentrar daqui em diante.

Ripstein, no segundo estágio do seu argumento, considera que direitos adquiridos estão relacionados à extensão da consensualidade do sujeito em definir seus próprios propósitos para si. Da mesma forma que eu *uso meu corpo* para perseguir meus fins, eu também *uso os meios externos* com o mesmo objetivo. Há uma consideração de equivalência em relação à utilidade dos meios. Contudo, existem diferenças substantivas

⁵³⁵ (FLIKSCHUH, 2010).

entre o direito ao corpo e o direito à propriedade porque direitos adquiridos impõem deveres negativos sobre o outro em relação a objetos externos comuns (da natureza), não disponíveis apenas em minha pessoa (meu corpo). A relação de imposição de dever como abstenção para o outro em relação aos objetos externos, disponíveis para todos em estado de natureza, é materialmente e significativamente diferente da relação de abster-se de violar o meu próprio corpo. Enquanto a defesa deste pode ser realizada de forma parcialmente conclusiva, a realização daquele depende de condições externas.

Para Ripstein, três passos são necessários: 1) apreensão, ou seja, tomar posse de um objeto de escolha no espaço e no tempo; 2) dar um sinal de minha posse sobre o objeto e de meu ato de escolha para excluir todos os outros dele; e, por fim, 3) a apropriação será um ato de uma vontade unilateral que permita, em condições de direito público, que uma pessoa tenha a possibilidade jurídica de adquirir objetos⁵³⁶. Aparentemente, as críticas a *Force and Freedom* pareceram aceitar o argumento de Ripstein de que o direito à propriedade é uma extensão do direito inato, sem levar em consideração as significativas diferenças em relação aos modos de aquisição de cada um e a natureza jurídica do vínculo existente entre uma pessoa e seu próprio corpo e a pessoa e um objeto externo. Em várias passagens do seu texto, Ripstein sustenta que nenhuma explicação de propriedade é necessária, uma vez que corpo e propriedade são colocados na linguagem de meios para definir e perseguir fins, sem necessidade de justificativa adicional.

Em *Force and Freedom*, Ripstein deposita a explicação de aquisição da propriedade na terceira etapa do argumento. Enquanto, no direito inato, a defesa do corpo não demanda ato afirmativo ou autorização unilateral, a propriedade demanda a existência de uma condição civil para sua validação. Essas diferenças fundamentam o que julgo ser a primeira inconsistência — o tratamento da propriedade não pode ser equivalente ao tratamento do corpo, pois a distinção entre os objetos de direitos deve ser levada em consideração para fornecer a melhor explicação sobre a relação do sujeito com seus meios, sem considerar, de forma acrítica, que todos os objetos externos são adquiríveis como extensão do direito inato.

O paralelismo presente em *Force and Freedom* também aparece em *Private Wrongs* quando o autor sustenta que a proteção é equivalente, inclusive considerando ambos como *dados*. Questiono se tal equivalência não seria falsa, visto que o direito inato ao corpo possui características distintas. Tal direito apresenta elementos de autodefesa no

⁵³⁶ (RIPSTEIN, 2009).

estado de natureza, e não demanda ato afirmativo ou autorização unilateral. Isso faz com que a responsabilidade civil não seja a única via de defesa do corpo. Entretanto, o ingresso na condição civil torna tudo equivalente, de modo que ambos (corpo e propriedade) recebem o mesmo tratamento quando a autorização unilateral confere proteção às duas categorias. Ainda que Ripstein considere sua teoria interpretativa — o que não é possível saber ao certo, uma vez que ele não se posiciona firmemente sobre sua metodologia —, há dúvidas se poderia haver equivalência à luz de uma teoria interpretativa da responsabilidade civil, e mais ainda uma equivalência de um ponto de vista puramente normativo.

A diferenciação que acontece em *Force and Freedom* entre corpo e propriedade se devia à necessidade de marcar o primeiro estágio (de estado de natureza), que carecia de proteção ao corpo para que o indivíduo se mantivesse vivo. Já no segundo estágio, dos direitos adquiridos como externos ao corpo, mostrou-se necessária a condição civil para sua aquisição. A princípio, após a condição civil, a instituição de legislativo, executivo e judiciário conferem proteção ao corpo e à propriedade através da responsabilidade civil de maneira paralela.

Entretanto, essa construção teórica de paralelismo entre corpo e propriedade deixa evidentes certas fragilidades do argumento quanto aos seus efeitos; se, por um lado, a propriedade se constitui originariamente pela condição civil, o corpo a seu turno, pode estar sujeito a limitações anteriormente inexistentes derivadas de considerações normativas. O exemplo dado pela crítica é a restrição da possibilidade de venda de seus próprios órgãos⁵³⁷. Nessa circunstância, o terceiro estágio da ideia de independência restringiu a liberdade pessoal. Isso significa que o conteúdo do direito à integridade pessoal, definido pela autorização unilateral, pode gerar cenários em que há menos liberdade que na condição anterior. Nos termos do próprio autor, o terceiro estágio da ideia de independência imporá restrições não baseadas na liberdade ao exercício do direito inato previsto no primeiro estágio.

Ainda que Ripstein tenha sustentado que partiu do Princípio Universal do Direito e que não pretende estabelecer critérios e nem responder a todas as questões possíveis, esse caso é um indicativo de que a condição civil nem sempre vem para garantir a liberdade como único fim, mas também outros objetivos para o corpo e a propriedade. Em outras palavras, a condição civil pode prever restrições *não* baseadas na liberdade

⁵³⁷ (PAPAYANNIS, 2018).

para uso, gozo e proteção do direito inato e dos direitos adquiridos. Há, portanto, outras necessidades ou objetivos na atuação do Estado.

Essa restrição no estágio da ideia de independência pode gerar um problema ainda maior que afeta a responsabilidade civil em *Private Wrongs*. A distinção entre corpo e propriedade demonstra que o primeiro pode ser explicado unicamente pela liberdade, enquanto a segunda demanda uma vontade omnilateral de natureza pública. Ambos, ao serem garantidos pela condição civil, também podem ser restringidos. Assim, as relações de direito privado que compreendem a propriedade e a responsabilidade civil poderão *não* ser explicadas unicamente com base na independência.

No caso específico da propriedade, há uma condicionalidade à adesão da condição civil para possibilitar sua aquisição — o que impõe um questionamento adicional quanto à necessidade e relação de anterioridade de um direito público ao direito privado na teoria de Ripstein. O autor sustenta que a aquisição de direitos externos é provisória até a confirmação da autorização omnilateral, estritamente pautada em direito público. Em outras palavras, o direito só é *conclusivamente conclusivo* mediante a autorização realizada pela condição civil. Este parece ser um argumento frágil em termos de constituição de direitos, visto que a validação e a capacidade de *enforcement* de um direito é dependente de uma ordem jurídica pública que a chancele. Essa questão será escrutinada a partir daqui.

6.2 Vontade Omnilateral e o dilema de Ripstein com o instrumentalismo

As questões discutidas na seção anterior levantam dúvidas adicionais sobre o direito de propriedade no segundo estágio da ideia de independência. Questiono aqui a necessidade desse segundo estágio no argumento. A argumentação de Ripstein, no campo da metafísica, propõe um estado de natureza como recurso para sustentar um sistema de relações puramente privado, que só produz efeitos na condição civil. Com isso, Ripstein busca explicar que esse estado, sua relação com a liberdade e suas violações características podem ser explicadas sem referência à legislação positiva.

No estado de natureza, que compreende tanto o primeiro quanto o segundo estágios de sua explicação, Ripstein se refere ao direito inato e aos direitos adquiridos como etapas de seu argumento. Como explorei na seção anterior, o direito inato ao corpo é autorrealizável e permite a autodefesa, o que estabelece uma base de mecanismos (ainda que frágeis) de proteção.

Contudo, o mesmo não pode ser dito em relação aos direitos adquiridos — mais especificamente, à propriedade, que é o que me interessa nesta tese. A aquisição do direito de propriedade é um ato complexo composto por três etapas: a posse do objeto, a declaração de escolha e a apropriação (como ato de vontade geral que submeta todos à minha escolha). O terceiro passo para criar um direito de propriedade em relação ao objeto requer o estabelecimento de uma estrutura pública de autoridade, que só está prevista no estágio seguinte, quando do direito público.

Tem-se, então, uma situação peculiar na explicação de Ripstein: para concluir o segundo estágio da ideia de liberdade como independência, é preciso iniciar o terceiro. O segundo estágio é, portanto, incompleto, pois não se pode falar em direitos constituídos sem a provisão de autorizações e garantias cuja fonte só pode ser o Estado, pois este é detentor da capacidade de colocar os indivíduos em uma condição legítima, uma condição na qual há o conjunto de direitos necessários e exigíveis para garantir a independência.

Há, assim, uma inconsistência na construção de Ripstein. O autor não pode falar em *direitos* adquiridos no segundo estágio, mas sim em *atos constitutivos unilaterais de direitos externos à pessoa*. Tais atos, ainda provisórios, só mudarão a situação normativa do outro na constância de uma *vontade omnilateral* autorizativa da propriedade, no terceiro estágio.

Com a sua explicação em três estágios, Ripstein não apenas falha em encadear os argumentos, mas gera confusão sobre que tipo de *direito adquirido* seria possível no segundo estágio, visto que, para a *conclusividade* do direito, seria necessária a condição pública que só virá a existir no terceiro estágio. Não há que se falar em direito de propriedade no segundo estágio, mas apenas atos unilaterais de apropriação, o que prejudica a ideia de que se trata de direitos adquiridos. Se o que Ripstein desejava era prover uma explicação sobre direitos adquiridos, deveria unificar o segundo e o terceiro estágio de seu argumento, considerando que o segundo necessita de um requisito que só estará presente no terceiro. Em outras palavras, a *propriedade conclusiva como direito* só pode ser derivada das garantias que o Estado, pelo direito público, pode prover. Nessa etapa, a vontade omnilateral autoriza a apropriação unilateral, garantindo a abstenção de interferência na propriedade alheia e impondo a resolução em disputas privadas.

Apesar da importância da vontade unida na explicação do autor, “Ripstein tem surpreendentemente pouco a dizer sobre a origem e a natureza da vontade omnilateral”⁵³⁸.

⁵³⁸ “Ripstein has astonishingly little to say about the origin and nature of the omnilateral will” (EDMUNDSON, 2010, p. 872).

Pode-se inferir da obra que uma das funções da vontade unilateral é tornar os direitos de propriedade exigíveis e dar, então, o direito de decidir como os objetos vão ser usados. O Estado serviria, assim, para dar *enforcement* às interações livres e recíprocas, e teria, como único fim, a liberdade. Por isso, o autor sustenta que outros valores como felicidade, bem-estar e eficiência, por exemplo, não fariam parte de sua finalidade.

Em meu argumento, aponte que o direito inato possui um nível frágil de proteção, enquanto os direitos adquiridos demandam a existência do Estado, logo, do direito público. Assim, a constituição do direito inato parece mais completa do que a do direito à propriedade, que demanda um ato de determinação e garantia estatal para sua constituição.

Por essa razão, demonstrarei a partir de agora que o *direito de propriedade deriva das finalidades existentes no Estado*, e que há controvérsias na teoria de Ripstein sobre a liberdade ser o único fim. Sustento que, *apesar de Ripstein não precisar recorrer a outros objetivos que não a liberdade para provar seu ponto*, a sua teoria ainda não é capaz de fundamentar a atuação do Estado inteiramente baseado na liberdade como independência, abrindo brechas para que outros objetivos sejam perseguidos, o que indica uma fraca rejeição ao instrumentalismo. Não pretendo sustentar que Ripstein oferece uma abordagem instrumental, mas que o *autor não fornece elementos para que sua rejeição ao instrumentalismo seja completa, especialmente no que tange à propriedade*.

Ripstein contesta o modelo de *direito público disfarçado* por este ter como foco a alocação de recursos aliado a uma agenda distributiva. Como via alternativa, o autor propõe um sistema de propriedade unificado, afirmando a necessidade de uma estrutura pública de autoridade. Tal estrutura é essencial, porque o ato afirmativo de aquisição da propriedade demanda uma autorização unilateral. Pode-se perceber que, apesar de Ripstein refutar o direito público disfarçado, também relega um papel essencial ao Estado, mas por vias e objetivos diferentes. Ripstein parece rejeitar o caráter distributivo e instrumental do primeiro modelo, mas não é capaz de conceber uma ausência do Estado na constituição do direito à propriedade, nem dar explicações adicionais sobre como a autorização unilateral vai atuar quando estabelece um sistema de cooperação obrigatória entre os indivíduos.

Somado a isso, em sua tentativa de considerar a liberdade como base para quaisquer outros direitos, Ripstein articula uma concepção liberal que é acusada de ser moralizada, por pautá-la como *direito* de usar os meios que uma pessoa possui e buscar

os propósitos que se tem⁵³⁹. A objeção sustentou que isso geraria uma tendência ao *status quo*, uma vez que os direitos positivos acabam por determinar os direitos morais. Neste sentido, as próprias regras de um sistema de liberdade poderiam gerar dominação. Logo, a austeridade do Estado poderia permitir, por exemplo, que considerações normativas sobre os meios gerem desigualdades.

Isso é particularmente preocupante, porque, como exposto no capítulo três, direitos de propriedade e regras que disciplinam os termos nos quais alguém pode adquirir alguma coisa podem ser ameaçados pela própria estrutura, sendo necessário considerar as condições institucionais que criam concentrações assimétricas de riqueza. Por mais que Ripstein tenha sustentado que circunstâncias concretas, como questões empíricas, antropológicas e sociais são *exigidas* pelo princípio do direito, mas não são *fornecidas* por ele, confessou que tais questões ficam relegadas ao campo da política para dirimi-las a partir da experiência do Estado. O autor assume que, somente ao efetivar o *princípio do direito* na condição de *princípio de política*, quando se administra o direito, é que se levam em conta tais fatores para criar um sistema de liberdade igual. Assim, os problemas de cada sociedade só apareceriam em termos de conceitos de direito para melhorar o sistema de liberdade igual, sendo, portanto, externos ao argumento.

Mais uma vez, Ripstein parece relegar problemas estruturais e zonas cinzentas para o direito público, situando-as em ponto específico e pouco significativo para sua explicação de direito. Mesmo com a limitação, insere em sua teoria a necessidade institucional de uma atuação estatal para prover uma liberdade compatível com a vontade compartilhada por todos. O autor considera que o Estado faz isso por meio, por exemplo, da tributação e da redistribuição. Assim, toda a justificativa de redistribuição econômica retorna, de maneira circular, à ideia de vontade omnilateral de *Force and Freedom*. É a vontade unida que ampara a forma como os poderes estatais podem, ao falar e agir por todos, realizar distribuição econômica e garantir igualdade de oportunidades para evitar novas formas de dependência.

Para Ripstein, a autorização omnilateral não é um instrumento de política pública, ou seja, não busca trazer resultados desejáveis ou equilibrar benefícios e interesses. Em vez disso, sua obra propõe um sistema que garante relações consistentes uns com os outros. Por isso, a autoridade pública não poderia impedir toda a aquisição de propriedade, pois isso seria limitar a liberdade. Contraditoriamente, o autor chega a

⁵³⁹ (VALENTINI, 2012).

afirmar ser indispensável que o Estado garanta condições àqueles sobre os quais exerce sua autoridade, inclusive, indicando algumas restrições aos direitos privados. Para garantir a liberdade como independência, há uma exigência da vontade omnilateral de tributação, redistribuição e preservação do meio ambiente, entre outras atuações citadas pelo próprio autor.

Ainda no capítulo três, foi possível sinalizar certa circularidade entre liberdade e autorização omnilateral, uma vez que a autorização surge no argumento não apenas como uma forma de impor uma restrição normativa às pessoas, mas também com outros poderes e obrigações para garantir uma condição de fundo. Ao conceber apenas o terceiro estágio como um sistema de direitos assegurado por uma vontade unida e, ao incluir, nessa vontade, objetivos outros que não a liberdade, Ripstein parece abrir espaço para que outras finalidades sejam abrangidas pelo sistema de direitos. A falta de delimitação sobre a vontade omnilateral não refuta fortemente o instrumentalismo, porque não apresenta como outros resultados não podem ser moralmente desejáveis pelo Estado ou, ao menos, necessários para as condições de fundo que o próprio autor julga como indispensáveis.

Por todas as aplicações da autorização omnilateral que podem ser pinçadas na obra, observa-se uma certa ambiguidade que decorre da indeterminação dos limites da vontade omnilateral e do papel do direito público em Ripstein. Como o autor não explica a fundo os limites e delineamentos da vontade unida, abre-se espaço para que outras finalidades além da liberdade como independência sejam perseguidas pelo Estado. A vontade omnilateral parece não vir desvinculada de objetivos políticos, pois, ao disciplinar e estabelecer critérios de aquisição de propriedade legítima, pode tutelar mais requisitos do que apenas aqueles impostos pela liberdade individual. Parecer existir, portanto, uma certa moralidade política embutida na vontade omnilateral ripsteiniana.

Percebe-se, mais uma vez, uma inconsistência na construção teórica de Ripstein, que emite uma série de objetivos como pano de fundo em seu argumento para resolver problemas de interação privada. Não fica claro se tais finalidades são acessórias, entretanto, não se pode negar que elas estão lá. Uma vez que o Estado possui a condição habilitadora da propriedade, os limites da importância de cada objetivo no argumento de independência deveriam estar mais claros na obra. Apesar do esforço do autor para demonstrar que tais elementos estão a serviço da liberdade, parece, ainda, nebulosa a sua negativa de que o Estado não deveria perseguir outros fins, quando realiza seus poderes e deveres.

Ao dotar o Estado de uma verticalidade e propor condições de fundo para garantia de independência, não ficou claro como tudo isso pode ser feito apenas com base na liberdade. Não se esperavam de Ripstein respostas sobre questões da vida prática, mas esperava-se que ele sustentasse o porquê de a liberdade como independência ser melhor, normativamente, que outros fins que poderiam entrar nessa competição de valores.

Não é sem razão que esse fundamento foi criticado fortemente em *Private Wrongs*, uma vez que a falta de problematização sobre propriedade e questões de distribuição insuficiente, derivadas da escolha de uma liberdade moralizada em detrimento de outros valores morais, podem reproduzir injustiças⁵⁴⁰. O vício de *Force and Freedom*, neste sentido, pode macular a responsabilidade civil por reproduzir assimetrias e tornar, eventualmente, necessários outros valores morais relevantes. Isso afeta as pretensões de Ripstein e confirma, em parte, minha terceira hipótese de pesquisa que preveu que, *ao considerar os direitos de propriedade como dados e justificados na independência entre os indivíduos, a estrutura racional básica falha ao não tratar da distribuição de propriedade e indica que algum instrumentalismo parece ser necessário*. Não considero que o instrumentalismo seja essencial a Ripstein, contudo, apesar de não precisar recorrer a outros objetivos que não a liberdade para provar seu ponto, a sua teoria ainda não é capaz de fundamentar a atuação do Estado unicamente baseado na liberdade como independência, abrindo brechas para que outros fins sejam perseguidos, o que indica uma fraca rejeição ao instrumentalismo.

6.3 “O que você já tem”: Propriedade e responsabilidade civil em Arthur Ripstein

Nas seções anteriores, analisei, desde a distinção entre direitos inatos e direitos adquiridos até a fraca rejeição de Ripstein ao instrumentalismo no âmbito da vontade unilateral. A partir de agora, buscarei traçar as implicações de tais argumentos na teoria de responsabilidade civil ofertada por Ripstein em *Private Wrongs*. Para isso, irei escrutinar como a teoria é afetada a partir da *Figura 06*. A figura sumariza os principais conceitos e conexões existentes entre as ideias do autor e suas implicações na noção de liberdade como independência.

⁵⁴⁰ (PAPAYANNIS, 2018).

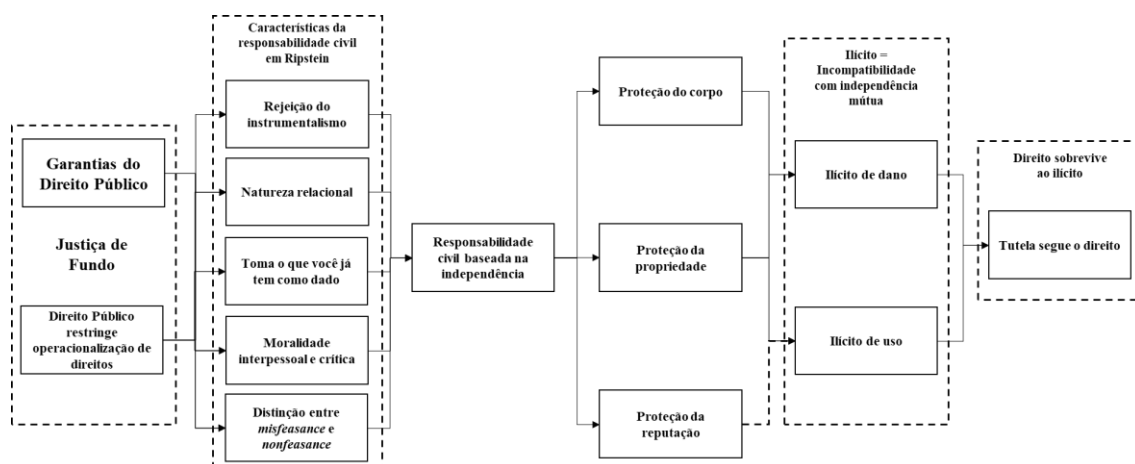


Figura 06: Rede de Conceitos Gerais em *Private Wrongs*

Fonte: Da autora, 2023.

Nesta figura, demonstro como questões do direito público são a base do que virá a ser a teoria de *Private Wrongs*. A responsabilidade civil proposta pelo autor é composta por cinco principais características e, alegadamente, opõe-se às visões instrumentalistas. Em Ripstein, como já explorado no capítulo quatro, a responsabilidade civil, fundada na independência, visa proteger o corpo (direito inato), a propriedade (direito adquirido) e a reputação (que Ripstein não se aprofunda em *Force and Freedom*). Uma particularidade que surge em *Private Wrongs* é que, ainda que as explicações do corpo e da propriedade sejam inclusas dentro de um mesmo tratamento, a proteção à reputação aparece de maneira apartada.

O ilícito, neste sentido, é considerado uma incompatibilidade com a independência mútua e pode ocorrer por meio de dano ou uso indevido dos meios de outrem. Na abordagem ripsteiniana, o direito sobrevive ao ilícito, e a tutela segue o direito, não restaurando a coisa, mas restaurando o direito violado. A função da sanção, portanto, não é punitiva e nem distributiva, mas busca apenas restituir o direito.

Como foi visto na seção anterior, Ripstein indica que é necessária uma justiça de fundo para que as pessoas livres busquem estabelecer e perseguir seus próprios propósitos. Até mesmo em *Private Wrongs*, Ripstein sustenta que essa justiça de fundo tem um caráter de cooperação obrigatória para evitar dependências privadas. Isso significa que não caberia ao Estado liberal prover justiça social por meio de educação, serviços públicos, saúde, apoio aos necessitados etc., mas, sim, significa que o Estado deve criar condições básicas para o exercício da liberdade. Por essa razão, o autor sustenta que o direito privado não deve servir a fins públicos e que todos esses mecanismos estariam fora da responsabilidade civil.

Nesta seção, sustento que Ripstein tenta separar o direito privado como campo autônomo em relação ao direito público, apartando-o, supostamente, de todos os demais objetivos públicos. Entretanto, ainda que a teoria de Ripstein não recorra a finalidades outras para explicar a responsabilidade civil, o autor parece ignorar que o direito público também determina o direito privado. Por isso, não é que a explicação de Ripstein recorra ao direito público, mas há uma brecha para que este, como manifestação da vontade unilateral, intervenha com outros objetivos na responsabilidade civil, para além da liberdade. O argumento que proponho nesta seção é que, *ainda que Ripstein não precise recorrer a outros fins que não a liberdade para provar seu ponto, sua teoria não parece ser capaz de prover uma explicação inteiramente baseada na liberdade sem levar em consideração finalidades imbuídas no Direito Público.*

Já fora discutido que o direito público tem dupla função: garantir e restringir a operacionalização de direitos. Tais implicações reverberam nas características da responsabilidade civil em Ripstein. *Private Wrongs* prevê um sistema de responsabilidade civil que *protege e constitui o direito* de cada pessoa usar o corpo e a propriedade como achar adequado, consistente com o direito dos outros de fazer o mesmo. Esse sistema deriva da condição civil, pois é uma das funções do terceiro estágio da liberdade como independência. Neste sentido, a obra não instância a responsabilidade civil apenas como cerne de justiça corretiva, mas apresenta os ilícitos privados como incompatíveis com a independência mútua. Desse modo, Ripstein tenta se afastar da tradição instrumentalista e pretende justificar toda a responsabilidade civil na ideia de liberdade.

Entretanto, sustento que, uma vez que a responsabilidade civil deriva da terceira etapa da liberdade como independência, todas as implicações relacionadas ao fraco instrumentalismo anteriormente mencionadas podem ser resgatadas aqui, no momento de discussão da responsabilidade civil; o que indica que *Private Wrongs*, apesar de tentar se fechar à tutela do direito, abre espaço para outros objetivos que não este. Ripstein assume que não busca provar que um instrumentalismo é impossível, mas que este não seria necessário. O autor parece afirmar que não tem dúvidas sobre a possibilidade de construir uma teoria da responsabilidade civil com objetivos instrumentais, mas que almeja oferecer uma abordagem de responsabilidade civil que não seja instrumento de política para concretização de algum fim, como maximização de riqueza, eficiência, bem-estar, ou mesmo distribuição. Contudo, questiono essa pretensão do autor. A partir daqui, irei analisar as implicações de sua decisão metodológica nas características da responsabilidade civil de *Private Wrongs*.

No que se refere à dimensão relacional da responsabilidade civil, há que se notar uma forte consistência da natureza das relações recíprocas tanto em *Force and Freedom* quanto em *Private Wrongs*. Para Ripstein, a ideia moral de independência protegida pela responsabilidade civil impõe que cada um use os próprios meios para seus próprios fins, de modo que não haja inconsistência entre esses usos. Neste sentido, o pressuposto de propriedade em *Force and Freedom* parece estar compatível com a proteção que a responsabilidade civil confere à independência em *Private Wrongs*. Na visão de Ripstein, o direito de cada pessoa ser independente da escolha do outro é, assim, normativo e relacional. A responsabilidade civil terá o papel de proteger os meios, estando espacialmente relacionada entre as pessoas. Os ilícitos só vão surgir e deverão ser corrigidos quando essa independência for comprometida.

Dessa forma, as teorias são bastante consistentes. O dever de indenização existe porque possuo um dever com você de não violar seu corpo e sua propriedade. Logo, meu dever não seria com a coisa, mas com a pessoa. Por isso, Ripstein não teve nenhuma dificuldade em refutar os críticos que desafiaram a sua visão de que os ilícitos sobrevivem à própria violação⁵⁴¹. A teoria proposta deixa muito claro que, mesmo quando as coisas são danificadas, ou usadas indevidamente, ainda haverá o poder de exigir que se forneça um substituto ao direito. A tutela perante o tribunal repara a situação em termos de direito e faz com que o ilícito nunca tivesse acontecido. Por isso, exatamente, é que a indenização em *Private Wrongs* não contempla as indenizações punitivas ou tem finalidades outras.

Esse sistema de responsabilidade civil deixa clara a tentativa de Ripstein de proteger *o que você já tem*, considerando ilícitos privados apenas situações em que a independência mútua é comprometida. Dessa forma, o autor tenta deixar de fora preocupações como condição da vida social e política, distribuição de propriedade e moralidades sociais além do direito, relegando-as ao direito público. Acontece que essa independência protegida pela responsabilidade civil *toma o que as pessoas já têm como dado*, o que parece ignorar as fragilidades das questões apontadas tanto na primeira quanto na segunda seções deste capítulo.

Ripstein ignora, por exemplo, questões relacionadas à distinção entre corpo e propriedade; ignora, também, a necessidade de uma explicação sobre a aquisição e formas de distribuição da propriedade. Na visão crítica que proponho, a propriedade deriva dos objetivos inerentes à vontade unilateral. Portanto, entendo que Ripstein se evade de

⁵⁴¹ (VALLENTYNE, 2018).

discutir questões fundamentais em *Private Wrongs*, abrindo brechas para que outras finalidades, que não a liberdade, sejam protegidas por arrastamento quando da autorização unilateral. Portanto, se a vontade unilateral pode impor, por questões de proteção à liberdade, restrições na aquisição, no uso e no gozo da propriedade, por consequência, também poderá impor à responsabilidade civil maiores encargos do que a mera proteção da independência mútua.

Quando Ripstein afirma que a sua abordagem de propriedade é omissa à questão acerca de o que os cidadãos devem fazer enquanto um corpo coletivo, o autor acaba contradizendo o terceiro estágio da ideia de independência, porque lá ficou marcada a necessidade de que os cidadãos entrassem em consenso sobre como os direitos adquiridos deveriam ser institucionalizados por meio da atuação do Estado. Mais uma vez, ao deixar de explicar os contornos e limites da autorização unilateral, não é possível saber com certeza o que se pode exigir a respeito das decisões coletivas sobre distribuição de propriedade e como isso impacta a proteção através da responsabilidade civil. Assim, mesmo tentando desvincular o direito privado da propriedade no terceiro estágio da ideia de independência, as imprecisões deste estágio reverberam na responsabilidade civil.

Nesse quesito, tendo a concordar com a crítica quando esta afirma que as instituições podem constituir ameaças à liberdade externa ao propor e aplicar regras que consolidam assimetrias de dependência de alguns sobre outros⁵⁴², perpetuando concentração de renda e riqueza, por exemplo. Logo, não é difícil conceber que a própria estrutura pode apresentar ameaças à liberdade externa ao conferir proteção à independência, sem considerar as complexas realidades sócio-históricas e econômicas que agravam a dominação entre os indivíduos.

Até mesmo Ripstein, resistente em prover uma justificativa para propriedade, considerando-a desnecessária para compreender os ilícitos, admite que ideias relacionais abstratas às quais a lei de responsabilidade civil dá efeito podem afetar o uso e aproveitamento da terra, bem como podem aumentar ou diminuir o valor de algumas localidades. Logo, não é fácil se desviar da justificativa de propriedade e de sua distribuição quando da avaliação da regra jurídica. Se a responsabilidade civil faz um controle simétrico, há de se ter atenção para que as assimetrias resultantes de injustiça estrutural anterior não sejam consolidadas.

⁵⁴² (HASAN, 2018A).

Em certa medida, este ponto reúne as principais inquietações que inspiraram esta tese, uma vez que as hipóteses propostas estão relacionadas ao exercício dos limites recíprocos, à garantia da independência dos indivíduos e, sobretudo, à própria distribuição de propriedade. Ao sustentar uma moralidade crítica relacional, Ripstein estabelece que os meios jurídico-institucionais são capazes de determinar uma moralidade e torná-la obrigatória. Ao institucionalizar uma moralidade através de um corpo de direito positivo, pode-se gerar mais ou menos liberdade a partir dos limites impostos pelo próprio Estado. A depender do regramento imposto, das realidades sociais e econômicas, das distribuições de propriedade, a responsabilidade civil proposta por Ripstein pode consolidar assimetrias que comprometem a independência.

Discordo de Ripstein quando o autor sugere que sua omissão a respeito da distribuição de propriedade na sua tese de responsabilidade civil é legítima porque nenhuma justificativa da propriedade seria necessária para compreender os ilícitos contra a propriedade. Entendo que efeitos distributivos podem estar implícitos na avaliação da regra jurídica de responsabilidade civil à medida que derivam da justiça de fundo e das normas de direito público que antecedem tais regras (*Figura 06*).

Quando a crítica⁵⁴³ sustentou que nada no mundo deve ser considerado naturalmente sua propriedade — pois o direito dispõe sobre como se apropriar, usar e transferir coisas —, não levou em consideração a própria inconsistência, agora identificada nesta tese, entre a ideia de vontade unilateral de *Force and Freedom* e as implicações derivadas em *Private Wrongs*. A crítica, que parecia ser mais externa do que interna, na verdade, mostrou-se derivada de imprecisões nos contornos e limites do que seria uma vontade unilateral. Ripstein, ao assumir a existência de uma influência anterior à responsabilidade civil de uma justiça de fundo que não apenas oferece garantias, mas impõe restrições à operacionalização de direitos, transpõe muitas falhas da primeira obra na segunda. As regras constantes do direito público parecem ter uma importância fundamental neste momento anterior, porque se trata de decisões políticas de instituir e proteger a propriedade por meio de regramentos. Em outras palavras, da mesma forma que existe uma decisão política de instituição da propriedade, há também uma decisão política de protegê-la, estabelecendo os limites desta proteção conforme os contornos da vontade unilateral.

⁵⁴³ (PAPAYANNIS, 2018).

Um ponto a ser observado na crítica é em relação à necessidade de consideração de questões distributivas dentro do direito privado. Em sua explicação, Ripstein se ancora em um valor moral específico, que não recorre a outros valores. Para estabelecer uma linha de raciocínio em relação à propriedade e à responsabilidade civil, *Ripstein não precisou* recorrer ao instrumentalismo e a questões distributivas. Isso *não significa, todavia, que sua teoria está fechada* a essas questões. Por isso, como apontei, a sua imprecisão torna necessário situar qual é o papel do direito público em delimitar até onde as questões distributivas vão impactar tanto o direito de propriedade quanto a responsabilidade civil, o que parece não ter sido a preocupação do autor.

Analisei no capítulo cinco que, ao levantar o problema do valor intrínseco, a crítica sustentou que não estava claro se a responsabilidade civil baseada na independência não tinha um valor intrínseco, ou, se tivesse, quais seriam as razões para que outros valores socialmente importantes não pudessem fazer parte da competição⁵⁴⁴. Ripstein defendeu que a linguagem do valor intrínseco nada acrescentaria, porque seu objetivo seria articular os direitos que são protegidos de forma sistemática. Todavia, ao efetivar a moralidade relacional do direito privado, há uma competição de valores que parece ser definida pela vontade unilateral. Esta *pode ou não escolher* a liberdade como independência como valor central norteador do direito privado e, por consequência, da responsabilidade civil. Mesmo tendo a liberdade como fim, é difícil ver como os poderes e deveres dessa atuação estatal não teriam outros objetivos.

Se este argumento estiver correto, e o direito de propriedade for viabilizado e garantido por uma vontade unilateral que segue uma moralidade política dotada de fins públicos, então a tutela do direito de propriedade, por derivação, também é um ato dotado de moralidade política para além da mera garantia de direitos. Em outras palavras, garantir o direito de propriedade pela responsabilidade civil não seria apenas garantir o que é seu, mas também garantir alguma moralidade política fundante da propriedade.

Um possível sintoma deste argumento foi notado outrora pela objeção a *Private Wrongs*. No capítulo cinco, foi criticada a imprecisão do tipo de moralidade invocado por Ripstein na obra⁵⁴⁵. Naquele momento, sustentou-se que, enquanto decisões judiciais são guiadas por uma moralidade social, ou seja, juízes tendem a levar em consideração as crenças morais presentes na sociedade, Ripstein torna obrigatória, por meios jurídico-institucionais, uma moralidade crítica. Isso significa que o autor adere a uma moralidade

⁵⁴⁴ (PAPAYANNIS, 2018).

⁵⁴⁵ (VALLENTYNE, 2018).

crítica e interpessoal, que busca um padrão externo para avaliar as condutas sociais, lidando com situações em que os direitos privados tangenciam reivindicações exigíveis entre pessoas.

Questiono, neste sentido, se a diferença entre a moralidade crítica desejada e a moralidade social adotada não deriva do exercício da moralidade política constante na vontade unilateral, que, em última instância, manifesta-se no direito público. Ripstein recebe várias acusações de ser conivente com o *status quo*, decorrentes, entre outras razões, de sua posição pela moralidade crítica, que poderia preconizar um modo de agir do Estado em defender, por meio da responsabilidade civil, concentrações de riqueza que ameacem a liberdade externa.

As mesmas implicações desse argumento foram ressaltadas quando, por exemplo, a crítica ilustrou a situação de imoralidade inerente em não salvar um bebê quando as condições fossem minimamente custosas para o agente, sem prejuízo de seus meios⁵⁴⁶. Tal exemplo foi utilizado para questionar a distinção proposta por Ripstein entre *misfeasance* e *nonfeasance*. Ripstein, ao propor esses conceitos como princípios estruturantes gerais dos direitos privados ao corpo e à propriedade, buscou refutar a teoria de interesses como base de proteção de direitos por meio da responsabilidade civil. Em um primeiro olhar, tal explicação é consistente com sua base teórica estabelecida desde *Force and Freedom* até *Private Wrongs*, pois a liberdade como independência demanda que nenhuma outra pessoa tenha direito de definir por mim o que eu faço com os meus próprios meios. Entretanto, o questionamento que lanço à obra do autor endossa, por vias distintas, as objeções levantadas pela crítica.

Na leitura de Ripstein, a independência protegida pela responsabilidade civil não serve para aumentar o que uma pessoa tem, nem para proteger o que alguém tem contra todos os perigos, mas sim toma o que você tem como dado e o protege de atos dos outros. Como exposto anteriormente, a ideia de responsabilidade civil é levada para o campo relacional, de modo que uma pessoa não possa fazer algo com outra. O interesse em *misfeasance* no campo da responsabilidade civil, portanto, remonta à mudança do campo de visão a respeito do conteúdo do que é um direito privado, retirando a atenção entre um direito e um objeto, e dando maior enfoque na relação entre as pessoas. Neste sentido, eu não posso ser culpada por um ato que eu não cometi contra os meios de outra pessoa.

⁵⁴⁶ (PAPAYANNIS, 2018).

Essa seria a razão pela qual seria desobrigada, em tese, a salvar um bebê em apuros, porque não fui eu quem causou isso ao bebê.

Essa parece ser uma forma muito controversa — até mesmo perturbadora — de enxergar a responsabilidade civil. A leitura que faço da vontade unilateral permeia as características da responsabilidade civil, maculando-a pela terceira etapa da explicação de liberdade como independência, fazendo com que Ripstein, *apesar de não precisar de outros fins que não a liberdade para provar seu ponto, deixa espaço para que outros objetivos estejam presentes na responsabilidade civil*. Nessa linha de raciocínio, é possível conceber que a autorização unilateral possa trazer uma moralidade política na qual *misfeasance* e *nonfeasance* sejam regulamentados considerando outros objetivos que não a liberdade. Esta seria a base lógica, inclusive, para que a lei determine quando há ou não dever de indenizar. Ou mesmo, é nessas circunstâncias que se estabelecem situações de responsabilidade civil objetiva, por exemplo, a depender dos fins públicos delimitados no campo do direito.

Ao revisitar todas as cinco características da responsabilidade civil em *Private Wrongs*, não posso deixar de reconhecer que há uma linha consistente de reflexões e desencadeamento das ideias em Ripstein. Da análise da sua explicação em ambos os livros, é notória uma linearidade de pensamentos que alcançam as conclusões lógicas obtidas pelo autor. Em minha argumentação, não busco apontar a questão da vontade unilateral como uma *fragilidade* em sua teoria, mas uma *imprecisão* que permite questionamentos sobre a extensão da validade de suas conclusões. A falta de contornos e delineamentos sobre a vontade unilateral, transposta para a responsabilidade civil por meio da justiça de fundo e da imposição de cooperação obrigatória, lança dúvidas em relação aos limites do quão a responsabilidade civil pode ser explicada somente fundamentada na ideia de liberdade.

Conforme aponte, as dúvidas relacionadas à distinção entre direito inato e direitos adquiridos, a controvérsia derivada da confusão entre o segundo e o terceiro estágio da explicação da liberdade baseada na independência e a falta de uma determinação sobre o que seria a vontade unilateral (e seus limites) reverberam em cada uma das cinco características da responsabilidade civil ripsteiniana. Apesar de acreditar que meus questionamentos não desconfiguram a sua teoria, questiono a capacidade da explicação de Ripstein alcançar os resultados que autor pensa ter alcançado, exclusivamente fundamentando-se em um ideal de liberdade como independência.

Portanto, considerando as questões relacionadas *ao que você já tem*, rejeito a primeira hipótese de que *a tese da propriedade na qual Ripstein se ancora é suficiente para produzir um cenário em que os indivíduos ajam dentro dos limites recíprocos*, uma vez que existem questões de direito público subjacentes que criam dúvidas sobre os contornos do direito de propriedade, conforme os poderes e deveres preconizados pelo poder estatal.

No mesmo sentido, rejeito a segunda hipótese de que, *ao pressupor o direito ao corpo e à propriedade, a teoria de responsabilidade civil de Ripstein consegue ser suficiente para garantir que tais direitos sejam exercidos com independência*, uma vez que a indefinição da vontade unilateral gera imprecisões sobre o papel da justiça de fundo que precede a proteção dos meios pela responsabilidade civil. Desse modo, maiores explicações são necessárias em relação ao exercício das liberdades externas através da propriedade. Considerando a tendência de uma moralidade política tendente ao *status quo* e a existência de ameaças estruturais à liberdade externa, a teoria de Ripstein não responde satisfatoriamente a essas questões.

Como sustentei anteriormente, também rejeito parcialmente minha terceira hipótese de pesquisa que previu que, *ao considerar os direitos de propriedade como dados e justificados na independência entre os indivíduos, a estrutura racional básica falha ao não tratar da distribuição de propriedade e indica que algum instrumentalismo parece ser necessário*. Não considero que o instrumentalismo seja essencial a Ripstein, contudo, apesar de não precisar recorrer a interesses, necessidades ou valores materialmente definidos, a sua teoria ainda não é capaz de fundamentar a atuação do Estado unicamente baseada na liberdade como independência, abrindo brechas para que outras finalidades sejam perseguidas, o que indica uma fraca rejeição ao instrumentalismo. Confirmando, ao fim, a primeira parte dessa hipótese, pois considero que a falta de problematização sobre propriedade e questões acerca da distribuição de propriedade, derivadas da escolha de uma liberdade moralizada em detrimento de outros valores, pode reproduzir injustiças. Assim, a estrutura racional básica falha por abrir espaço para que a responsabilidade civil reproduza assimetrias.

Por fim, refuto a quarta hipótese da pesquisa de que *Ripstein consegue fornecer uma teoria inteiramente fundada na ideia de liberdade como independência*. A indeterminação dos limites da vontade unilateral e do papel do direito público abre espaço para que outros objetivos, além da independência, sejam perseguidos pelo Estado. A vontade unida parece capitanear finalidades políticas ao estabelecer critérios para

aquisição de propriedade legítima, para além da liberdade como único fim. Mais uma vez, embora Ripstein não precise recorrer a outros objetivos que não a liberdade para provar seu ponto, a teoria fornecida não provê uma explicação inteiramente baseada na liberdade.

CAPÍTULO 7 — CONCLUSÃO

A pergunta que guiou esta tese foi: *em que medida há consistência entre a teoria da propriedade desenvolvida por Arthur Ripstein em Force and Freedom e sua teoria de responsabilidade civil defendida em Private Wrongs?* Para responder a essa pergunta de pesquisa, percorri o seguinte percurso.

Com vistas a cumprir meu primeiro objetivo específico, qual seja, *compreender os elementos centrais da ideia de liberdade como independência, elucidando a tese ripsteiniana de que o direito de propriedade é estruturado pelo requisito básico de um sistema de liberdade igual*, desenvolvi o argumento da maneira a seguir.

Expliquei, no segundo capítulo, que *Force and Freedom* busca se afastar de abordagens instrumentalistas e pretende sustentar que a liberdade como independência é inteiramente articulada como fundamento para definição, especificação e condicionamento de direitos e prerrogativas dos indivíduos. Apresentei, também neste capítulo, os três estágios da ideia de independência.

Descrevi que o primeiro estágio, o direito inato de humanidade, concede direito à sua própria *pessoa*, o que inclui direitos corporais e a capacidade de perseguir propósitos, isto é, a independência de cada um para determinar e perseguir seus fins, estabelecendo limites recíprocos de conduta, sem necessidade de atos afirmativos adicionais. Contudo, por considerar essa forma de independência incompleta, Ripstein sustentou ser necessário estender direitos a outras coisas, para além dos poderes corporais.

Assim, no segundo estágio da ideia de independência, foram apresentados os direitos adquiridos, como as relações de propriedade, contrato e *status*, criados por meio de relações legítimas através de atos afirmativos. Expliquei que a estrutura de um direito de propriedade possibilita que haja direitos sobre outras coisas além da própria pessoa, pois, assim, o indivíduo passa a ter poderes e meios externos à disposição para realizar seus propósitos. A propriedade em *Force and Freedom* não faz referência à necessidade, à escassez ou à distribuição, porque a interferência na propriedade é concebida como interferência na liberdade. Assim, ao argumentar que a estrutura de propriedade é unificadora, fundamentá-la no estabelecimento e na busca de propósitos, o autor apontava que é necessária a posse empírica do objeto conjugada com uma autorização unilateral em condição de direito público.

Por essa razão, conforme expliquei, é apenas no terceiro estágio que os indivíduos conseguem usufruir dessa independência de forma consistente. Executivo, Legislativo e

Judiciário fornecem condições legítimas para estabelecer o sistema de direito privado. É no estado civil que a propriedade é adquirida conclusivamente. Esse estágio busca oferecer a solução para os defeitos do estado de natureza. O Estado é posicionado como solução para os problemas da interação privada, inclusive se ocupando de poderes e obrigações como tributação e redistribuição para impedir que direitos de propriedade gerem novas formas de dependência.

Para cumprir meu segundo objetivo de pesquisa, que era *apresentar e analisar as principais objeções direcionadas a Force and Freedom, bem como discorrer sobre as réplicas de Ripstein, escrutinando a concepção de justiça apresentada*, tracei uma linha de raciocínio a partir do terceiro capítulo. Construí um estado-da-arte de oposições em relação a *Force and Freedom* e testei a força das críticas em relação às hipóteses desta pesquisa, ainda que forma tangenciada, para sinalizar até que ponto a teoria de Ripstein conseguiria resistir.

A primeira crítica tratou do impasse do conceito amplo de direito inato. A primeira parte suscitou que a inclusão da capacidade de perseguir propósitos no direito inato lançaria dúvidas de que as exigências são reciprocamente coercitivas. Expliquei que a interpretação é falha, porque não se trata do livre exercício da capacidade de perseguir propósitos, mas sim do direito relacional de impedir que outro o faça por você. A segunda parte da objeção sustentou que a inclusão do controle sobre o uso do próprio corpo no direito inato obscurece a distinção entre direito inato e direito adquirido. Expliquei que essa autorização de autodefesa serve para repelir aqueles que invadem o espaço ocupado pelo corpo. Ainda que esses direitos não sejam conclusivos, são necessários para a manutenção da integridade e existência. Apesar de não fragilizar as pretensões de Ripstein quanto aos limites recíprocos e exercício de independência, apontei nessa seção que era possível perceber as diferenças significativas e fundamentais entre direito ao corpo e direito à propriedade.

Na objeção seguinte, tratei do vício de circularidade da liberdade como independência. O conteúdo da crítica foi dividida em três partes. A primeira parte da objeção sustentou que, se a interação entre pessoas envolve, ou não, violação de liberdade, seria necessária uma explicação apartada sobre o direito das pessoas para definir o que é liberdade como independência. A segunda parte da objeção considerou que a ideia de liberdade como independência, nos termos de Ripstein, não seria uma interpretação atraente de liberdade, pois concebe uma moralidade política tendenciosa ao *status quo*; além de criar um cenário inválido de justiça. Na terceira parte da objeção, Ripstein foi

criticado por pressupor, em vez de explicar, os conceitos de *sujeitar* e *afetar* para caracterizar o que constitui ilícitos. Como o autor depende dessa distinção, foi questionada a importância moral entre ações que sujeitam os propósitos dos outros às nossas escolhas e ações que meramente afetam o contexto em que os outros perseguem seus propósitos. O que as três críticas almejavam era estabelecer uma explicação prévia de direitos que seriam protegidos (por exemplo, através de uma teoria da justiça). Como a liberdade como independência não poderia suportar o ônus justificatório que lhe é exigida, seria necessária a definição de direitos antecedentemente.

Vimos que Ripstein encaminhou sua resposta no sentido de que propõe um sistema maior de direitos, desenvolvida por meio de estágios sequenciados de argumentos, os quais são dotados de indeterminação para prover conceitos de direitos abstratos que fornecem recursos para resolver as particularidades. Expliquei que a réplica mantinha a pretensão de Ripstein de oferecer uma teoria inteiramente fundada na ideia de liberdade como independência, havendo consistência com seu projeto como um todo, porque seria apenas no terceiro estágio que se constituem as relações legítimas para um sistema de direitos; o que dispensava um sistema de direitos prévios definidores de liberdade.

Entretanto, conforme sinalizei, aparentemente, a autorização não se apresentava apenas como uma forma de impor restrição normativa às pessoas, mas também com outros fins. Ao mesmo tempo que esta leitura faz desnecessária uma teoria externa de justiça, a explicação de Ripstein fez emergir, ali, dúvidas em relação à capacidade de prover uma teoria completamente não instrumental de liberdade.

A terceira objeção apresentada questionava a subdeterminação do conceito de liberdade. Expliquei que, embora o direito à liberdade possa constituir a base de uma teoria da justiça completa, a crítica entendia que as contingências da natureza humana, da vida política e social deveriam fazer parte da argumentação. Assim, seria essencial que, ao conceito geral e altamente abstrato de liberdade como independência, fossem fornecidos passos intermediários com informações empíricas e antropológicas para prover uma interpretação mais rica sobre mercado, desigualdade, dominação e contextos sociais, questões estas que prejudicam a capacidade de cada um ser seu próprio mestre.

Como vimos, a réplica de Ripstein apontou que fatores antropológicos e empíricos exigidos pelo princípio do direito, mas que não são fornecidos por ele, fazendo com que somente na condição de princípio de política, quando se administra o direito, é que se levam em conta os fatores empíricos e antropológicos para criar um sistema de liberdade

igual, sem dominação. Por isso, mais uma vez, aponte que o autor parecia depender muito do direito público exercido por meio de outros objetivos que não a garantia da liberdade, o que poderia afetar sua pretensão de rejeitar o instrumentalismo.

A última objeção apresentada tratou da ampliação do direito inato, tendo instituições como ameaça à liberdade externa. Expliquei que a objeção sustentou que a teoria de Ripstein reduz a dependência kantiana ao controle direto das capacidades de escolha, sem considerar as influências assimétricas nas relações de poder. A crítica propôs, então, a ampliação do direito inato, tendo as instituições como ameaças à liberdade externa, afastando-se da sujeição direta à vontade de outro em direção a casos mais estruturais de controle assimétrico.

Ponderei que as implicações desta crítica revelam um encadeamento de preocupações desta tese relacionadas à convivência da teoria de Ripstein com o *status quo*. Preocupações sobre direitos de propriedade e com as regras que estruturam os termos nos quais alguém pode adquirir alguma coisa podem ser ameaçadas pela própria estrutura, sendo necessário considerar as condições institucionais que criam concentrações assimétricas de riqueza. Contudo, aponte que não se pode tratar as instituições como ameaça à liberdade dentro do direito inato como proposto na crítica. Por isso, sugeri que a natureza da distribuição e da dominação por meio das estruturas precisava ser deslocada do referencial adotado e redirecionada ao segundo estágio da ideia de independência de Ripstein.

Neste momento, alertei sobre as questões que as objeções descortinaram. A *primeira* está relacionada à distinção definitiva necessária entre direito inato e direitos adquiridos. Ao se questionar o direito inato, frequentemente as objeções recorrem a dimensões do direito adquirido, o que obscurece as fronteiras conceituais sobre o que significa cada um desses estágios. A *segunda* concerne à falta de definições na obra sobre autorização unilateral e sobre como o direito público pode afetar as construções decorrentes de sua teoria. A *terceira* refere-se às indefinições sobre o sequenciamento de estágios que vincula a relação entre direito público e direito privado.

Para cumprir meu terceiro objetivo específico de pesquisa, que era *apresentar e analisar os aspectos fundamentais da teoria de responsabilidade civil de Ripstein em Private Wrongs*, no quarto capítulo, tracei o caminho que Ripstein percorreu para chegar a uma concepção não instrumental de que ilícitos são violações de direitos e a tutela é sua substituta. Mostrei como o autor articula uma compreensão sistemática dos direitos que são protegidos pela responsabilidade civil. Aponte de que maneira os direitos ao corpo e

à propriedade são meios para cada um definir e perseguir propósitos, e como os ilícitos privados restringem esses meios. Assim, foi possível apresentar as restrições que geram duas formas básicas de violação: o ilícito baseado no uso, e o ilícito baseado no dano. Além desses direitos, apontei como o direito ao bom nome é protegido com suas singularidades.

Ainda neste capítulo tratei do *misfeasance* e *nonfeasance* como princípios estruturantes gerais. Expliquei que a distinção unifica uma variedade de casos em que você precisa restringir os efeitos colaterais das maneiras como usa seus meios, mas não precisa usar seus meios da maneira que melhor se adapte aos propósitos preferidos de outras pessoas; nem mesmo em situações de urgência, ou se as perdas derivam do livre uso do que é seu.

Além disso, expliquei o entendimento de Ripstein acerca da tutela. Ao sustentar que a tutela faz com que o ilícito nunca tivesse acontecido, o autor dá efeito contínuo às normas de conduta, mesmo depois de essas normas terem sido violadas. Direito e tutela são considerados relacionais, com objetivo de proteger o que as pessoas já possuem: sua pessoa e sua propriedade. Por isso, uma tutela não substitui o direito violado, mas cumpre o próprio direito, fazendo com que os direitos sempre sobrevivam à sua própria violação.

Busquei explicitar, nesse capítulo, o entendimento de que as instituições públicas são essenciais na proteção dos direitos. A atuação do tribunal é central, pois ninguém pode exigir do outro que corrija um ilícito. É o tribunal que recebe uma alegação unilateral para decidir e emitir ordens para ambas as partes. Instituições públicas que pretendem falar e agir em nome de todos precisam garantir as plenas condições de filiação àqueles sobre os quais exerce sua autoridade. Em algumas circunstâncias, essas condições serão garantidas, inclusive, por meio de restrições à operação de direitos privados para prover justiça de fundo.

No quinto capítulo, busquei cumprir meu quarto objetivo específico, qual seja, *explorar e analisar as críticas existentes a Private Wrongs, bem como as réplicas existentes (e possíveis) de Ripstein, tangenciando como as objeções afetam a estrutura do argumento central.*

A primeira objeção que apresentei foi o problema do valor intrínseco e da fraca rejeição aos instrumentalismo. A crítica sustentou que não estava claro se a responsabilidade civil baseada na independência não tinha um valor intrínseco, ou, se tivesse, quais seriam as razões para que outros valores socialmente importantes não pudessem fazer parte da competição. Sinalizei que, mesmo que Ripstein tenha sustentado

que pretende apenas articular os direitos que são protegidos, sem imprimir um valor intrínseco à responsabilidade civil que deva ser adicionado aos potenciais resultados moralmente desejáveis do Estado, o autor parecia abrir espaço em sua teoria para que outros fins que não a liberdade sejam protegidos pela responsabilidade civil.

Ao apresentar a segunda objeção, tratei da imprecisão do tipo de moralidade invocado por Ripstein na obra, pois, enquanto decisões judiciais são guiadas por uma moralidade social — ou seja, juízes tendem a levar em consideração as crenças morais presentes na sociedade —, Ripstein torna obrigatória, por meios jurídico-institucionais, uma moralidade crítica. Isso significa que o autor adere a uma moralidade crítica e interpessoal, que busca um padrão externo para avaliar as condutas sociais, lidando com situações em que os direitos privados tangenciam reivindicações exigíveis entre pessoas. Apontei que a desconsideração da moralidade social por Ripstein poderia comprometer o exercício da liberdade externa, pois, a depender de como são as regras do direito positivo (se desatentas às realidades sociais e econômicas, à desigualdade de distribuição de terras), a responsabilidade civil pode consolidar assimetrias que comprometem a independência.

Também apresentei a crítica da irrelevância moral da distinção de *misfeasance* e *nonfeasance*. A diferenciação foi considerada desimportante, contingente e contestável, de modo que não deveria figurar em uma explicação conceitual ou interpretativa da responsabilidade civil. Assim, seria possível sustentar o princípio da independência dissociado dessa distinção. Como visto, a resposta apresentada por Ripstein reflete a ideia de que os meios não devem ser usados na busca de qualquer fim de outrem, nem mesmo para preservar a vida da outra pessoa. Ainda que Ripstein tenha se munido com uma explicação, até então, consistente com sua ideia de independência, composto por três estágios, ficava claro o esforço do autor para deslocar as questões controversas para o direito público, deixando livre o direito privado e, conseqüentemente, a responsabilidade civil desobrigada de lidar com tais questões de moralidade não relacional.

A última objeção apresentada atacou o argumento de Ripstein de que a responsabilidade civil protege *o que você já tem*. Primeiro, caminhou no sentido de que deve ser possível determinar conceitualmente o que você tem, sem considerar as regras de responsabilidade civil. Assim, o direito de apropriar, usar e transferir coisas não é contingente, e sim validado por algum sistema normativo que dita o que é permitido e proibido, inclusive em relação ao corpo. Em segundo lugar, apontou que proteger corpo

e propriedade também é uma decisão política de alocação de recursos, o que torna as considerações de justiça distributiva inevitáveis.

Por mais que Ripstein tenha sustentado que nenhuma justificativa de propriedade seria necessária para compreender os ilícitos contra a propriedade, bastando abordá-la no sentido de independência entre os indivíduos para que sua tese de responsabilidade civil fosse compreendida; aponte, em detalhes, que residiam preocupações com um sistema de proteção à propriedade, através da responsabilidade civil, que é desigual por impossibilitar o exercício da liberdade externa de indivíduos. Ao pressupor propriedade, e pressupor liberdade, pareciam estar desconsiderados os efeitos da não distribuição para exercício da independência.

No sexto capítulo, cumpri meu objetivo geral e analisei a consistência entre a *teoria da propriedade* desenvolvida por Arthur Ripstein em *Force and Freedom* (2009) e sua *teoria de responsabilidade civil* em *Private Wrongs* (2016).

Como visto, sustentei que parece não haver dúvidas de que o primeiro estágio da ideia de independência estabelece uma base justificatória consistente para a teoria proposta. É no seu corpo que você exerce sua capacidade de estabelecer propósitos para si, sendo a dimensão física mais evidente da existência humana e da capacidade de exercer sua liberdade. Nem a defesa, mesmo em estado de natureza, nem a distribuição são controversas.

Entretanto, questioneei a extensão que Ripstein faz do direito inato até o direito adquirido. Sustentei que há uma imprecisão relacionada à interpretação de que a pessoa tem a propriedade sobre seu corpo. A abstração realizada é a de que a pessoa não seria uma manifestação corporal física, mas sim o corpo seria um meio (entre outros meios disponíveis) pelo qual alguém exerce seus propósitos. Em outras palavras, eu não sou um ser existente em meu corpo, eu tenho meu corpo como um meio. Por isso, indiquei que a relação corpo-ser e corpo-ter traz implicações teóricas significativas, sobretudo porque faz o direito ao corpo equivaler à natureza jurídica de um direito de propriedade.

Essa equivalência em relação à utilidade dos meios é um problema, porque existem diferenças substantivas entre o direito ao corpo e o direito à propriedade. Ou seja, não se podem desconsiderar as diferenças em relação aos modos de aquisição de cada um e a natureza jurídica do vínculo existente entre uma pessoa e seu próprio corpo e a pessoa e um objeto externo. A relação de imposição de dever como abstenção para o outro em relação aos objetos externos, disponíveis para todos em estado de natureza, é materialmente e significativamente diferente da relação de abster-se de violar o meu

próprio corpo. Enquanto a defesa deste pode ser realizada de forma parcialmente conclusiva, a realização daquele depende de condições externas, através de três passos para a aquisição.

Assim, apresentei o que julgo ser a primeira inconsistência — o tratamento da propriedade não pode ser equivalente ao tratamento do corpo, pois a distinção entre os objetos de direitos deve ser levada em consideração para fornecer a melhor explicação sobre a relação do sujeito com seus meios, sem considerar, de forma acrítica, que todos os objetos externos são adquiríveis como extensão do direito inato. Enquanto, no direito inato, a defesa do corpo não demanda ato afirmativo ou autorização unilateral, a propriedade demanda a existência de uma condição civil para sua validação.

Na sequência, questioneei a necessidade do segundo estágio da ideia de liberdade como independência. Apontei que, para concluir o segundo estágio, é preciso iniciar o terceiro. O segundo estágio é, portanto, incompleto, pois não se pode falar em direitos constituídos sem a provisão de autorizações e garantias cuja fonte só pode ser o Estado, pois este é detentor da capacidade de colocar os indivíduos em uma condição legítima, uma condição na qual temos o conjunto de direitos necessários e exigíveis para garantir a independência.

Como a explicação de Ripstein acontece em três estágios, sustentei que o autor não apenas falha em encadear os argumentos, mas gera confusão sobre que tipo de direito adquirido seria possível no segundo estágio, visto que, para a conclusividade do direito, seria necessária a condição pública que só virá a existir no terceiro. Não há que se falar em direito de propriedade no segundo estágio, mas apenas atos unilaterais de apropriação, o que prejudica a ideia de que se trata de direitos adquiridos. Se o que Ripstein desejava era prover uma explicação sobre direitos adquiridos, deveria unificar o segundo e o terceiro estágio de seu argumento, considerando que o segundo necessita de um requisito que só estará presente no terceiro; quando a vontade unilateral autoriza a apropriação unilateral, garantindo a abstenção de interferência na propriedade alheia e impondo a resolução em disputas privadas.

Eu argumentei que todo esse raciocínio aponta para o direito de propriedade, derivado das finalidades existentes no Estado. Porém, há controvérsias sobre a liberdade ser o único fim à teoria de Ripstein. Sustentei que, apesar de Ripstein não precisar recorrer a outros objetivos que não a liberdade para provar seu ponto, a sua teoria ainda não é capaz de fundamentar a atuação do Estado inteiramente baseado na liberdade como

independência, abrindo brechas para que outros objetivos sejam perseguidos, o que indica uma fraca rejeição ao instrumentalismo.

Expliquei que a vontade unilateral parece não vir desvinculada de objetivos políticos, pois, ao disciplinar e estabelecer critérios de aquisição de propriedade legítima, pode tutelar mais requisitos do que apenas aqueles impostos pela liberdade individual. Apontei, assim, mais uma inconsistência na construção teórica de Ripstein, que emite uma série de objetivos como pano de fundo em seu argumento para resolver problemas de interação privada. Uma vez que o Estado possui a condição habilitadora da propriedade, os limites da importância de cada objetivo no argumento de independência deveriam estar mais claros na obra. Apesar do esforço do autor para demonstrar que tais elementos estão a serviço da liberdade, parece, ainda, nebulosa a sua negativa de que o Estado não deveria perseguir outros fins, quando realiza seus poderes e deveres.

Por fim, sustentei que Ripstein tenta separar o direito privado como campo autônomo em relação ao direito público, apartando-o, supostamente, de todos os demais objetivos públicos. Entretanto, ainda que a teoria de Ripstein não recorra a finalidades outras para explicar a responsabilidade civil, o autor parece ignorar que o direito público também determina o direito privado. Por isso, não é que a explicação de Ripstein recorra ao direito público, mas há uma brecha para que este, como manifestação da vontade unilateral, intervenha com outros objetivos na responsabilidade civil, para além da liberdade.

Assim, defendi que, uma vez que a responsabilidade civil deriva da terceira etapa da liberdade como independência, todas as implicações relacionadas ao fraco instrumentalismo anteriormente mencionadas podem ser resgatadas aqui, no momento de discussão da responsabilidade civil; o que indica que *Private Wrongs*, apesar de tentar se fechar à tutela do direito, abre espaço para outros objetivos que não este. Neste sentido, reafirmei minha discordância quanto à omissão de Ripstein a respeito da distribuição de propriedade. Ainda que o autor sustente que sua tese de responsabilidade civil é legítima porque nenhuma justificativa da propriedade seria necessária para compreender os ilícitos contra a propriedade, afirmei que os efeitos distributivos podem estar implícitos na avaliação da regra jurídica de responsabilidade civil à medida que derivam da justiça de fundo e das normas de direito público que antecedem tais regras.

Como resultado, argumentei que, ao assumir a existência de uma influência anterior à responsabilidade civil de uma justiça de fundo que não apenas oferece garantias, mas impõe restrições à operacionalização de direitos, Ripstein transpõe muitas

falhas da primeira obra para a segunda. As regras constantes do direito público parecem ter uma importância fundamental neste momento anterior, porque tratam de decisões políticas de instituir e proteger a propriedade por meio de regramentos. Como aponte, da mesma forma que existe uma decisão política de instituição da propriedade, há também uma decisão política de protegê-la, estabelecendo os limites desta proteção conforme os contornos da vontade omnilateral.

Tudo isso considerado, rejeitei a primeira hipótese de que *a tese da propriedade na qual Ripstein se ancora é suficiente para produzir um cenário em que os indivíduos ajam dentro dos limites recíprocos*, uma vez que existem questões de direito público subjacentes que criam dúvidas sobre os contornos do direito de propriedade, conforme os poderes e deveres preconizados pelo poder estatal.

No mesmo sentido, rejeitei a segunda hipótese de que, *ao pressupor o direito ao corpo e à propriedade, a teoria de responsabilidade civil de Ripstein consegue ser suficiente para garantir que tais direitos sejam exercidos com independência*, uma vez que a indefinição da vontade omnilateral gera imprecisões sobre o papel da justiça de fundo que precede a proteção dos meios pela responsabilidade civil. Desse modo, maiores explicações são necessárias em relação ao exercício das liberdades externas através da propriedade. Considerando a tendência de uma moralidade política tendente ao *status quo* e existência de ameaças estruturais à liberdade externa, a teoria de Ripstein não responde satisfatoriamente a essas questões.

Além disso, rejeitei parcialmente minha terceira hipótese de pesquisa que previu que, *ao considerar os direitos de propriedade como dados e justificados na independência entre os indivíduos, a estrutura racional básica falha ao não tratar da distribuição de propriedade e indica que algum instrumentalismo parece ser necessário*. Concluí que o instrumentalismo não é essencial a Ripstein, contudo, mesmo não precisando recorrer a interesses, necessidades ou valores materialmente definidos, a teoria do autor ainda não é capaz de fundamentar a atuação do Estado unicamente baseada na liberdade como independência, abrindo brechas para que outras finalidades sejam perseguidas, o que indica uma fraca rejeição ao instrumentalismo. Confirmei, ao fim, a primeira parte dessa hipótese, pois considero que a falta de problematização sobre propriedade e questões acerca da distribuição de propriedade, derivadas da escolha de uma liberdade moralizada em detrimento de outros valores, pode reproduzir injustiças. Assim, a estrutura racional básica falha por abrir espaço para que a responsabilidade civil reproduza assimetrias.

Por fim, refutei a quarta hipótese da pesquisa de que *Ripstein consegue fornecer uma teoria inteiramente fundada na ideia de liberdade como independência*. A indeterminação dos limites da vontade unilateral e do papel do direito público abre espaço para que outros objetivos, além da independência, sejam perseguidos pelo Estado. A vontade unida parece capitanear finalidades políticas ao estabelecer critérios para aquisição de propriedade legítima, para além da liberdade como único fim. Mais uma vez, embora Ripstein não precise recorrer a outros objetivos que não a liberdade para provar seu ponto, a teoria fornecida não provê uma explicação inteiramente baseada na liberdade.

Portanto, há uma consistência *parcial* entre a *teoria da propriedade* desenvolvida por Arthur Ripstein em *Force and Freedom* e sua *teoria de responsabilidade civil* proposta em *Private Wrongs*. No que se refere à dimensão relacional da responsabilidade civil, notei uma forte consistência da natureza das relações recíprocas tanto em *Force and Freedom* quanto em *Private Wrongs*. Para o autor, a ideia moral de independência protegida pela responsabilidade civil impõe que cada um use os próprios meios para seus próprios fins, de modo que não haja inconsistência entre esses usos. Neste sentido, o pressuposto de propriedade em *Force and Freedom* parece estar compatível com a proteção que a responsabilidade civil confere à independência em *Private Wrongs*.

Na visão de Ripstein, o direito de cada pessoa ser independente da escolha do outro é, assim, normativo e relacional. A responsabilidade civil teria o papel de proteger os meios, estando espacialmente relacionada entre as pessoas. Os ilícitos só vão surgir e deverão ser corrigidos quando essa independência for comprometida. Dessa forma, as teorias são bastante consistentes. O dever de indenização existe porque possuo um dever com você de não violar seu corpo e sua propriedade. Logo, meu dever não seria com a coisa, mas com a pessoa.

Por isso, Ripstein não teve nenhuma dificuldade em refutar os críticos que desafiaram a sua visão de que os ilícitos sobrevivem à própria violação. A teoria proposta deixa muito claro que, mesmo quando as coisas são danificadas, ou usadas indevidamente, ainda haverá o poder de exigir que se forneça um substituto ao direito. A tutela perante o tribunal repara a situação em termos de direito e faz com que o ilícito nunca tivesse acontecido. Por isso, exatamente, é que a indenização em *Private Wrongs* não contempla as indenizações punitivas ou tem finalidades outras.

Em minha argumentação, não busco apontar a questão da vontade unilateral como uma fragilidade em sua teoria, mas uma imprecisão que permite questionamentos sobre a extensão da validade de suas conclusões. A falta de contornos e delineamentos

sobre a vontade unilateral, transposta para a responsabilidade civil por meio da justiça de fundo e da imposição de cooperação obrigatória, lança dúvidas em relação aos limites do quanto a responsabilidade civil pode ser explicada somente fundamentada na ideia de liberdade.

Conforme aponte, as dúvidas relacionadas à distinção entre direito inato e direitos adquiridos, a controvérsia derivada da confusão entre o segundo e o terceiro estágio da explicação da liberdade baseada na independência e falta de uma determinação sobre o que seria vontade unilateral (e seus limites) reverberam nas características da responsabilidade civil ripsteiniana. Apesar de acreditar que meus questionamentos não desconfiguram a sua teoria, questioneei a capacidade da explicação de Ripstein alcançar os resultados que autor pensa ter alcançado, exclusivamente fundamentando-se em um ideal de liberdade como independência.

REFERÊNCIAS

- BERLIN, I. Two Concepts of Libert. In: BERLIN, I. **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, p. 118–134, 1969.
- CALABRESI, G. **The cost of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970.
- COHEN, G. A. Freedom, Justice, and Capitalism. **New Left Review**, v. 126, n. 1, 1981.
- COLEMAN, J. L. **Risks and wrongs**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.
- EDMUNDSON, W. A. Review of Ripstein's Force and Freedom. **Ethics**, v. 120, n. 4, p. 869-873, 2010.
- EPSTEIN, R. A. **Simple Rules for a Complex World**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1995.
- FLIKSCHUH, K. Innate Right and Acquired Right in Arthur Ripstein's. **Jurisprudence**, v. 1, n. 2, p. 295–304, 2010.
- GARDNER, J. What Is Tort Law For? Part 1: The Place of Corrective Justice. **Law and Philosophy**, v. 30, n. 1, p. 1–50, 2011.
- GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- GOLDBERG, J. C. P. Two Conceptions of Tort Damages: Fair v. Full Compensation. **DePaul Law Review**, v. 55, p. 435-468, 2006.
- GOLDBERG, J. C. P.; ZIPURSKY, B. C. Seeing Tort Law from the Internal Point of View: Holmes and Hart on Legal Duties. **Fordham Law Review**, v. 75, p. 1563-1591, 2006.
- GOLDBERG, J. C. P.; ZIPURSKY, B. C. Torts as wrongs. **Tex. L. Rev.**, v. 88, p. 917-986, 2009.
- HART, H. L. A. Rawls on Liberty and Its Priority. In: NORMAN, D. **Reading Rawls**. New York: Basic Books, 1975.
- HASAN, R. The provisionality of property rights in Kant's Doctrine of Right. **Canadian Journal of Philosophy**, v. 48, n. 6, p. 1-28, 2018.
- HERSHOVITZ, S. The Search for a Grand Unified Theory of Tort Law. **Harvard Law Review**, v. 130, n. 3, p. 942-970, 2017.
- KEREN-PAZ, T. **Torts, egalitarianism, and distributive justice**. Hamshire: Ashgate Publishing Company, 2007.

LUCY, W. **Philosophy of private law**. Oxford New York: Oxford University Press, 2007.

OWEN, D. Symposium on Ripstein's Force and Freedom: Introduction. **European Journal of Philosophy**, v. 20, n. 3, p. 447–449, 2012.

PAPAYANNIS, D. M. From private wrongs to private remedies: an unbridgeable gap? **Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought**, p. 1-10. 2018.

PENNER, J.; SMITH, H. E. (Eds.). **Philosophical Foundations of Property Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

POSNER, R. A. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

RAWLS, J. **A Theory of Justice**. Harvard: Harvard University Press, 2005.

RIPSTEIN, A. **Equality, Responsibility, and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

RIPSTEIN, A. As if It Had Never Happened. **William & Mary Law Review**, v. 48, n. 5, p. 1957–1997, 2007A.

RIPSTEIN, A. Tort Law in a Liberal State. **Journal of Tort Law**, v. 1, n. 2, p. 1-41, 2007B.

RIPSTEIN, A. **Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009.

RIPSTEIN, A. Civil Recourse and the Separation of Wrongs and Remedies. **Florida State Law Review**, n. 39, p. 163–207, 2011.

RIPSTEIN, A. Form and Matter in Kantian Political Philosophy: A Reply. **European Journal of Philosophy**, v. 20, n. 3, p. 487-496, 2012.

RIPSTEIN, A. **Private Wrongs**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

RIPSTEIN, A. Reply: relations of right and private wrongs. **Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought**, p. 1-12, 2018.

RONZONI, M. Politics and the contingent: A plea for a more embedded account of freedom as independence. **European Journal of Philosophy**, v. 20, n. 3, p. 470-478, 2012.

SANGIOVANNI, A. Can the Innate Right to Freedom Alone Ground a System of Public and Private Rights? **European Journal of Philosophy**, v. 20, n. 3, p. 460-469, 2012.

SILVEIRA, D. T.; CÓRDOVA, F. P. Unidade 2 - A Pesquisa Científica. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

TADROS, V. Independence Without Interests. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 1, 2011. 193-213.

TAYLOR, C. What's Wrong with Negative Liberty? In: _____ **Philosophy and the Human Sciences, Philosophical Papers**. Cambridge: Cambridge University Press, v. 2, 1985.

VALENTINI, L. Kant, Ripstein and the Circle of Freedom: A Critical Note. **European Journal of Philosophy**, v. 20, n. 3, p. 450-459, 2012.

VALLENTYNE, P. Ripstein on private wrongs and torts. **Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought**, p. 1-8, 2018.

VOYIAKIS, E. Means, rights, and opportunities: on Arthur Ripstein's Private Wrongs. **Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought**, p. 1-7, 2018.

WEINRIB, E. J. **The Idea of Private Law**. Oxford: Oxford University Press, 1995.