

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO E CIÊNCIAS DO ESTADO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA LUIZA BRAGA GUATIMOSIM

**A DISTRIBUIÇÃO EQUITATIVA DE RISCOS E DANOS COMO UMA  
JUSTIFICATIVA NÃO AGREGATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Belo Horizonte

2020

Ana Luiza Braga Guatimosim

**A DISTRIBUIÇÃO EQUITATIVA DE RISCOS E DANOS COMO UMA  
JUSTIFICATIVA NÃO AGREGATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

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

**Linha de Pesquisa:** Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

**Área de Estudo:** Teoria Constitucional, Direitos Humanos e Instituições Democráticas

**Orientador:** Prof. Dr. Leandro Martins Zanitelli

Belo Horizonte

2020

---

G918d Guatimosim, Ana Luiza Braga  
A distribuição equitativa de riscos e danos como uma justificativa não  
agregativa da responsabilidade civil / Ana Luiza Braga Guatimosim. – 2020.

Orientador: Leandro Martins Zanitelli.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,  
Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Equidade (Direito) – Teses 3. Danos (Direito) –  
Teses 4. Justiça distributiva – Teses 5. Responsabilidade (Direito) – Teses  
6. Risco (Direito) – Teses I.Título

CDU 347.51

---

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

Ana Luiza Braga Guatimosim

**A DISTRIBUIÇÃO EQUITATIVA DE RISCOS E DANOS COMO UMA  
JUSTIFICATIVA NÃO AGREGATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Dissertação apresentada no dia 28 de fevereiro de 2020 e considerada aprovada junto ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito (área de concentração: Direito e Justiça). A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores:

*Prof. Dr. Leandro Martins Zanitelli (orientador)*

**Universidade Federal de Minas Gerais**

*Prof. Dr. Thiago Lopes Decat*

**Universidade Federal de Minas Gerais**

*Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch*

**Universidade Federal do Rio Grande do Sul**

Belo Horizonte

2020



DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA  
BEL<sup>a</sup>. ANA LUIZA BRAGA GUATIMOSIM

Aos vinte e oito dias do mês de fevereiro de 2020, às 14h00, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Leandro Martins Zanitelli (orientador da candidata/UFMG); Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch (UFRGS) e Prof. Dr. Thiago Lopes Decat (UFMG), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado da **Bel<sup>a</sup>. ANA LUIZA BRAGA GUATIMOSIM**, matrícula nº **2018663253**, intitulada: **"A DISTRIBUIÇÃO EQUITATIVA DE RISCOS E DANOS COMO UMA JUSTIFICATIVA NÃO AGREGATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL"**. Os trabalhos foram iniciados pelo Presidente da mesa e orientador da candidata, Prof. Dr. Leandro Martins Zanitelli, que, após breve saudação, concedeu a candidata o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Thiago Lopes Decat e Leandro Martins Zanitelli. Cada examinador arguiu a candidata pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando a mesma, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito a candidata, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

**Prof. Dr. Leandro Martins Zanitelli (orientador da candidata/UFMG)**

Conceito: 9,5 (nove e cinco)

**Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch (UFRGS)**

Conceito: 9,5 (nove e cinco)

**Prof. Dr. Thiago Lopes Decat (UFMG)**

Conceito: 9,5 (nove e cinco)

A Banca Examinadora considerou a candidata APROVADA, com nota 9,5. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Leandro Martins Zanitelli, Presidente da Mesa e Orientador da candidata, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto da candidata.

**BANCA EXAMINADORA:**

*Leandro Zanitelli*

**Prof. Dr. Leandro Martins Zanitelli (orientador da candidata/UFMG)**

*participação por videoconferência*

**Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch (UFRGS)**

*Thiago Lopes Decat*

**Prof. Dr. Thiago Lopes Decat (UFMG)**

*Ana Luiza Braga Guatimosim*

**- CIENTE: Ana Luiza Braga Guatimosim (Mestranda)**

## RESUMO

Busca-se, através da análise da crítica de Barbara Fried aos não consequencialistas, averiguar se a teoria de Keating relativa à distribuição equitativa dos resultados das atividades potencialmente danosas é capaz de responder a questões que as demais teorias morais da responsabilidade civil falham em responder. Analisa-se, portanto, se o contratualismo de Keating pode sugerir uma saída não consequencialista e não agregativa à questão proposta por Fried acerca de quais riscos os indivíduos têm direito de impor aos demais. Uma vez superada a barreira apresentada por Fried, o trabalho se dedica a analisar a influência da ideia de equidade na responsabilidade civil, destacada por Keating, e de que maneira esse conceito se apresenta decisivo na escolha entre os esquemas de responsabilidade civil presentes na cultura política.

**Palavras chave:** fundamentos morais da responsabilidade civil; não consequencialismo; Keating; equidade; distribuição equitativa; justiça distributiva; responsabilidade da empresa

## **ABSTRACT**

The research, through Barbara Fried's critique to non-consequentialists, seeks to ascertain whether Keating's theory of fair distribution of risk and harm can answer questions that other moral theories of tort law fail to answer. It is examined whether Keating's contractualism may suggest a non-consequentialist, non-aggregative way to the question proposed by Fried regarding the risks citizens have the right to impose on others. Once the barrier presented by Fried was overcome, the work is dedicated to analyzing the influence of the idea of fairness in tort law, as highlighted by Keating, and how this concept is decisive in the choice between tort law schemes present in political culture.

**Keywords:** moral foundations of tort law; non-consequentialism; Keating; fair distribution; fairness; distributive justice; enterprise liability

## Sumário

INTRODUÇÃO .....	11
1. O PROBLEMA DA AGREGAÇÃO E A CRÍTICA AOS NÃO CONSEQUENCIALISTAS .....	17
1.1. Os problemas da literatura não consequencialista.....	18
1.1.1. A falha na diferenciação entre proibição e compensação.....	19
1.1.2. O tratamento da imposição de risco e da imposição de dano como diferentes formas de conduta .....	21
1.2. Os esforços não consequencialistas na determinação da permissibilidade das condutas.....	25
1.2.1. A cessão do risco ao welfarismo, enquanto danos concretizados são mantidos sob razões deontológicas.....	25
1.2.2. O dano como uma presunção de conduta injustificada (wrongful) .....	27
2. O PRESSUPOSTO DEONTOLÓGICO E O CONTRATUALISMO COMO FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	30
2.1. A prioridade especial da prevenção de danos .....	31
2.2. O estabelecimento de limites principiológicos à racionalidade agregativa ...	40
3. ANÁLISE DAS IMPLICAÇÕES DO CONCEITO DE EQUIDADE ( <i>FAIRNESS</i> ) NA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	42
3.1. Pontos de encadeamento e distanciamento entre a teoria da justiça de Rawls e a proposta de Keating .....	44
3.1.1. Os princípios de justiça rawlsianos .....	44
3.1.2. A relação entre a estrutura básica e as condutas potencialmente danosas .....	46
3.1.3. O lugar da posição original na proposta de Keating .....	50
3.2. As ideias de racionalidade e razoabilidade .....	53
3.2.1. O trade-off entre a liberdade e a segurança e a possibilidade de comparação interpessoal.....	58

4. A ESCOLHA ENTRE OS ESQUEMAS DE RESPONSABILIDADE .....	63
4.1. O critério da equidade e as diferenças entre os esquemas propostos por Keating e Fletcher .....	64
4.1.1. O critério da reciprocidade de risco e sua relação com a distribuição equitativa dos resultados e a reprovabilidade da conduta .....	67
4.1.2. Os diferentes mundos sociais .....	70
4.1.3. Os riscos recíprocos e a materialização do dano .....	73
4.2. Demais considerações relativas à escolha entre os esquemas de responsabilidade .....	76
4.2.1. O relaxamento do requisito da causalidade e a mitigação do problema da sorte.....	77
4.2.2. As considerações de equidade como justificativa para as vítimas e para os causadores de dano .....	83
4.2.3. O nível adequado de cuidado .....	84
4.2.4. O efeito de dissuasão através da responsabilidade civil.....	86
CONCLUSÃO.....	89
Referências .....	91

## INTRODUÇÃO

A análise da racionalidade do direito privado, visto aqui em uma de suas grandes ramificações, a responsabilidade civil, tem em seu cerne um embate entre teorias que são, por vezes, diametralmente opostas em suas fundações.

Algumas dessas teorias, através de um caráter eminentemente descritivo, analisam a responsabilidade civil tal como ela se apresenta, para então extrair noções de justiça que sejam imanentes à racionalidade do instituto jurídico. Destacam-se, aqui, as teorias de Ernest Weinrib e Jules Coleman. De acordo com esses autores, a justiça corretiva se encontra na própria estrutura e substância da responsabilidade civil (COLEMAN, 1992), e se concretiza na relação de direitos e deveres entre ofensor e ofendido.

Demais teorias, de forma propositiva, tomam também a responsabilidade civil tal qual ela se apresenta, mas com o objetivo de traçar moldes nos quais ela deveria se apresentar, com base em noções de justiça que parecem permear todo o fundamento do direito privado. Nesse sentido, Gregory Keating argumenta que na medida em que estamos preocupados com justiça e equidade na responsabilidade civil, nós devemos estar mais preocupados com questões de justiça distributiva – com a justa distribuição dos custos e benefícios das atividades de risco – e menos preocupados com questões de justiça corretiva (KEATING, 2000).

A abordagem dessas diferentes fundamentações não consequencialistas da responsabilidade civil têm em comum, apesar da clara distinção em seus fundamentos, a oposição às análises instrumentais, como a análise econômica – cujo argumento principal é de que a responsabilidade civil tem seu funcionamento condicionado essencialmente por razões relativas à eficiência.

Dessa forma, considerando a oposição à visão sustentada pela análise econômica e o apego a comprometer deontológicos, autores como Weinrib e Keating são considerados teóricos não consequencialistas, ainda que integrem diferentes tradições, sejam elas relacionadas à justiça corretiva ou à justiça distributiva.

Os não consequencialistas se opõem, então, à ideia que permeia boa parte da literatura relativa à responsabilidade civil de que a análise de custo benefício é necessária para que se possa trazer disciplina, razão e rigor ao pensamento sobre risco e regulação, como defende Cass Sunstein (SUNSTEIN, 2002).

Em contraste, sustentam que a suposição central da teoria moral deontológica (ou não consequencialista) é que o assunto da moralidade não é o resultado que devemos alcançar, mas como devemos nos relacionar uns com os outros (KORSGAARD, 1993, p. 1). A proposta do não consequencialismo é, portanto, oferecer uma alternativa à compreensão da racionalidade da responsabilidade civil que se distancie de cálculos de custo-benefício e da agregação inata ao consequencialismo.

Enraizada em uma visão utilitarista, a agregação (*aggregation*) consiste na soma de custos e benefícios entre os indivíduos, de forma que o resultado ótimo é aquele em que os benefícios superam os custos de maneira geral. Sob uma perspectiva deontológica, a exigência de não agregação advém de sua falha em respeitar a distinção entre as pessoas, tendo em vista que o dano a alguém não pode ser compensado automaticamente pelo benefício de outro.

No entanto, Barbara Fried, em seu artigo “The Limits of a Nonconsequentialist Approach to Torts”, sugere que a maioria dos não consequencialistas não responde a uma questão essencial relativa à compreensão da responsabilidade civil, de forma que o consequencialismo parece ser o único capaz de propor soluções, que são necessariamente agregativas.

Essa questão diz respeito a quais tipos de condutas o dever de cuidado requer ou proíbe, tendo em vista que Fried aponta que onde a esse dever foi dado algum conteúdo pelos não consequencialistas, terminaram por recair em alguma ponderação de resultados com uma forma de agregação (FRIED, 2012a). Ao invés de questões sobre quem deve suportar os custos dos danos, a autora desafia os não consequencialistas a responder quais condutas arriscadas o Estado deve permitir ou encorajar, e com qual nível de segurança.

Considera-se aqui, em acordo com a crítica de Fried, que a ausência de uma resposta adequada a essa questão dentre os não consequencialistas deixa uma

lacuna teórica que não pode ser ignorada, se o que se pretende é uma teoria moral da ação. A contraposição ao consequencialismo e ao raciocínio agregativo, que são marcas do pensamento deontológico, exige que seus partidários sejam capazes de estabelecer alternativas moralmente plausíveis que possam se distanciar da agregação pura.

Nesse pano de fundo, Keating propõe, então, levar a distinção entre as pessoas à sério e adotar princípios que são justificáveis do ponto de vista tanto das vítimas em potencial quanto dos potenciais beneficiários da prática em questão.

Considerando que a distinção entre as pessoas é, portanto, fundamental, uma vez que as relações entre as pessoas são o aspecto fundamental da moralidade, as questões morais fundamentais levantadas por questões de risco e precaução são questões sobre o que as pessoas devem umas às outras. Elas são perguntas sobre os termos nos quais os riscos podem ser impostos por alguns frente a outros (KEATING, 2018, p. 200).

Esse trabalho questiona, então, se uma proposta não consequencialista como a de Keating é capaz de fornecer uma resposta para além da distribuição dos resultados das condutas arriscadas – uma resposta sobre a própria permissibilidade dessas – de forma não agregativa, ou, ao menos, de uma forma sopesada de agregação.

O autor parte de uma abordagem contratualista em sua construção teórica, de forma a manifestamente ter em consideração a distinção e autonomia entre as pessoas. Esse é um ponto relevante, visto que em sua crítica aos não consequencialistas, Fried admite que abordagens contratualistas podem fornecer uma justificativa não consequencialista para escolher um esquema de regulação de risco que se desvie da agregação padrão, como um esquema sensível a preocupações distributivas:

As abordagens contratualistas ao problema do dano aos outros são um caso mais complicado. Eu acho, de fato, que elas são capazes de fornecer uma justificativa moralmente significativa, não consequencialista, para escolher um esquema de regulação de risco em detrimento de outro e para escolher um que se desvie da agregação não sopesada padrão - por exemplo, um que

seja sensível a preocupações distributivas, medido *ex ante* ou *ex post*. (FRIED, 2012b, p.259, tradução nossa)<sup>1</sup>

Ainda que, ao final, a autora acredite que todos os esquemas plausíveis de escolha serão necessariamente agregativos de uma forma ou de outra (FRIED, 2012b, p.259), em seu texto de análise mais detida sobre a resposta do contratualismo ao problema da agregação, Fried diz ser um dos principais apelos do contratualismo<sup>2</sup> a possibilidade de que sejam estabelecidos limites principiológicos à racionalidade agregativa (FRIED, 2012a, p. 39).

Ademais, Fried é bastante clara quanto a plausibilidade moral de uma teoria mista, que não sustenta que todos os riscos não podem ser impostos, mas que certos riscos não podem ser impostos, de modo que a justificativa ocorra “dentro de limites deontológicos admissíveis”:

(...) para esses propósitos, aceito a plausibilidade moral de uma teoria mista - uma que (na formulação de Stephen Perry) sustenta não que todos os riscos não possam ser impostos, mas que “certos riscos não podem ser impostos, de modo que justificações consequencialistas devem ocorrer dentro de limites deontológicos admissíveis.” (Perry, 2001, p. 78). As perguntas nas quais estou interessada são: (i) quais são os limites permitidos que os contratualistas estão propondo? (ii) eles se seguem de comprometermos contratualistas? (iii) eles são viáveis, no sentido mínimo de que ditam critérios coerentes para a ação? e (iv) tais critérios produziram resultados moralmente plausíveis? (FRIED, 2012a, p. 43, tradução nossa)<sup>3</sup>

Resta saber, portanto, se a teoria de Keating é capaz de responder às questões postas – sobre quais são os limites permitidos propostos pelos contratualistas, e, principalmente, se são viáveis, no sentido de ditar critérios coerentes de ação.

---

<sup>1</sup> “Contractualist approaches to the problem of harm to others are a more complicated case. I do think they can provide a morally meaningful, nonconsequentialist justification for picking one scheme of risk regulation over another and for choosing one that deviates from standard, unweighted aggregation - for example, one that is sensitive to distributive concerns, measured either *ex ante* or *ex post*.”

<sup>2</sup> Para uma defesa do contratualismo em relação ao problema da agregação, cf. KUMAR, 2011.

<sup>3</sup> “(...) for these purposes, I accept the moral plausibility of a mixed theory— one that (in Stephen Perry’s formulation) holds not that all risks cannot be run, but that “certain risks cannot be run, so that consequential justification must take place within permissible deontological bounds.” (Perry, 2001, p. 78). The questions I’m interested in are: (i) what are the permissible bounds that contractualists are proposing? (ii) do they follow from contractualist commitments? (iii) are they viable, in the minimal sense that they dictate coherent criteria for action? and (iv) would such criteria produce morally plausible results?”

A resposta que se busca através da análise da proposta não consequencialista de Keating é relevante na medida em que a crítica de Fried aos não consequencialistas se mostra contundente e evidencia uma barreira importante à relevância moral de teorias que se prestam a estabelecer uma alternativa à racionalidade agregativa.

Através da análise da teoria de Keating em contraposição às críticas de Fried aos não consequencialistas, a primeira parte do trabalho investiga se a proposta do autor é capaz de dar respostas adequadas aos questionamentos que teóricos da justiça corretiva não foram capazes de dar, e se sua saída contratualista pode resolver os problemas da agregação e dos limites à autonomia colocados por Fried.

A superação desse obstáculo importa ao desenvolvimento do restante do trabalho na medida em que se considera necessário que um projeto de responsabilidade civil apresente coerência com seus fundamentos. Presume-se que uma proposta para a compensação como a de Keating, apresentada na segunda parte do trabalho, precisa necessariamente ter especificado suas bases para a diferenciação da permissibilidade das condutas.

Essa presunção é guiada pelo questionamento acerca de como é possível estabelecer parâmetros para compensação sem que sejam estabelecidas as condições a que os sujeitos estão restritos, sem que sejam estabelecidas as condutas consideradas permissíveis? Se a deontologia busca padrões diversos do cálculo de custo-benefício, é necessário que esses padrões sejam aplicados tanto na definição de permissibilidade das condutas quanto na definição de compensação, se o que se propõe é uma alternativa robusta ao consequencialismo no âmbito da responsabilidade civil.

O restante do trabalho se dedica, então, uma vez superada a barreira apresentada por Fried, a analisar a proposta da influência da ideia de equidade na responsabilidade civil posta por Keating e de que maneira a equidade se apresenta decisiva na escolha entre esquemas de responsabilidade civil presentes na cultura política.

O primeiro capítulo apresenta a crítica de Fried aos não consequencialistas e procura demonstrar a relevância de que sejam estabelecidos critérios adequados de

permissibilidade de riscos que se sigam de comprometimentos deontológicos. Para tanto, são evidenciados alguns problemas da literatura não consequencialista, como a falha na diferenciação entre proibição e compensação, e o tratamento da imposição de risco e imposição de dano como diferentes formas de conduta, para que possam ser analisadas, no capítulo seguinte, possíveis soluções através de princípios deontológicos propostos por Keating.

O segundo capítulo trata de maneira mais detida da proposta de diferenciação entre condutas permissíveis e não permissíveis através de comprometimentos deontológicos, de forma a demonstrar que não apenas são capazes de permear a lógica de apresentação da responsabilidade civil, como são capazes de ditar critérios coerentes para a ação.

O terceiro capítulo procura trazer uma análise de como toda a proposição de Keating é imbuída pela noção de equidade e em que medida seguem-se de comprometimentos rawlsianos. Esse capítulo tem como objetivo demonstrar os pontos de encadeamento e distanciamento entre a proposta de Keating e sua fonte direta, a teoria da justiça de Rawls, e a maneira como noções relativas a equidade podem permear a fundamentação da responsabilidade civil.

O quarto capítulo tem em consideração a premissa de que Keating estabeleceu critérios coerentes relacionados à permissibilidade dos riscos, de acordo com comprometimentos deontológicos, e por essa razão passa-se a analisar como esses comprometimentos podem se acomodar e resultar na escolha do esquema de responsabilidade da empresa.

## 1. O PROBLEMA DA AGREGAÇÃO E A CRÍTICA AOS NÃO CONSEQUENCIALISTAS

Barbara Fried, em seu artigo “The Limits of a Nonconsequentialist Approach to Torts”, inicia seu argumento estabelecendo que nas sociedades modernas, as atividades socialmente produtivas que inevitavelmente engendram riscos de danos aos outros, são usualmente reguladas através de um cálculo de custo-benefício. Isso é dizer que tais atividades são permitidas quando os benefícios conferidos através da conduta arriscada superam os custos sociais esperados.

Em contraposição, há toda uma corrente não consequencialista que apresenta críticas centrais a esse procedimento, justamente pela falha da análise de custo-benefício em reconhecer a distinção entre as pessoas e consequentemente reduzi-las a alguma forma de agregação.

Nesse panorama, o que a autora questiona é se a crítica aos procedimentos agregativos é capaz de levar a alguma alternativa coerente para regulação de condutas arriscadas que fuja à própria agregação. Tendo em vista a abrangência da teoria não consequencialista, Fried propõe a análise do núcleo das propostas não consequencialistas quanto ao tratamento do dano aos outros de forma geral, com vistas a pincelar os argumentos principais utilizados por essa literatura.

Em resumo, Fried apresenta a resposta principal dada pelos não consequencialistas, a saber, que a conduta não é permissível quando resulta em danos sérios a outros indivíduos e é realizada de uma forma que viola o dever de cuidado em relação aos outros (FRIED, 2012b, p. 232).

De acordo com Fried, o primeiro requerimento, relativo aos danos sérios, não ajuda a distinguir entre imposições de riscos boas e ruins. Por outro lado, o segundo requerimento, relativo ao dever de cuidado, parece ser capaz de diferenciar as formas de imposição de risco.

No entanto, para que realmente seja capaz de diferenciá-las, é preciso que sejam especificados que tipos de conduta o dever de cuidado requer, permite ou proíbe - o que não foi feito pela maioria dos não consequencialistas, e onde foi feito,

não aparece claramente como uma forma distinta da análise de custo-benefício (FRIED, 2012b, p. 233).

Dessa forma, a definição de dano causado pela ausência do devido cuidado acaba por não responder a questão sobre quais danos são permissíveis – quais danos podemos expor os outros – mas responde a outra questão no lugar, sobre quando surge o dever de compensar as vítimas por suas perdas advindas de condutas arriscadas. Fried argumenta que ainda que essas questões sejam relacionadas, elas são distintas, e a falha de muitos dos deontologistas em distingui-las claramente é um dos problemas centrais do não consequencialismo (FRIED, 2012b, p. 234).

O problema identificado diz respeito, então, à falha do não consequencialismo em apontar se algumas condutas socialmente úteis devem ser eliminadas considerado o risco de danos, e quais são elas, uma vez que “a principal tarefa de qualquer teoria acerca dos danos permissíveis a outros é, portanto, nos dizer onde traçar a linha” (FRIED, 2012b, p.235, tradução nossa<sup>4</sup>).

Passa-se então à análise desses problemas, com vistas a demonstrar a importância e profundidade que possuem no exame da responsabilidade civil e da aplicabilidade de propostas não consequencialistas.

### **1.1. Os problemas da literatura não consequencialista**

Alguns autores como Coleman, Weinrib e Zipursky são conhecidos pela análise do direito privado através de suas próprias bases, ao invés de buscar métricas externas a ele. Fazem parte, portanto, do movimento de “crítica imanente” do direito, que se caracteriza pela busca da melhor interpretação das práticas existentes com vistas a identificação das normas que são imanentes a essas práticas. Os proponentes da crítica imanente começam, portanto, com o que é, para chegarem da maneira mais confiável possível ao que deve ser. (FRIED, 2012b, p.235/6).

---

<sup>4</sup> “The chief task of any theory of permissible harms to others is therefore to tell us where to draw the line.”

No entanto, Fried argumenta que esse tipo de análise pode trazer problemas ao correto entendimento do instituto. Uma vez que o direito privado, e de forma mais específica, a responsabilidade civil, é apenas um braço do aparato regulatório, levá-la em consideração de forma apartada pode conduzir à conclusão de que a única fonte disponível de compensação à vítima é o próprio causador do dano, entre outros problemas.

Além disso, considerar como a responsabilidade civil se apresenta não garante, além de uma presunção, que esteja certa. Como resultado da ausência de defesa dessa presunção pela maioria de seus proponentes, Fried argumenta que as convenções acabam por se confundir com alguma noção de moralidade, e as razões pragmáticas eventualmente adotadas confundem-se com algum compromisso normativo mais profundo (FRIED, 2012b, p. 237). Isso é dizer que nada garante que os compromissos adotados pela responsabilidade civil tal como ela se apresenta são derivados da moralidade, e por essa razão não necessariamente revestem-se de alguma prioridade especial em relação a razões pragmáticas.

Por essa razão, Fried argumenta que se aplicam as mesmas limitações quando os não consequencialistas tratam do problema da imposição de danos aos outros. Na definição de quais condutas são permissíveis, os críticos imanentes falharam em estabelecer que suas intuições são morais, e não emocionais ou psicológicas (FRIED, 2012b, p.237).

Considerando esse cenário, passa-se a análise dos dois principais problemas destacados por Fried, e como eles influenciam na dificuldade não consequencialista em responder quais condutas o dever de cuidado é capaz de permitir ou proibir.

### *1.1.1. A falha na diferenciação entre proibição e compensação*

Esse tópico aborda a falha apontada por Fried em relação à ausência de diferenciação, pelos não consequencialistas, entre restrição à atividade potencialmente causadora de dano e compensação pelo resultado danoso.

Fried argumenta que na regulação das condutas potencialmente danosas, duas questões diferentes devem ser colocadas. A primeira diz respeito a quais riscos os indivíduos estão permitidos a impor aos outros, e a segunda diz respeito a quem deve suportar os custos das condutas arriscadas.

A primeira questão diz respeito, portanto, a quais condutas a sociedade tem interesse em encorajar, e quais tem interesse em proibir. A segunda questão diz respeito a quem deve compensar, uma vez ocorrido o dano, tenha sido ele legalmente permitido ou não.

No âmbito da reponsabilidade civil, essas duas questões são confundidas com frequência, até mesmo pela forma com que a responsabilidade civil é projetada – daquele que age de forma negligente e causa dano a outro indivíduo é frequentemente exigida a compensação.

No entanto, não existe nenhuma obrigação factual para que seja dessa maneira. É plenamente possível, e por razões diversas pode ser até necessário, que se dissocie o julgamento moral da conduta da escolha do agente responsável pela compensação:

Podemos (e em outros contextos o fazemos) dissociar julgamentos sobre se a conduta está errada, no sentido de que a teríamos proibido, se pudéssemos, de julgamentos sobre se, por diversas razões políticas (justiça corretiva, bem-estar individual, internalização de custos, dispersão de riscos etc.), a vítima deve ser compensada e, em caso afirmativo, se a compensação deve vir da pessoa que causou o dano. (FRIED, 2012b, p. 238, tradução nossa)<sup>5</sup>

Fried argumenta que a falha em manter essas questões separadas é o primeiro erro da crítica imanente do direito. Os teóricos da justiça corretiva, ao buscarem a lógica da responsabilidade civil apartada de outras instituições regulatórias, acabaram por ignorar as similaridades entre os sistemas, de forma a ignorar que a responsabilidade civil não se preocupa apenas com a justiça corretiva via

---

<sup>5</sup> “We can (and in other contexts do) decouple judgments about whether conduct is wrong, in the sense that we would have prohibited it if we could have, from judgments about whether, for sundry policy reasons (corrective justice, individual welfare, cost internalization, risk spreading, etc.), the victim should be compensated, and if so, whether the compensation should come from the person who caused the harm.”

compensação *ex post*, mas também com a regulação de risco *ex ante*, através do standard de devido cuidado (FRIED, 2012b, p.238).

Dessa forma, o foco dado à ideia de compensação em teorias não consequencialistas tem como resultado o ofuscamento da importância de que se responda, em conjunto, se algumas condutas sequer devem ser permitidas.

A ausência de uma distinção entre a proibição e a compensação, portanto, diminui a relevância política da justiça corretiva, uma vez que deixa uma lacuna na resposta a respeito da existência de uma alternativa coerente à agregação para regulação da conduta potencialmente danosa.

### *1.1.2. O tratamento da imposição de risco e da imposição de dano como diferentes formas de conduta*

Esse tópico aborda, por sua vez, o segundo grande problema da literatura não consequencialista, que diz respeito à ausência de reconhecimento de que a imposição de risco e de dano se tratam da mesma conduta, visto de uma perspectiva *ex ante* ou *ex post*.

Fried argumenta que correlata à falha na distinção entre proibição e compensação, está a questão da diferenciação da imposição de risco da imposição de dano. Aqui a situação é inversa, de forma que a distinção intentada entre risco e dano como formas diversas de conduta pode levar a conclusões que não tem suporte para prevalecer.

A autora defende que a imposição de risco e a imposição de dano não são diferentes formas de conduta, mas condutas idênticas vistas de uma perspectiva *ex ante* e de uma perspectiva *ex post* (FRIED, 2012b, p.239). De acordo com Fried, a conclusão oposta, de que a imposição de risco e a imposição de dano são condutas diversas, foi capaz de estabelecer crenças que criaram problemas inexistentes para a literatura não consequencialista.

Uma das crenças analisadas é a crença de que o dano ocorrido de fato é uma condição necessária à culpabilidade e uma condição suficiente para criar ao menos

uma presunção de culpabilidade. A maioria dos não consequencialistas considera, portanto, que até que o dano tenha de fato ocorrido, não existe nada de errado na conduta. Weinrib é um dos defensores de que o dano ocorrido de fato é necessário à culpabilidade, como explorado em *The Idea of Private Law*:

Para a responsabilização sob a justiça corretiva, a conduta negligente do réu deve ter se materializado em dano ao demandante. Sem danos causados por suas mãos, não há vítimas por quem o agente seja responsável. E sem a conexão causal entre o dano e a criação injustificada de risco, não há agente responsável pelo dano e, portanto, ninguém de quem, por uma questão de justiça corretiva, a vítima possa se recuperar. (WEINRIB, 1995, p.153, tradução nossa)<sup>6</sup>

Essa visão da importância do dano concretizado, afastado do risco, parece surgir exatamente pela falha da crítica imanente em enxergar a responsabilidade civil como parte de todo um aparato regulatório (FRIED, 2012b, p.241). Por ser considerada de forma apartada, há uma supervalorização da importância do dano concretizado, dado que o sistema de responsabilidade civil, em geral, é apenas acionado quando a conduta resulta em dano identificável.

É verdade que o sistema de responsabilidade civil geralmente é chamado a julgar a conduta somente depois que tal conduta resulta em danos a outras pessoas identificáveis. Mas esse recurso não reflete um princípio moral profundo; reflete conveniência administrativa. As únicas partes que têm legitimidade para instaurar um processo através da responsabilidade civil são aquelas que foram prejudicadas pela conduta ou que são expostas a um risco aumentado de dano. (FRIED, 2012b, p.241, tradução nossa)<sup>7</sup>

No entanto, outras formas de intervenção em condutas potencialmente danosas por parte do estado não necessitam de vítimas identificáveis, ou mesmo que o dano tenha se concretizado. Assim, ainda que a responsabilidade civil opere de forma *ex post*, demais aparatos do estado operam punindo criminalmente condutas que impõe riscos extremos *ex ante*, ou no âmbito civil, através de regulação, standards

---

<sup>6</sup> “For liability under corrective justice, the defendant's negligent conduct must have materialized in injury to the plaintiff. Without injury at the actor's hands, there is no sufferer to whom the actor is liable. And without the causal connection of suffering to the wrongful creation of risk, there is no actor responsible for the suffering and thus no one from whom, as a matter of corrective justice, the sufferer can recover.”

<sup>7</sup> “It is true that the tort system is generally called upon to judge conduct only after such conduct has resulted in harm to identifiable others. But this feature does not reflect deep moral principle; it reflects administrative expediency. The only parties with standing to bring a tort suit are those who have been harmed by the conduct or who are put at a heightened risk of harm.”

obrigatórios de qualidade nos produtos etc., operando também de maneira *ex ante*, sem que qualquer dano tenha se concretizado – “eles não apenas operam *ex ante*; eles são *projetados* para operar *ex ante*, a fim de impedir que ocorram danos, em primeiro lugar” (FRIED, 2012b, p.242, tradução nossa<sup>8</sup>).

A autora argumenta, então, que independentemente da fonte da crença de que o dano concretizado é necessário para que a conduta seja julgada culpável, suas implicações são, de qualquer forma, problemáticas.

A primeira delas é o requerimento de que seja suspenso o julgamento moral do ato até que seja tarde demais para que se aja de maneira diferente, deixando à vítima, na melhor das hipóteses, a possibilidade de compensação *ex post* pela perda involuntária de seus direitos (FRIED, 2012b, p.242). Esse requerimento é, no mínimo, incoerente com as concepções gerais da deontologia, de acordo com as quais é melhor prevenir que uma conduta atinja a esfera pessoal de outro indivíduo do que remediá-la *ex post*.

Outra implicação da crença relativa à necessidade de concretização do dano diz respeito à possibilidade em se falar de uma teoria moral da ação. A questão é que se não é possível julgar se as ações são injustificadas (*wrongful*) até que estejam completas, definitivamente não se pode falar de uma teoria da ação (FRIED, 2012b, p.243).

Isso porque é criado um paradoxo relativo a conduta, uma vez que o ato através do qual a consequência danosa ocorreu não pode ser moralmente criticado, mas o dano causado, por sua vez, o é - “esse paradoxo é economicamente encapsulado na prática comum de descrever a injustificabilidade da *conduta* com referência às suas *consequências de fato*” (FRIED, 2012b, p.243, tradução nossa<sup>9</sup>).

Goldberg e Zypursky evidenciam esse paradoxo quando caracterizam o que a responsabilidade impõe:

---

<sup>8</sup> “They not only operate *ex ante*; they are designed to operate *ex ante* in order to prevent harm from occurring in the first place.”

<sup>9</sup> “That paradox is economically encapsulated in the common practice of describing the wrongfulness of *conduct* by reference to its *actual consequences*.”

O dever de cuidado devido na maioria dos casos de negligência acionável é um dever relativo ao cuidado tomado para evitar que se cause um dano final, não um dever de cuidado para evitar causar o dano intermediário de risco elevado. É um dever de cuidado para não causar dano, ao invés de um dever de cuidado para não se envolver em uma conduta prejudicial (ou seja, conduta que arrisca causar um dano de fato). (GOLDBERG, ZIPURSKY, 2002, p.20, tradução nossa)<sup>10</sup>

O paradoxo aparece, portanto, na medida em que a decisão do curso de ação de um indivíduo é tomado com base nas consequências esperadas *ex ante*, mas a conclusão de que foi escolhido o curso de ação errado só se dá quando algo dá errado *ex post*, sem que haja culpa do indivíduo – “o paradoxo criado pela insistência em que suspendamos o julgamento final da conduta até que suas consequências sejam conhecidas é, é claro, o paradoxo de sorte moral (*moral luck*)” (FRIED, 2012b, p.243, tradução nossa<sup>11</sup>).

O caminho para que a compreensão da proposta da justiça corretiva não termine em um paradoxo aparece quando se compreende o dever de não causar danos como um dever de compensar a vítima por qualquer dano que resulte da conduta. Dessa forma, se o que se pretende é um standard para compensação, e não para conduta, não há que se falar em qualquer paradoxo (FRIED, 2012b, p. 244). De outra forma, se o que se pretende com o dever de não causar danos é um standard para a conduta, o que resta é um paradoxo temporal que precisa ser resolvido:

Se, por outro lado, o "dever de não causar dano" se destina a prescrever um padrão de conduta com relação à ação que resultou em danos a terceiros - você tem o dever de agir de uma maneira que não cause X consequências, com o que queremos dizer que proibiremos qualquer ação que tenha provocado X - é um paradoxo e deve ser resolvido na prática escolhendo uma perspectiva temporal ou outra. Dado que passamos a vida em apenas uma direção (temporal), se esse dever visa fornecer um padrão de conduta, deve ser baseado nas informações disponíveis ao agente *ex ante*. Essa informação, necessariamente, deve ser sobre as consequências esperadas, e não reais, do ato em consideração. (FRIED, 2012b, p.244, tradução nossa)<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> “The duty of care owed in most instances of actionable negligence is a duty to take care to avoid causing an ultimate harm, not a duty to take care to avoid causing the intermediate harm of heightened risk. It is a duty to take care not to injure, rather than a duty to take care not to engage in injurious conduct (that is conduct that risks causing an ultimate injury).”

<sup>11</sup> “The paradox created by insisting that we suspend final judgment of conduct until its consequences are known is, of course, the paradox of moral luck.”

<sup>12</sup> “If, on the other hand, the “duty not to injure” is intended to prescribe a standard of conduct with respect to the action that resulted in harm to others—you have a duty to act in a fashion that will not cause X consequences, by which we mean that we will prohibit any actions that will turn out to have

Dessa forma, resta aos não consequencialistas apenas duas opções: seja abdicar da ideia de que o que é proposto é um standard para a conduta, e tornar claro de que se trata de um standard voltado somente à compensação – e dessa forma admitir que há uma lacuna teórica que precisa ser suprida – seja adotar uma perspectiva temporal única, e dessa forma reformular parte considerável da teoria da justiça corretiva.

## **1.2. Os esforços não consequencialistas na determinação da permissibilidade das condutas**

Esse tópico trata das tentativas realizadas pelos não consequencialistas para explicar a injustificabilidade (*wrongness*) do risco através de princípios deontológicos. A autora conclui que seja através de alguma forma de cessão do risco ao consequencialismo, seja através de um impasse moral (*moral gridlock*), no qual praticamente qualquer conduta é considerada *wrongful*, e portanto, não permissível, os não consequencialistas não parecem ser capazes de distinguir, em termos deontológicos, as condutas potencialmente danosas permissíveis das não permissíveis. Passa-se, então, a análise dessas propostas.

### *1.2.1. A cessão do risco ao welfarismo, enquanto danos concretizados são mantidos sob razões deontológicas*

Fried salienta que muitos não consequencialistas concluem, abertamente ou implicitamente, que o problema do risco não pode ser resolvido por princípios não consequencialistas, e cedem o problema da regulação de risco a algum tipo de cálculo de custo-benefício.

Ilustrativamente, Charles Fried, em *Right and Wrong*, coloca a questão do dano em termos deontológicos, ao mesmo tempo em que o risco depende de questões

---

caused X—it is a paradox and has to be resolved in practice by choosing one temporal perspective or the other. Given that we go through life in only one (temporal) direction, if that duty is meant to provide a standard for conduct, it must be based on information available to the actor *ex ante*. That information, by necessity, must be about the expected, not actual, consequences of the act under consideration.”

relativas à magnitude e finalidade: “(...) é errado expor a pessoa ou propriedade de outrem a riscos indevidos de danos, mas quais riscos são indevidos é uma função do bem a ser atingido e a probabilidade e magnitude do dano” (FRIED,1978, p.12, tradução nossa<sup>13</sup>). Isso é dizer que os riscos são permitidos quando os benefícios de tê-los supera os custos que podem causar. É difícil dizer, portanto, como isso difere de uma análise consequencialista de custo-benefício.

Coleman, por sua vez, ainda que considere a responsabilidade civil compreendida através da perspectiva da justiça corretiva, sugere que o problema da regulação de risco possa ser governado por outros princípios, potencialmente bem estaristas, em caso de se encontrarem fora da competência institucional da responsabilidade civil:

Os julgamentos de responsabilidade alocam os custos *ex post*, mas, ao fazê-lo, fornecem diretrizes para gerenciar o risco *ex ante*. A responsabilidade civil é uma parte do quebra-cabeça maior da gestão de riscos. As regras de responsabilidade civil devem ser moldadas como parte de uma teoria geral de gerenciamento de riscos? (...) A responsabilidade civil deve ter como objetivo fazer o que for possível? (...) Só podemos dizer que alguns objetivos e princípios são adequados a um corpo de direito uma vez que temos uma teoria da competência institucional, uma teoria política das instituições. (COLEMAN, 1992, p.210, tradução nossa)<sup>14</sup>

A autora enfatiza, no entanto, que essa proposta de divisão do trabalho é bastante problemática, na medida em que reconhecemos que se trata da mesma conduta – que o problema do risco é o problema do dano, visto de uma perspectiva *ex ante* e *ex post*: “[a proposta de divisão do trabalho] requer que o estado julgue a permissibilidade da mesma conduta duas vezes sob diferentes padrões” (FRIED, 2012b, p.249, tradução nossa<sup>15</sup>).

Isso é dizer que se a permissibilidade de uma conduta potencialmente danosa é julgada através de algum tipo de cálculo de custo benefício *ex ante*, é incongruente

---

<sup>13</sup> “(...), it is wrong to expose the person or property of another to undue risk of harm, but what risk is undue is a function of the good to be attained and the likelihood and magnitude of the harm.”

<sup>14</sup> “Liability judgments allocate costs *ex post*, but in doing so they provide guidelines to managing risk *ex ante*. Tort law is a piece of the larger puzzle of risk management. Should the rules of liability in tort be shaped as part of a general theory of risk management? (...) Should tort law aim to do whatever of each it can? (...) We can only say that some goals and principles are suitable to a body of law once we have a theory of institutional competence, a political theory of institutions. Such a theory will have two components corresponding to two senses of competence: epistemic and normative.”

<sup>15</sup> “It requires the state to judge the permissibility of the same conduct twice and under different standards.”

que na concretização do dano se adote outro standard de julgamento da permissibilidade da conduta. Por essa razão, a adoção de outro standard de julgamento só faz sentido se o que se busca é uma medida de compensação, dado que os standards se voltam a diferentes objetos, e não ao mesmo objeto visto de diferentes perspectivas no tempo.

Novamente, isso é admitir que o que se pode justificar através de uma perspectiva deontológica são apenas standards para a compensação, deixando a questão da permissibilidade das condutas relegadas a outro tipo de análise, potencialmente consequencialista.

### 1.2.2. O dano como uma presunção de conduta injustificada (*wrongful*)

Em outras propostas não consequencialistas, apresenta Fried, o conceito de dano é redefinido para incluir também o conceito de dano esperado. A mudança de perspectiva para incluir o dano esperado no conceito de dano resolve a questão de como um risco de dano futuro pode ser considerado injustificável pela justiça corretiva.

O problema dessa visão, no entanto, é que julgadas *ex ante*, praticamente todas as condutas impõem riscos de danos a outros, e todas as condutas seriam, dessa forma, culpáveis (FRIED, 2012b, p.245).

A presença do dano auxilia no estabelecimento do direito à compensação, mas não ajuda a determinar se a conduta é permissível ou não. Isso porque uma vez que a única perspectiva a partir da qual é possível julgar a permissibilidade da conduta é *ex ante*, sob pena de que se recaia no paradoxo de *moral luck*, a maneira como o dano é definido não importa. Uma vez que praticamente todas as condutas impõem algum risco de dano, se o que se define como dano inclui o risco de dano aos outros, todas as condutas são danosas *ex ante*; por outro lado, se o que define como dano são apenas danos concretizados, nenhuma conduta é danosa *ex ante* (FRIED, 2012b, p.251).

Dessa forma, se o dano por si só não é capaz de diferenciar entre condutas que devem ser permitidas e condutas que devem ser proibidas, os não

consequencialistas argumentam que na maioria dos casos alguma versão de culpa é necessária para que se estabeleça a culpabilidade de maneira conclusiva.

Essa versão de culpa proposta é, no entanto, por si mesma inconclusiva e consideravelmente indeterminada. Isso porque é baseada no conceito de *wrongful*, regularmente descrito em termos bastante gerais, como a conduta que “viola um direito”, por Coleman (1992) ou como a violação de um “dever de cuidado”, por Goldberg e Zipursky (2002). Essa amplitude deixa claro apenas que os danos culpáveis são aqueles que temos o direito de estar livres, o que aparenta ser um argumento circular (FRIED, 2012b, p.254).

Fried conclui, então, que como resultado da indeterminabilidade do conceito, a única resposta que ele pode prover é tautológica - que “o dano *ex post* aos interesses alheios dá azo à responsabilização, exceto quando não dá” (FRIED, 2012b, p.255, tradução nossa<sup>16</sup>).

A autora sustenta que ainda que se possa argumentar que não é trabalho da justiça corretiva dizer quais deveres temos em relação uns aos outros, mas as consequências de quando falhamos em cumprir esses deveres, isso é admitir que os princípios da justiça corretiva tratam apenas do problema da compensação. Por falharem em estabelecer os níveis requeridos de conduta, portanto, não se pode dizer que apresentam uma alternativa coerente à agregação (FRIED, 2012b, p.256).

### **1.3. Da lacuna deixada por princípios não consequencialistas na questão da permissibilidade das condutas**

Do exposto, a autora conclui que o critério que julga a conduta através do que é considerado *wrongful* e o que não é, não ajuda a distinguir riscos aceitáveis dos inaceitáveis. Isso porque quaisquer que sejam as normas para a conduta, quando aplicadas a um número suficientemente grande de pessoas, como é típico das condutas socialmente úteis potencialmente causadoras de danos, estatisticamente são geradas perdas inevitáveis para alguns indivíduos, a curto ou longo prazo.

---

<sup>16</sup> “(...) *ex post* harm to others’ interests gives rise to liability, except when it does not.”

Se o prejuízo ocorrido puder ser considerado *wrongful*, a alternativa, então, é que sejam proibidas a grande maioria das atividades que fazem parte de uma sociedade complexa. Se, por outro lado, só se considere *wrongful* a conduta cujo dano é considerado não apenas estatisticamente certo, mas absolutamente certo, praticamente nenhuma conduta poderia ser considerada *wrongful* (FRIED, 2012b, p.259).

Quando a conduta é vista através de uma perspectiva *ex ante*, praticamente tudo o que é feito em uma sociedade moderna é capaz de causar danos sérios aos demais, e, dessa forma, tudo o que é feito carrega consigo um trade-off interpessoal. É preciso, então, que critérios aptos a julgar esses resultados sejam estabelecidos:

A questão é: como devemos entender e responder a esses resultados ruins quando eles inevitavelmente ocorrem? Se sua mera ocorrência é suficiente para condenar as ações que as produziram, então não há praticamente nada que possamos, como sociedade, fazer. Se não for suficiente, estamos reconhecendo que é preciso fazer trocas interpessoais e que nessas trocas os números inevitavelmente contarão. (FRIED, 2012b, p.261, tradução nossa)<sup>17</sup>

A autora conclui, então, que a literatura não consequencialista, na medida em que rejeita a ideia de que os riscos e danos permissíveis e não permissíveis possam ser calculados através de um cálculo de custo-benefício, precisa ser capaz de propor uma alternativa viável à agregação. É essencial, portanto, que o não consequencialismo seja capaz de estabelecer critérios coerentes para a ação, sob pena de esvaziamento da teoria.

O capítulo seguinte se presta a demonstrar os termos propostos por Keating na análise da permissibilidade das condutas potencialmente danosas, colocando-os sob escrutínio das principais questões propostas por Fried. Sugere-se que através da averiguação das respostas apontadas seja possível resgatar a expressividade do não consequencialismo no âmbito da responsabilidade civil.

---

<sup>17</sup> “The question is, how should we understand and respond to those bad outcomes when they inevitably come to pass? If their mere occurrence is enough to condemn the actions that produced them, then there is virtually nothing we may as a society do. If it is not enough, then we are acknowledging that interpersonal trade-offs have to be made and that in those trade-offs the numbers will inevitably count.”

## 2. O PRESSUPOSTO DEONTOLÓGICO E O CONTRATUALISMO COMO FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A crítica de Barbara Fried, ao demonstrar a importância de uma resposta adequada a respeito de quais riscos podem ser impostos, sugere que até então a literatura não consequencialista não foi capaz de propor uma alternativa à análise de custo benefício, e que por essa razão, a proposta agregacionista seria a única a prestar uma resposta a essa indagação.

Através das lentes do paradigma welfarista, o único parâmetro de justificação de imposição de riscos é aquele legitimado pelo custo, por meio do qual se exige “(...) a minimização da soma dos custos de precaução, danos acidentais e custos administrativos.” (COOTER; ULEN, 2011, p. 237, tradução nossa<sup>18</sup>). Dessa forma, quando o nível ótimo é atingido, qualquer aumento ou diminuição das medidas de precaução diminuem o benefício líquido. Do ponto de vista de uma análise ortodoxa de custo benefício, esse é, portanto, o nível racional de precaução, e qualquer alteração é considerada eminentemente irracional.

Em contrapartida a essa visão, Keating, em seu artigo “Is Cost-Benefit Analysis the Only Game in Town?”, faz uma análise da (não) permissibilidade de certos danos frente a condição fundamental de respeito à agência humana. Seu argumento parte da constatação de que a análise de custo-benefício só tem lugar em uma estrutura que supõe que o bem-estar (*welfare*) é o valor máximo ou principal, e que promover o bem-estar é o fim apropriado das instituições legais e políticas (cf. KAPLOW e SHAVELL, 2002).

A consideração do bem-estar como a pedra de toque do direito privado, no entanto, tem como efeito o desaparecimento da distinção entre as pessoas, vez que o principal objetivo da lei e da moralidade, nesse paradigma, é concretizar um estado de mundo no qual o bem-estar geral seja o mais alto possível (KEATING, 2018, pp. 198/99), independentemente de considerações individualizadas.

---

<sup>18</sup> “(...) minimizing the sum of the costs of precaution, accidental harm, and administrative costs.”

Evidencia-se um conflito, portanto, entre a interpretação dos fundamentos da responsabilidade civil através de uma visão comprometida com a eficiência, economicista e consequencialista, e uma visão embasada por ideias de justiça e autonomia, com comprometimentos deontológicos e não consequencialistas.

Keating propõe, então, a análise de diferentes standards de precaução comumente utilizados pela responsabilidade civil, diversos da precaução justificada pelo custo, de forma a evidenciar razões deontológicas incutidas na responsabilidade civil e a maneira com que são capazes de diferenciar a permissibilidade e a não permissibilidade de certos riscos e danos.

### **2.1. A prioridade especial da prevenção de danos**

Os esforços de Keating se iniciam com a demonstração de que muitas das normas legais expressam comprometimentos deontológicos, uma vez que outros standards de precaução, além da análise de custo-benefício, são comuns no ordenamento legal. Keating explora ambos os standards de segurança (*safety*) e viabilidade (*feasibility*) com vistas a esclarecê-los e diferenciá-los, demonstrando a importância desses frente a certos tipos de danos que sejam capazes de enfraquecer a noção de autonomia.

Diferentemente de um standard de precaução justificado pelo custo, no qual a maneira racional de negociar custos e benefícios é através da maximização do benefício líquido, os standards de segurança e viabilidade validam a possibilidade de que sejam utilizados mais recursos na prevenção de danos do que o licenciado por uma análise direta de custo-benefício. Isso se dá porque, de acordo com o autor, “a deontologia justifica atribuir uma prioridade especial à prevenção de danos, porque os danos são presumivelmente e especialmente ruins para as pessoas. O dano é o comprometimento dos poderes básicos da agência humana” (KEATING, 2018, p.199, tradução nossa<sup>19</sup>).

---

<sup>19</sup> “Deontology justifies assigning special priority to avoiding harm because harm is presumptively and especially bad for persons. Harm *is* the impairment of basic powers of human agency”.

Se, de um lado, a análise de custo-benefício considera como fungível todo tipo de ganho e perda, de outro lado o autor recorre ao conceito de *fairness*<sup>20</sup> para justificar a necessidade de comparação entre benefícios do ponto de vista daqueles que têm a ganhar, com os encargos impostos do ponto de vista daqueles que têm a perder (Cf. KUMAR, 2015, p. 42).

Partindo-se do pressuposto kantiano de que as pessoas têm valor intrínseco, e de que toda e qualquer vida humana não é apenas intrinsecamente valiosa, mas também única e, portanto, insubstituível, não se pode considerar que sejam fungíveis entre si em alguma proporção de troca.

No sistema de preços, o valor é conferido através da expressão de preferências, e, portanto, nada tem valor intrínseco. O "preço" da vida de alguém é fixado pela demanda de outros por aquela vida e pelo custo para abdicá-la. Em contraste, a partir dos pressupostos de uma perspectiva deontológica e não agregativa, a vida de alguns não pode ser substituída pela vida de outros:

Cada um de nós tem apenas uma vida para viver. De nossa perspectiva independente, a vida de outras pessoas não substitui a nossa. Consequentemente, é um erro sujeitar os riscos à vida humana à métrica do mercado. Registrar o valor peculiar da vida humana é um desiderato que os princípios aceitáveis de imposição de riscos devem atender. (KEATING, 2018, p.207, tradução nossa)<sup>21</sup>

Dessa forma, levar à sério a distinção entre as pessoas direciona a atenção não para o bem estar geral (*overall welfare*), mas para a justiça interpessoal (*interpersonal fairness*). Dessa forma, considerada sob uma perspectiva de equidade, a justiça está preocupada com a distribuição de custos e benefícios sob a perspectiva de quão bem as pretensões de cada um estão satisfeitas em relação ao quão bem as pretensões de outros estão. Ao impor um risco, aqueles que se beneficiam dele colocam suas reivindicações frente àqueles que estão expostos e ameaçados por esses riscos.

---

<sup>20</sup> Termo de tradução variável, daqui em diante traduzido por "equidade".

<sup>21</sup> "Each of us has only one life to live. From our separate perspectives, other people's lives are not substitutable for our own. Consequently, it is a mistake to subject risks to human life to the metric of the market. Registering the distinctive value of human lives is a desideratum that acceptable principles of risk imposition must meet."

Por essa razão, lesões graves e irreparáveis apresentam problemas especiais, uma vez que a justiça interpessoal não pode ser alcançada após os riscos terem se transformado em danos. A equidade, portanto, deve ser garantida *ex ante*, ao garantir que os termos nos quais os riscos em questão são impostos são justificáveis frente àqueles nos quais são impostos (KEATING, 2018, p. 216).

Princípios razoáveis de imposição de risco protegem os interesses essenciais daqueles afetados pelos riscos em questão. Por esse motivo, as reivindicações daqueles cujas vidas estão em risco nas mãos de algumas atividades podem demandar que sejam aceitos standards de segurança que requerem mais do que precaução eficiente: “[o] teste apropriado para os princípios de imposição de riscos não é se eles maximizam o benefício líquido, mas se são justificáveis frente àqueles cujas vidas governam” (KEATING, 2018, p. 217, tradução nossa<sup>22</sup>).

Dessa forma, ao tratar os danos à integridade física como apenas mais um custo, e ao ignorar a distinção entre as pessoas, a análise de custo-benefício trata erroneamente problemas de risco e precaução: “os danos, como estupro ou assassinato, são incompreendidos quando apresentados como algo que possui um nível ótimo” (KEATING, 2018, p. 200, tradução nossa<sup>23</sup>).

Levar a sério a distinção entre as pessoas significa, então, adotar princípios que são justificáveis do ponto de vista tanto das vítimas em potencial quanto dos potenciais beneficiários da prática em questão. Considerando que não são fungíveis, a circunstância daqueles que podem ser devastados pelo dano é manifestamente diferente da circunstância daqueles que podem ser beneficiados.

Por essa razão, em relação ao dano à integridade física, é um erro tratar custos e benefícios como simetricamente importantes, considerando que em nossas intuições morais e legais evitar o dano é mais importante que conferir benefícios. Keating afirma que a ideia de simetria faz sentido em um standard de custo-benefício, mas é estranha às nossas intuições e à lei:

---

<sup>22</sup> “The proper test of principles of risk imposition is not whether they maximize net benefit, but whether they are justifiable to those whose lives they govern.”

<sup>23</sup> “Harm, like rape or murder, is misunderstood when it is presented as something that has an optimal level.”

Tanto na moralidade quanto na lei, nossas obrigações de evitar prejudicar os outros são mais fortes do que nossas obrigações de beneficiá-los. Na lei, a assimetria de dano e benefício é vívida e generalizada. Podemos ser compelidos a abster-nos de agredir nossos vizinhos, mas não podemos ser compelidos a amá-los ou ajudá-los. [...] Compreender o quão difundida é a assimetria de dano-benefício - e por que a prevenção de danos tem prioridade especial - dissipa a ilusão de que é irracional tomar mais precaução do que aquela justificada pelo custo. (KEATING, 2018, p. 218, tradução nossa)<sup>24</sup>

Dessa forma, a ideia de fungibilidade entre benefícios e danos quando tratamos de assuntos como a vida e a integridade física é, de acordo com o autor, controversa, por configurar-se como uma tentativa de estender um modo mercadológico de avaliação e escolha justamente para áreas onde os mercados falham: onde eles não existem, ou são incompletos e imperfeitos.

Nesse sentido, Keating argumenta que danos e benefícios têm relações muito diferentes quanto à autonomia, justamente porque têm relações muito diferentes quanto às nossas vontades. Os danos comprometem a autonomia ao prejudicar os poderes normais de ação humana. Os benefícios, por sua vez, apenas são favoráveis se forem congruentes com o que se deseja:

Os benefícios não solicitados têm a mesma relação que os danos com nossas vontades. Eles nos sujeitam a condições que não escolhemos; eles rompem o vínculo entre nossos desejos, vontades e nossas vidas e nos alistam nos projetos de outras pessoas. Se eu tocar uma música bonita do lado de fora da janela aberta do quarto e depois cobrar uma conta pelos meus serviços, eu determino o uso pelo qual você deve dedicar parte do seu tempo e dinheiro. Você tem presumivelmente o direito de determinar essas coisas, e sua capacidade de fazê-lo é um aspecto importante de sua autonomia. (KEATING, 2018, p. 222, tradução nossa)<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> “In both morality and law, our obligations to avoid harming others are stronger than our obligations to benefit them. In law, the asymmetry of harm and benefit is vivid and pervasive. We can be compelled to refrain from battering our neighbors, but we cannot be compelled to either love or help them. [...] Understanding just how pervasive the harm-benefit asymmetry is—and why the avoidance of harm has special priority—dispels the illusion that it is irrational to take more than cost-justified precaution.”

<sup>25</sup> “Unsought benefits stand in the same relation to our wills as harms do. They subject us to conditions which we have not chosen; they sever the link between our wishes, our wills, and our lives and enlist us in other people’s projects. If I play beautiful music outside your open bedroom window and then stick you with a bill for my services, I determine the use to which you must put some of your time and some of your money. You are presumptively entitled to determine those things, and your ability to do so is an important aspect of your autonomy.”

O objetivo em proteger as condições essenciais de agência de cada indivíduo é permitir que eles possam definir suas próprias vidas de acordo com suas aspirações. Os danos à integridade física, como a morte, a invalidez ou doença grave, uma vez concretizados, roubam a possibilidade de que sejam utilizados os poderes normais de ação de um indivíduo (KEATING, 2018, p. 221), de forma que sob uma perspectiva liberal, parece ser necessário conferir à prevenção do dano uma prioridade especial. Esse significado especial do dano é, portanto, resultado de sua conexão íntima com a autonomia (KEATING, 2018, p. 228).

Do ponto de vista da eficiência não há nada de especial em relação ao dano, visto que não passa de algum tipo de custo. O dano tem apenas um significado especial no pensamento moral, nas intuições e na lei quando tomado de uma perspectiva não agregativa (KEATING, 2018, p. 228).

Dentro de uma estrutura que considera fundamental a nossa diferenciação e independência como pessoas, e que entende as pessoas como agentes que têm um interesse fundamental em ser autor de suas próprias vidas, o dano tem um significado especial, e sua prevenção uma prioridade especial. Danos graves - morte, incapacidade, doença e similares - comprometem a condição fundamental de agência humana eficaz. O enfraquecimento dos poderes básicos da agência humana prejudica a busca de uma ampla gama de fins e aspirações humanas, e nega vidas humanas normais àqueles cujos poderes são prejudicados. A imposição de dano à integridade física é ruim para aqueles prejudicados, independentemente de quais aspirações e compromissos específicos eles tenham. (KEATING, 2018, p. 259, tradução nossa)<sup>26</sup>

Os standards de segurança e viabilidade são, portanto, formas de articular a prioridade de evitar esse tipo de dano, vez que incorporam julgamentos de valores

---

<sup>26</sup> "Within a framework which takes our separateness and independence as persons to be fundamental, and which understands persons as agents who have a fundamental interest in authoring their own lives, harm has a special significance and its avoidance has a special priority. Serious harms—death, disability, disease, and the like—compromise a foundational condition of effective human agency. Impairing basic powers of human agency cripples the pursuit of a wide range of human ends and aspirations, and denies normal human lives to those whose powers are impaired. The imposition of physical harm is bad for those harmed no matter what particular aspirations and commitments they happen to have. Matters are different with respect to most benefits. Benefit, like happiness, is mostly for each of us to pursue as best we can. Each of us is presumptively the best judge of our own good and it is independently important that we choose our own good and author our own lives, even if we are not likely to choose as well as some benign despot might. Leading our own lives is an essential aspect of autonomy."

comparáveis: julgamentos sobre quais bens são importantes o suficiente para justificar a imposição de risco significativo de dano sério e irreparável (KEATING, 2018, p. 230).

Os standards de segurança e viabilidade negam, portanto, qualquer perspectiva agregativa que suponha a fungibilidade de todos os danos e benefícios. Eles presumem, em seu lugar, um interesse especial e urgente em segurança, ao ter em vista a integridade física como uma precondição especial de agência efetiva e de condições de vida decentes (KEATING, 2018, p. 207).

É importante salientar, então, do que tratam os standards de segurança e viabilidade, e em que medida são capazes de oferecer uma proposta de diferenciação entre riscos permissíveis e não permissíveis.

Em geral, o standard de segurança trata de bens essenciais, como ar, comida, e qualidade da água, enquanto o standard de viabilidade costuma tratar de questões como saúde e segurança no trabalho. A principal diferença entre eles aparece no nível de risco significativo que licenciam.

Quando se tem em vista o standard de segurança, não se requer qualquer averiguação dos custos de redução de risco, no sentido de que se for tomada a precaução eficiente, e o risco significativo ainda persistir, o standard de segurança requer ainda maior redução.

O standard de viabilidade, por sua vez, não requer a eliminação de todos os riscos significativos. A precaução viável exige a redução, tanto quanto possível, dos riscos de uma atividade, mas de forma condizente com a continuidade da atividade a longo prazo.

Nenhum dos dois standards insiste em segurança absoluta, mas variam significativamente nas imposições de risco que licenciam. O standard de segurança, ainda que não exija segurança absoluta, é bastante exigente, e o standard de viabilidade, comparativamente menos exigente, procura eliminar riscos significativos de danos na medida do possível, sem que se comprometa a atividade que gera o risco.

O autor apresenta, nesse contexto, o conceito de risco significativo, que tem como pressuposto o fato da impossibilidade de que sejam prevenidos todos os danos

acidentais. Isso é dizer que o que se considera “seguro”, portanto, não é equivalente à “livre de risco”.

Alguns riscos de dano acidental são o preço da atividade em si, de forma que alguns riscos não podem ser evitados sem que se interrompa a atividade, e alguns riscos não *devem* ser evitados, porque é melhor assumir os riscos do que renunciar às atividades que os geram (KEATING, 2018, p. 242). Tais riscos que não podem ser eliminados sem que se cesse a atividade que os engendra devem passar, então, sob um crivo que possa verificar o quão significativo ele é.

O conceito de risco significativo tem muito em comum com o conceito de risco característico, encontrado na literatura da responsabilidade objetiva (KEATING, 2018, p. 242), por tratar da questão da correlação entre alguma forma de dano e uma determinada atividade. Por tratar dos riscos comuns à determinada atividade, tem, portanto, uma forte dimensão quantitativa.

No entanto, ao considerar o quanto um risco é significativo, não basta que seja apenas um risco característico – é também necessário que seja um risco potencialmente capaz de se aperfeiçoar em um dano grave, do tipo que comprometa a integridade física e a noção de autonomia.

Isso é dizer que os riscos significativos não têm apenas uma dimensão quantitativa, mas são também avaliativos e carregam uma dimensão qualitativa, “porque medem a gravidade dos danos em relação à linha de base de uma vida normal” (KEATING, 2018, p.243, tradução nossa<sup>27</sup>):

O quanto um risco é significativo, portanto, não é simplesmente uma questão de quantidade, entendida como probabilidade e magnitude estatísticas medidas numericamente. O quanto um risco é significativo depende tanto da gravidade quanto da saliência. Determinar a gravidade de um risco requer julgamentos avaliativos e qualitativos - julgamentos sobre o quanto deveríamos temer um tipo específico de dano ou danos, o quanto um dano específico prejudica a busca de uma vida normal, o quão ruim seria viver com esse dano, e assim por diante. Determinar a importância de um risco requer não apenas uma avaliação da probabilidade numérica do risco, mas também uma avaliação de quão proeminente é o risco em comparação com outros

---

<sup>27</sup> “(...) because they measure the seriousness of harm against a baseline of normal life.”

riscos da atividade responsável pelo risco em questão. (KEATING, 2018, p. 246, tradução nossa)<sup>28</sup>

A definição de quando um risco é significativo leva à questão mais profunda sobre por que os indivíduos estão preparados para encerrar algumas atividades que não podem ser feitas de forma segura, mas não outras. Mais especificamente, é preciso responder a pergunta sobre por que se deve, algumas vezes, exigir a eliminação de todos os riscos significativos de dano e, outras vezes, exigir apenas a eliminação daqueles riscos significativos cuja eliminação é viável.

Keating argumenta que a segurança perfeita é inatingível – liberdade e segurança conflitam – e que o risco de dano é o subproduto da ação. Enquanto condições essenciais, liberdade e segurança são estritamente necessárias para que se viabilize a realização de quaisquer objetivos ou aspirações.

Dessa forma, os riscos de fundo (*background risks*), riscos que são endêmicos àquele tipo de atividade, podem valer a pena, porque eliminá-los prejudica ainda mais a autonomia e a capacidade de que se lidere a própria vida, quando em comparação a assumir tais riscos. A métrica de permissibilidade dos riscos significativos prevê, portanto, que os riscos devem ser eliminados quando os benefícios para a autonomia em aceitá-los não forem comparáveis à devastação que são capazes de infligir.

Nesse sentido, Keating diferencia quando cada um dos standards de precaução é mais adequado, de modo que um standard de segurança é apropriado quando deixar os riscos significativos não se compara, em termos de benefício, aos danos que podem advir da atividade, e um standard de viabilidade é apropriado quando deixar os riscos significativos se compara, em termos de benefício, aos danos que podem advir da atividade:

A regulamentação de riscos com base na segurança é apropriada quando os custos de reduzir os riscos de lesões devastadoras até o ponto em que não

---

<sup>28</sup> “The significance of a risk, then, is not simply a matter of quantity, understood as statistical probability and magnitude measured numerically. Significance depends on both gravity and salience. Determining the gravity of a risk requires evaluative and qualitative judgments—judgments about how much we should fear a particular kind of harm or harms, how much a particular harm impairs the pursuit of a normal life, how bad it would be to live with that harm, and so on. Determining the salience of a risk requires not just an appraisal of the risk’s numerical probability, but also an evaluation of how prominent the risk is in comparison to other risks of the activity responsible for the risk at issue.”

são mais significativos não são comparáveis aos custos de suportar esses riscos de lesões devastadoras. A redução de risco baseada em viabilidade é apropriada quando os custos de redução de riscos de lesões devastadoras até o ponto em que não são mais significativos são comparáveis ao custo de suportar esses riscos de lesões devastadoras. (KEATING, 2018, p.250, tradução nossa)<sup>29</sup>

A avaliação depende, portanto, da importância do benefício que enseja o risco significativo e a maneira com que pode afetar os poderes de ação dos indivíduos e a capacidade de busca dos próprios fins – seja através de sua permissão ou através de sua proibição.

O licenciamento de determinados riscos faz sentido em um cenário em que o ônus da eliminação de todos os riscos de danos devastadores é, muitas das vezes, maior do que o ônus de suportá-los, porque a eliminação de todos os riscos requer a eliminação de todas as atividades. Um mundo livre de riscos só encontra aporte em um mundo no qual praticamente nenhum tipo de ação é licenciada. Uma vez que o argumento para encerrar uma atividade produtiva importante é o mesmo argumento para encerrar todas as atividades semelhantes, esse preço pode ser considerado alto demais, tendo em vista a importância da autonomia.

Keating salienta que esse tipo de visão não é nem welfarista, e nem mesmo consequencialista, uma vez que “ela leva em conta as consequências no projeto das instituições e direitos, mas não leva em conta as consequências em um estado final de mundo como o valor único ou principal” (KEATING, 2018, pp. 258/9, tradução nossa<sup>30</sup>).

Isso é dizer que o principal papel das instituições jurídicas e políticas, portanto, não é promover o bem-estar social (*social welfare*), mas construir uma estrutura na qual os interesses essenciais de cada pessoa sejam protegidos, e condições

---

<sup>29</sup> “Safety-based risk regulation is appropriate when the costs of reducing risks of devastating injury to the point at which they are no longer significant are not comparable to the costs of bearing those risks of devastating injury. Feasibility-based risk reduction is appropriate where the costs of reducing risks of devastating injury to the point at which they are no longer significant are comparable to the cost of bearing those risks of devastating injury.”

<sup>30</sup> “It takes consequences into account in designing institutions and rights, but it does not take consequences in an end state of the world to be the sole or master value.”

razoavelmente favoráveis para que as pessoas conduzam suas próprias vidas sejam estabelecidas (KEATING, 2018, p. 259).

Dessa forma, o propósito de maximizar as vidas poupadas pela soma dos custos e benefícios em alguma população não é uma maneira de fornecer a todos uma condição essencial de agência efetiva. Como a deontologia considera a distinção entre pessoas como fundamental e reconhece a prioridade de evitar danos, ela oferece suporte a padrões de precaução mais rigorosos do que uma simples justificativa de custos (KEATING, 2018, p. 200).

## **2.2. O estabelecimento de limites principiológicos à racionalidade agregativa**

Através da prioridade especial da prevenção de danos sérios e irreparáveis, Keating define como conceitos como a proteção à autonomia e aos poderes básicos de agência humana, e a viabilização para que sejam perseguidas concepções individuais de bem, são capazes de auxiliar na distinção entre os riscos permissíveis e não permissíveis.

São aspectos essenciais para que se possa distinguir a proposta deontológica de um mero cálculo agregativo o destaque conferido a bens essenciais como a saúde e a integridade física de maneira geral, que retiram sua força argumentativa da importância da capacidade de que possam ser perseguidos os próprios fins.

Ao mesmo tempo, o autor tem em consideração que um mundo livre de riscos à integridade física é um mundo no qual não existe qualquer possibilidade de ação, e ao prover razões deontológicas através das quais se demonstra o valor da possibilidade de ação e da autonomia, Keating se distancia do impasse moral típico da literatura não consequencialista<sup>31</sup>.

Os limites propostos por Keating estabelecem uma alternativa viável à agregação na medida em que apresentam standards relativos à permissibilidade das condutas, e não apenas standards para compensação, de acordo com

---

<sup>31</sup> Cf. tópico 1.2.2. *O dano como uma presunção de conduta injustificada (wrongful)*, p. 25

comprometimentos deontológicos. A restrição a agregação direta entre custos e benefícios, na qual apenas os números contam, é resultado da sustentação de Keating de que a autonomia tem uma prioridade especial, e por esse motivo, a prevenção de danos à integridade física tem uma prioridade especial.

O autor tem noções contratualistas como base das afirmações a respeito da importância da autonomia e da não agregação e, de forma mais específica, tem na teoria de justiça rawlsiana, marcadamente na proposta de justiça como equidade, a substância de seu entendimento da responsabilidade civil.

São esses os pressupostos que serão analisados a seguir, objetivando a compreensão da base argumentativa de Keating e os motivos que o levam a essa interpretação da responsabilidade civil.

### 3. ANÁLISE DAS IMPLICAÇÕES DO CONCEITO DE EQUIDADE (FAIRNESS) NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Toda a argumentação de Keating acerca do que deve compor a responsabilidade civil, e quais são seus objetivos, pressupõe uma ideia bem delimitada de equidade, que é explicitamente derivada do trabalho de John Rawls em *Uma teoria da justiça* (RAWLS, 1997) e, posteriormente, em *Justiça como equidade* (RAWLS, 2003). Keating utiliza-se também de conceitos encontrados no *Liberalismo Político* (RAWLS, 2000), especialmente no que diz respeito aos conceitos de racionalidade e razoabilidade.

A pedra de toque da argumentação de Keating se encontra na presunção de que a filosofia política de Rawls tem diversas implicações para a teoria da responsabilidade civil. De acordo com o autor, a responsabilidade civil “é rica em retórica de razoabilidade e justiça, e esses ideais estão no coração da filosofia política de Rawls” (KEATING, 2004, p. 1857, tradução nossa)<sup>32</sup>.

O entendimento do conceito de equidade rawlsiano, e sua aplicação direta em um ramo do direito civil, como a responsabilidade civil, é um trabalho que insta maiores cuidados e uma análise detida da aplicação da teoria. Keating argumenta considerar a teoria rawlsiana como um todo, mas garante, por outro lado, não estar engajado em um exercício de teoria ideal – distintamente de Rawls. Seu trabalho pretende ser um esforço de teoria não ideal, com vistas a determinar se a expansão do domínio da responsabilidade objetiva, em sua forma de responsabilidade da empresa, torna a responsabilidade civil mais justa tanto quanto possível (KEATING, 2004, p. 1869).

Nesse esforço, o autor traz o pano de fundo contratualista e as ideias de razoabilidade, comparação interpessoal e cooperação social justa para justificar a escolha dos moldes de responsabilidade civil que parecem atender mais proximamente o requisito rawlsiano de equidade.

---

<sup>32</sup> Our law of intentional and accidental physical injury is rich with the rhetoric of reasonableness and fairness, and these ideals lie at the heart of Rawls's political philosophy.

No entanto, se por um lado o argumento de Keating é o de que a teoria da responsabilidade civil, de modo geral, traz questões sobre razoabilidade e equidade, por outro lado o discurso acadêmico da responsabilidade civil é realizado em grande parte nos idiomas da eficiência e da justiça corretiva.

Por essa razão, Keating argumenta que por mais poderoso e esclarecedor que tenha sido esse trabalho, ele costuma obscurecer o destaque das concepções de razoabilidade e equidade na responsabilidade civil, advindo daí a importância da abordagem desse tópico sob uma perspectiva rawlsiana:

O grande trabalho de John Rawls nos fornece as ferramentas para restaurar esses ideais a um lugar igualmente proeminente no discurso normativo sobre a responsabilidade civil. (...) Espero mostrar o poder e a fertilidade das ideias de Rawls e a robustez das preocupações de equidade na responsabilidade civil. (KEATING, 2004, p.1858, tradução nossa)<sup>33</sup>

Com base em um importante ponto da teoria da justiça de Rawls que diz respeito às diferentes concepções de bem assumidas em uma sociedade que respeita os valores plurais, parte fundamental de sua proposta de liberalismo político, Keating argumenta que os julgamentos sobre a distribuição justa dos custos de acidentes surgem justamente do contexto em que pessoas livres e iguais se engajam em um conduta cooperativa mutuamente benéfica (KEATING, 2004, p. 1872). Como em Rawls, as práticas de cooperação entre pessoas iguais são o ponto de partida para que se chegue ao que pode ser chamado de divisão justa:

A função dos princípios de justiça (como parte de uma concepção política de justiça) é definir os termos equitativos de cooperação social. Esses princípios especificam os direitos e deveres básicos que devem ser garantidos pelas principais instituições políticas e sociais, regulam a divisão dos benefícios provenientes da cooperação social e distribuem os encargos necessários para mantê-la. Já que, do ponto de vista da concepção política, os cidadãos de uma sociedade democrática são considerados pessoas livres e iguais, os princípios de uma concepção democrática de justiça têm de especificar os termos equitativos de cooperação entre cidadãos assim concebidos. (RAWLS, 2003, p. 10)

---

<sup>33</sup> “John Rawls's great work provides us with the tools to restore those ideals to an equally prominent place in normative discourse about the law of accidents. (...) I hope to show both the power and fertility of Rawls's ideas, and the robustness of fairness concerns in our law of accidents”.

A partir disso, Keating sustenta que os princípios de justiça – que são embasados na ideia de sociedade como um empreendimento cooperativo entre pessoas livres e iguais – garantem que pessoas razoáveis tenham a mesma referência de divisão presumivelmente justa, a partir da qual as deliberações sobre a distribuição de encargos e benefícios da cooperação social são feitas (KEATING, 2004, p. 1872). Dessa forma, a distribuição dos resultados das atividades integraria o que se pode chamar de encargos e benefícios da atividade social de maneira geral.

### **3.1. Pontos de encadeamento e distanciamento entre a teoria da justiça de Rawls e a proposta de Keating**

Considerando o forte apelo à ideia de equidade rawlsiana na conformação das ideias de Keating, é importante estabelecer, então, do que se tratam os princípios de justiça rawlsianos e em que medida são capazes de significar um suporte razoável à concepção de Keating a respeito da responsabilidade civil.

Para isso, são analisados pontos nevrálgicos da teoria de justiça rawlsiana como os princípios de justiça, a ideia de estrutura básica e a posição original, com vistas a confrontá-los com o entendimento de Keating e compreender em que medida as duas propostas se aproximam e se distanciam.

#### *3.1.1. Os princípios de justiça rawlsianos*

Os princípios de justiça definidos por Rawls são justamente os termos adequados para reger a cooperação social, encontrados através de um dispositivo de representação chamado de “posição original”. A posição original é um experimento mental construído de forma que supostos representantes da sociedade possam entrar em um acordo razoável sobre os termos justos de cooperação entre si:

Em suma, a posição original deve ser entendida como um dispositivo de representação. Enquanto tal, formaliza nossas convicções refletidas de pessoas razoáveis ao descrever as partes (cada qual responsável pelos interesses fundamentais de um cidadão livre e igual) como situadas de uma forma equitativa e como devendo chegar a um acordo sujeitas a restrições

apropriadas às razões para propor princípios de justiça política. (RAWLS, 2003, p. 25)

O chamado “véu da ignorância” previne que tais representantes decidam de acordo com a posição que ocupam na sociedade, uma vez que desconhecem seus talentos, posição social e doutrinas abrangentes que sustentam (RAWLS, 2003, p.21). O objetivo de todo esse procedimento é que sejam escolhidos princípios de justiça que possam regular uma sociedade bem ordenada através do tempo. Rawls propõe que desse procedimento seriam então escolhidos dois princípios de justiça, a saber:

(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades pra todos; e

(b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípios da diferença). (RAWLS, 2003, p. 60)

Os referidos princípios estão ordenados em uma prioridade léxica, de forma que o princípio das liberdades básicas deve ser satisfeito antes de seguirmos para a satisfação do segundo princípio. O objetivo dessa prioridade é não permitir que reivindicações de cunho econômico se sobreponham à satisfação plena das liberdades básicas.

Satisfeitas as liberdades básicas, os participantes livres e iguais em um sistema de cooperação social têm reivindicações, *prima facie*, de partes iguais dos benefícios do sistema. Dessa forma, pessoas razoáveis, ao participarem como iguais em uma prática social que cria encargos e benefícios, compartilham da mesma referência de divisão justa, e é precisamente por essa razão que o princípio da diferença estabelece a "prioridade das pessoas em pior situação" - uma vez que uma distribuição desigual de renda e riqueza deve ser justificada especialmente a eles:

As reivindicações dos que estão em pior situação sob instituições que permitem desigualdades econômicas assumem uma certa prioridade, tanto porque os que estão em pior situação estão recebendo menos do que partes iguais dos benefícios aos quais têm uma reivindicação igual *prima facie*, quanto porque os princípios que governam as desigualdades de renda e

riqueza permitidas com relação à estrutura básica da sociedade exercem um efeito penetrante e profundo sobre as perspectivas de vida das pessoas sujeitas a eles. (KEATING, 2004, p. 1872, tradução nossa)<sup>34</sup>

É precisamente nesse ponto que Keating apresenta seu argumento principal em relação aos efeitos da aplicação dos termos de justiça rawlsianos à responsabilidade civil e à distribuição equitativa dos custos dos acidentes. Dados os termos de distribuição justa dos encargos e benefícios da cooperação social entre pessoas iguais, Keating argumenta que devam se aplicar também, especificamente, aos riscos de lesão à integridade física que surgem das atividades cooperativas e mutuamente benéficas (KEATING, 2004, p. 1872).

O que Keating propõe, então, é que o mesmo pano de fundo através do qual foram cancelados os princípios de justiça seja também utilizado na interpretação da responsabilidade civil. As ideias de cooperação social e distribuição justa dos encargos e benefícios são comuns a ambos os contextos, e Keating se utiliza da proeminência que encontram na concepção rawlsiana para demonstrar a importância da concepção de equidade na responsabilidade civil.

### *3.1.2. A relação entre a estrutura básica e as condutas potencialmente danosas*

A relação entre a prioridade da equidade e a responsabilidade civil, através de concepções advindas da teoria de justiça rawlsiana, passa necessariamente pelo questionamento acerca do pertencimento da responsabilidade civil à estrutura básica.

A estrutura básica é o objeto primário dos princípios de justiça, uma vez que funciona como uma espécie de intermediadora entre os indivíduos sujeitos a ela e os princípios de justiça:

---

<sup>34</sup> "The claims of those worst off under institutions which permit economic inequalities take on a certain priority, both because those worst off are receiving less than equal shares of the benefits to which they have a prima facie equal claim, and because principles governing permissible inequalities of wealth and income with respect to the basic structure of society have a pervasive and profound effect on the life prospects of those subject to them".

[A] estrutura básica da sociedade é a maneira como as principais instituições políticas e sociais da sociedade interagem formando um sistema de cooperação social, e a maneira como distribuem direitos e deveres básicos e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social no transcurso do tempo (RAWLS,2003, p.13)

A estrutura básica de uma sociedade tem, por isso, um efeito profundo e difuso nas perspectivas de vida de todos os membros da sociedade.

Dessa forma, a existência da estrutura básica evidencia que os princípios de justiça de Rawls não têm a pretensão de governar diretamente as escolhas dos indivíduos, mas se prestam a guiar o modo como a sociedade como um todo funciona. São, portanto, princípios para as instituições, e não para indivíduos (RAWLS, 2003, p.14).

A partir disso, a prioridade das reivindicações de equidade sobre as de eficiência aparece no âmbito da estrutura básica, precisamente pela sua composição por instituições que possuem um efeito abrangente sobre as perspectivas de vida dos indivíduos em sociedade.

Instituições menos abrangentes, por sua vez, como a responsabilidade civil, não possuem esse efeito generalizado requerido para que integre a estrutura básica da sociedade. Por essa razão, a equidade não tem prioridade, *prima facie*, sobre a eficiência. Isso porque o pano de fundo da justiça já existe através da estrutura básica, e os demais estão livres para perseguir seus fins por razões diversas, como a própria eficiência.

Keating, por sua vez, apesar de consentir com a importância da estrutura básica, e concordar com o fato de que a responsabilidade civil é uma instituição menos abrangente, e que por essa razão, não se encontra submetida diretamente à prioridade da justiça, encontra nos riscos de ferimentos graves e irreparáveis uma razão para que se dê prioridade a ideia de equidade na responsabilidade civil:

Dentro da responsabilidade civil, uma prioridade análoga da equidade surge apenas quando estão em questão os riscos de ferimentos graves e irreparáveis - riscos de morte ou devastação. Danos graves e irreparáveis têm um efeito generalizado e irreversível na vida daqueles que atingem, terminando suas vidas inteiramente ou deixando marcas permanentemente. O poder e a difusão desses efeitos tornam especialmente urgentes as

reivindicações daqueles em perigo de sofrer tais danos. (KEATING, 2004, p. 1878, tradução nossa)<sup>35</sup>

Dessa forma, o problema da suposição geral da responsabilidade civil de que a justiça pode ser feita após o fato mediante pagamento, é que ela leva em consideração apenas danos que geralmente não são graves e irreparáveis. Por essa razão supõe-se que o pagamento de indenização àqueles que sofreram danos pelos riscos característicos de uma atividade é o suficiente para que se alcance uma ideia de equidade. No caso de danos irreparáveis, no entanto, a situação é diferente:

Quando os danos são graves e irreparáveis, a distribuição justa não pode ser totalmente realizada após o fato. A morte é o caso canônico de um dano que não pode ser disperso e distribuído entre aqueles que se beneficiaram do risco responsável por ela. (KEATING, 2004, p.1878, tradução nossa)<sup>36</sup>

A fonte do argumento da prioridade da justiça como equidade sobre valores concorrentes tem aqui, portanto, uma apresentação diversa do argumento original. Se em Rawls a prioridade da justiça decorre dos efeitos profundos e difusos da estrutura básica, a prioridade da ideia de equidade na responsabilidade civil decorre da necessidade de que aqueles que têm proveito da imposição de risco com determinada atividade, sejam também aqueles especialmente responsáveis pelos danos causados.

O argumento da prioridade da justiça sobre outros valores concorrentes – como a eficiência, por exemplo – tem, portanto, uma fonte e força diferentes. Qualquer prioridade que a ideia de *fairness* tenha, decorre não da urgência especial das reivindicações de alguns dos afetados pelos riscos em questão, mas daquilo que Martin Stone chamou de "*the unity of doing and suffering*". Quando as pessoas agem em proveito próprio e se beneficiam das imposições de riscos que prejudicam outros, elas se destacam como especialmente responsáveis pelos danos envolvidos - tanto porque agiram como porque se beneficiaram. (KEATING, 2004, p.1878, tradução nossa)<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> "Within the law of accidents, an analogous priority of fairness arises only when risks of severe, irreparable injury-risks of death or devastation-are at issue. Severe, irreparable injury has a pervasive and irreversible effect on the lives of those upon whom it lights, either ending their lives entirely or scarring them permanently. The power and pervasiveness of these effects make the claims of those put in peril of such harm especially urgent."

<sup>36</sup> "When injuries are severe and irreparable, fair distribution cannot be fully realized after the fact. Death is the canonical case of a harm that cannot be dispersed and distributed across those who benefited from the risk responsible for it."

<sup>37</sup> "The case for the priority of fairness over competing values - efficiency, for instance - therefore has a different source and strength. Whatever priority fairness has stems not from the special urgency of the claims of some of those affected by the risks at issue, but from what Martin Stone has felicitously called "the unity of doing and suffering." When people act for their own advantage and benefit from the

A alternativa a esse modelo de reponsabilidade, que se baseia no beneficiário da atividade causadora de risco, seria um modelo no qual, por razões de eficiência, o responsável pelo dano é aquele melhor capaz de dispersar os custos dos acidentes.

Keating argumenta, entretanto, que responsabilizar alguém pelos danos causados simplesmente por sua capacidade de dispersar os custos é uma base bem mais problemática da responsabilidade, considerando que “as pessoas têm motivos para rejeitar princípios de responsabilidade por danos causados que se baseiam simplesmente na capacidade de um agente de atingir um fim socialmente desejável” (KEATING, 2004, p.1879, tradução nossa)<sup>38</sup>.

Por essa razão, a proposta de responsabilização do agente que por sua própria vontade se empenhou em uma atividade potencialmente danosa, e é, por sua vez, destinatário do benefícios, é uma forte candidata a aceitação razoável.

A equidade tem uma forte reivindicação para ser - como dito pelo juiz Friendly em *Ira S. Bushey & Sons, Inc. v. Estados Unidos* - um "princípio abrangente" que supera as alegações de eficiência quando transgride os limites da responsabilidade justa. Dentro desses limites, no entanto, não há razão para supor que a equidade tenha alguma prioridade absoluta sobre outras reivindicações normativas, sejam elas de eficiência ou de direito. (KEATING, 2004, p.1879, tradução nossa)<sup>39</sup>

Dessa forma, é possível compreender o destaque da ideia de equidade na responsabilidade civil, ao mesmo tempo em que são consideradas as demais reivindicações normativas que podem modificar a prioridade da equidade.

Considerações relativas à eficiência, no entanto, só tem lugar em um parâmetro no qual os danos são totalmente compensáveis através de transferência monetária. Quando os danos podem ser compensados monetariamente, ou seja, podem ser retificados, corrigidos à situação anterior, a equidade pode ser atingida, e meios eficientes para tal podem ser preferidos ao definir-se um modelo de responsabilidade.

---

impositions of risks which harm others, they single themselves out as specially responsible for the harm involved-both because they have acted and because they have benefited.”

<sup>38</sup> “People have reason to reject outright principles of responsibility for harm done which predicate responsibility simply on the ability of an agent to realize a socially desirable end.”

<sup>39</sup> “Fairness thus has a strong claim to be - as Judge Friendly says in *Ira S. Bushey & Sons, Inc. v. United States* - an "overarching principle" which trumps the claims of efficiency when they transgress the bounds of fair responsibility. Within those boundaries, however, there is no reason to suppose that fairness has some absolute priority over other normative claims, be they claims of efficiency or of right.”

Nesses casos, “a precaução eficiente - tomar precauções justificadas pelo custo e *apenas* precauções justificadas pelo custo - é consistente com uma ideia de equidade e propícia à sua realização” (KEATING, 2004, p.1880, tradução nossa)<sup>40</sup>. Isso porque, nesse contexto, a precaução eficiente maximiza os recursos disponíveis para reparação.

A situação se modifica quando tratamos de danos que não podem ser reparados monetariamente, no sentido de que não podem ser desfeitos pela mera transferência de dinheiro. Nesses casos, verifica-se a prioridade da equidade sobre a eficiência – ainda que não relativa à prioridade conferida através da estrutura básica, mas relativa à prioridade que o impedimento de danos graves e irreparáveis possui frente a condição básica de autonomia dos indivíduos.

### *3.1.3. O lugar da posição original na proposta de Keating*

Uma questão expressiva relacionada aos princípios de justiça rawlsianos diz respeito ao dispositivo da “posição original” e a sua importância no encadeamento de toda a teoria de justiça como equidade.

A estrutura descrita por Keating engradece diversos aspectos da teoria rawlsiana, desde a divisão de encargos e benefícios entre pessoas livres e iguais, até acolher os pressupostos do princípio da diferença, sob o qual as desigualdades de renda e riqueza devem ser justificáveis àqueles em pior situação. Entretanto, Keating omite completamente o dispositivo da posição original.

Através da ideia rawlsiana de justificação pública, compreende-se que os argumentos válidos são apenas aqueles que se pode esperar que cidadãos de uma sociedade plural concordem, de forma que a estrutura geral de governo, processo político e liberdades básicas são questões sobre as quais se pode esperar um acordo firme, mas nada muito além delas (RAWLS, 2003, p. 39).

---

<sup>40</sup> “Efficient precaution - taking cost-justified precaution and *only* cost-justified precaution - is both consistent with fairness and conducive to its realization.”

Esse acordo restrito legitimado pela concordância geral precisa ser produzido em circunstâncias que refletem a ideia fundamental de que a sociedade é um sistema justo de cooperação entre pessoas livres e iguais, e é precisamente nesse contexto que Rawls concebe a ideia de posição original.

A posição original é importante na medida em que é através dela que podemos vislumbrar um acordo entre os participantes da cooperação social, dado o fato do pluralismo razoável, e escolher princípios de justiça que possam ser acolhidos indistintamente através da comunidade política.

A posição original reúne, então, as circunstâncias que refletem o pressuposto fundamental da justiça como equidade: de que a sociedade é um sistema justo de cooperação entre pessoas livres e iguais.

Dessa forma, omitir a ideia da posição original pode significar omitir também suas conclusões, razão pela qual Keating expõe seus motivos para não trazer à tona esse dispositivo, os quais analisaremos separadamente.

A primeira razão trata do fato de que o que Keating está propondo é um exercício de teoria não ideal – “um esforço essencialmente dworkiniano para determinar se expandir o domínio da responsabilidade da empresa e diminuir proporcionalmente o domínio da responsabilidade subjetiva faz da responsabilidade civil o mais equânime que ela pode ser” (KEATING, 2004, p.1869, tradução nossa)<sup>41</sup>.

Assim, o que se pretende não é começar do zero, nem perscrutar se a responsabilidade civil faz parte de um esquema rawlsiano de sociedade, ou se estaria sujeita diretamente aos princípios de justiça – em síntese, se faria parte da estrutura básica. Por ser um exercício de teoria não ideal, não se pode contar com o fato de que todos aceitem as circunstâncias da justiça:

Não estamos engajados em um exercício de teoria ideal - não estamos começando com uma lousa em branco, decidindo determinar a responsabilidade civil ideal. A teoria da justiça de Rawls, por outro lado, é um exercício da teoria ideal - uma tentativa de elaborar a melhor concepção de justiça para pessoas livres e iguais e que aceitam várias condições (por exemplo, as circunstâncias da justiça) como restrições à concepção que eles

---

<sup>41</sup> “an essentially Dworkinian endeavor to determine whether expanding the domain of strict enterprise liability and proportionately shrinking the domain of negligence liability makes our existing law of accidents the fairest law that it might be”.

podem escolher. A aplicação direta da teoria de Rawls é, portanto, inadequada. (KEATING, 2004, p.1869, tradução nossa)<sup>42</sup>

O que se busca, então, é uma compreensão de justiça que tenha algo a dizer sobre a distribuição dos custos dos acidentes, e que possa contribuir para entender e reformular a responsabilidade civil (KEATING, 2004, p.1869). A investigação se dá, portanto, dentro dos limites dos princípios fundamentais da responsabilidade civil e de como ela se apresenta.

A segunda razão trata do possível uso ambíguo do dispositivo da posição original. Isso porque Keating argumenta que o dispositivo já foi apropriado outra vezes com vistas a amparar visões instrumentais e econômicas da responsabilidade civil, como pelos economistas Louis Kaplow e Steven Shavell em *Fairness Versus Welfare* (2002), e Charles Fried e David Rosenberg em *Making Tort Law: What Should Be Done and Who Should Do It* (2003)<sup>43</sup>, dada a possibilidade de eventualmente obscurecer a distância entre a ideia de acordo razoável e a ideia de escolha racional:

O dispositivo da posição original tem uma relação ambígua com as ideias centrais da teoria de Rawls. Por um lado, ilumina a relação entre A Teoria da Justiça e a tradição do contrato social. Ela carrega a tradição do contrato social porque modela o ideal de um acordo ideal e não forçado. Por outro lado, o dispositivo da posição original também pode obscurecer a distância entre a ideia de acordo razoável - que está no coração da visão de Rawls - e a ideia de escolha racional encontrada na economia e na teoria da decisão. O dispositivo deve, portanto, ser usado com cuidado e precisão, como mostra sua apropriação vaga em apoio a visões instrumentais e econômicas da responsabilidade civil. (KEATING, 2004, p. 1869, tradução nossa)<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> "We are not engaged in an exercise in ideal theory—we are not beginning with a blank slate, setting out to determine the ideal law of accidents. Rawls's theory of justice, by contrast, *is* an exercise in ideal theory—an attempt to work out the best conception of justice for persons who are free and equal, and who accept various conditions (e.g., the circumstances of justice) as constraints on the conception that they might choose. Direct application of Rawls's theory is therefore inappropriate".

<sup>43</sup> Ambos estendem a ideia de escolha *ex ante* para apoiar interpretações altamente econômicas da responsabilidade civil, e invocam Rawls para apoiar a escolha *ex ante* (KEATING, 2004, p.1869, nota 25).

<sup>44</sup> "The device of the original position bears an ambiguous relation to the central ideas of Rawls's theory. On the one hand, it illuminates the relation between *A Theory of Justice* and the social contract tradition. It carries on the social contract tradition because it models the ideal of an ideal, unforced agreement. On the other hand, the device of the original position can also obscure the distance between the idea of reasonable agreement which is at the heart of Rawls's view—and the idea of rational choice found in economics and decision theory. The device must therefore be used with care and precision, as its loose appropriation in support of instrumental and economic views of tort law shows."

Consideradas as razões apresentadas, Keating considera sensato afastar-se da posição original e enfatizar, por sua vez, as ideias que permeiam toda a teoria da justiça de Rawls, e não apenas, mas também toda a escola de filosofia moral e política da qual ela faz parte, refletindo as ideias de razoabilidade, cooperação social justa e a ideia de pessoas livres e iguais (KEATING, 2004, p.1869) encontradas no contratualismo. Sendo assim, a via encontrada pelo autor é colocar essas ideias em prática, permitindo que elas protagonizem a análise de distribuição justa dos custos de acidentes:

Devemos, portanto, trazer as ideias Rawlsianas diretamente, usando-as para enriquecer nossa compreensão dos ideais de justiça existentes em nossa responsabilidade civil e perguntando de maneira mais informal quando pessoas razoáveis – preocupadas com a distribuição justa dos custos de atividades arriscadas mutuamente benéficas – concordariam com um regime de responsabilidade subjetiva e quando concordariam com um regime de responsabilidade da empresa. Indagar de maneira mais informal envolve comparar a distribuição de encargos e benefícios entre causadores de dano e vítimas como classes, e considerar os motivos pelos quais eles podem avançar em favor dessas distribuições concorrentes. (KEATING, 2004, p.1870, tradução nossa)<sup>45</sup>

Compreendidos os motivos pelos quais a posição original dá lugar, na proposta de Keating, aos conceitos derivados da tradição rawlsiana e contratualista em geral, passa-se a explorar de forma mais detida os conceitos de razoabilidade e racionalidade, explicitamente derivados dessa literatura, e a forma com que influenciam a maneira como a responsabilidade civil é concebida sob as lentes da equidade.

### **3.2. As ideias de racionalidade e razoabilidade**

A ideia de razoabilidade, emprestada em grande parte da filosofia política Rawlsiana – essencialmente do Liberalismo Político (2000) – importa de maneira

---

<sup>45</sup> “We shall, therefore, bring Rawlsian ideas to bear directly, using them to enrich our understanding of the ideals of fairness extant in our law of accidents, and asking more informally when reasonable people concerned with distributing the costs of risky but mutually beneficial activities fairly-would agree to a regime of negligence liability and when they would agree to a regime of strict enterprise liability. Inquiring more informally involves comparing the distribution of burdens and benefits between injurers and victims as classes, and considering the reasons that they might advance in favor of these competing distributions.”

central à concepção de responsabilidade civil que mais se aproxima de uma ideia de equidade, elaborada por Keating.

A primeira noção importante é de que a razoabilidade e a racionalidade são noções complementares. A racionalidade requer a busca inteligente dos próprios fins, quaisquer que sejam esses fins. Isso porque pessoas razoáveis podem ter fins, preferências e aspirações diversas, e dessa forma, diferentes concepções do que constitui a sua própria ideia de vantagem racional:

O racional aplica-se à forma pela qual esses fins e interesses são adotados e promovidos, bem como à forma segundo a qual são priorizados. Aplica-se também à escolha dos meios e, nesse caso, é guiado por princípios conhecidos, como adotar os meios mais eficientes para os fins em questão ou selecionar a alternativa mais provável, permanecendo constantes as demais condições (RAWLS, 2000, p. 94).

No mesmo sentido, outra noção importante no campo da filosofia política Rawlsiana é a suposição de que pessoas razoáveis compartilham o objetivo comum de alcançar um acordo não forçado em termos de cooperação justos. A razoabilidade requer, então, que se leve em consideração o impacto da própria conduta sobre outras pessoas livres e iguais, como uma base para governar a conduta de maneira aceitável diante de outros.

É a noção de razoabilidade que define os “termos equitativos da cooperação que poderiam ser aceitos por todos os membros de um grupo qualquer, constituído por pessoas identificáveis separadamente, cada um deles possuindo e exercendo as duas faculdades morais indicadas” (RAWLS, 2002, p. 69).

A concepção de bem individualmente considerada evidencia um caráter eminentemente racional; no entanto, Rawls argumenta que pessoas livres e iguais têm, de forma geral, um senso efetivo de justiça, que nada mais é que a capacidade de respeitar os termos equitativos da cooperação. O campo do razoável é, portanto, o campo da pluralidade e da cooperação social:

O razoável diz respeito ao público, refere-se às motivações para fazer algo compartilhado por pessoas que professam concepções bem que são distintas. Ele tem uma dimensão política e compartilhada que o racional não possui, possibilitando a cooperação social. Todos os que cooperam devem ser beneficiários ou compartilhar dos encargos comuns de um modo relativamente satisfatório, avaliado por um critério adequado de comparação.

Chamarei de “Razoável” esse elemento presente na cooperação social. O outro elemento corresponde ao “Racional”. Ele exprime a concepção que cada participante tem de sua vantagem Racional e que ele tenta, enquanto indivíduo, concretizar. Como vimos, a interpretação do “Racional” na posição original corresponde ao desejo que têm as pessoas de efetivar e exercer as suas faculdades morais e garantir o avanço da sua concepção do bem (RAWLS, 2002, p. 66).

É importante notar, nessa oportunidade, que o conceito do que é razoável não deriva diretamente do racional – visto que, como expressou Rawls no Liberalismo Político, “ver a justiça como equidade como algo que procura derivar o razoável do racional é uma interpretação errada da posição original” (RAWLS, 2000, p. 96). São justamente por isso noções complementares, que fazem parte do aparato decisório de pessoas livres e iguais em uma sociedade cooperativa.

No entanto, pode-se dizer que o racional é de certa forma condicionado e pressuposto pelo razoável, através essencialmente da mobilização dos agentes racionais pelas próprias concepções de bem, que é precisamente o que dá sentido à cooperação social, e é também o fundamento da noção de justiça.

O “Razoável” pressupõe o “Racional” porque, sem as concepções do bem que mobilizam os membros do grupo, a cooperação social não teria sentido algum, como tampouco o teriam as noções do justo e da justiça, ainda que uma cooperação desse tipo concretize valores que vão muito além do que podem propor concepções do bem tomadas isoladamente. O “Razoável” condiciona o “Racional” porque os seus princípios limitam e até mesmo, tomado num sentido kantiano, limitam de modo absoluto os fins últimos que podem ser visados (RAWLS, 2002, p. 69).

Dessa forma, dado que a racionalidade e a razoabilidade podem divergir em situações em que as circunstâncias garantem um maior poder de barganha a uma das partes envolvidas em um acordo – o que se verifica em quase todo tipo de transação em uma sociedade complexa – pode-se dizer que se valer do poder de barganha para atrair para si um acordo mais favorável é um comportamento racional, por tratar-se da busca pelos próprios fins, sem no entanto se tratar de uma atitude razoável, quando o que se busca é uma aproximação da ideia de equidade (KEATING, 2004, p.1865).

Dessa forma, julgamentos de razoabilidade abstraem das desigualdades advindas do poder de barganha. Os termos razoáveis de cooperação são, portanto, aqueles em que as partes, independentemente do lado em que se encontrariam no

acordo, poderiam aceitar – “termos razoáveis de cooperação são termos que as partes estão dispostas a aceitar sem a coerção das circunstâncias ou, de fato, sem qualquer coerção” (KEATING, 2004, p.1865, tradução nossa)<sup>46</sup>.

Os termos justos de cooperação, sob os quais as partes podem barganhar, são então restritos pelas ideias de racionalidade e razoabilidade. A ideia apartada de racionalidade, quando tratamos de imposições de risco, dá azo a considerações acerca da importância individual que se atribui ao fim promovido pela exposição ao risco, e da eficácia na promoção do fim almejado – “os cânones da racionalidade, portanto, dão amplo domínio à subjetividade individual e são naturalmente expressos na linguagem da eficiência” (KEATING, 2004, p.1865, tradução nossa)<sup>47</sup>.

É racional, portanto, que pessoas corram riscos apenas quando os benefícios esperados para si superem os encargos. No entanto, a métrica escolhida para avaliação dos benefícios e encargos da imposição de riscos não depende somente dos critérios subjetivos de bem-estar individualmente considerados, dado que o que pode ser considerado um benefício por um indivíduo, pode não ser por outro. Essa diferença das concepções de bem de indivíduos em sociedade é o que torna a ideia de razoabilidade essencial na escolha dos termos justos de imposição de riscos socialmente considerados:

As imposições de risco racionais não são necessariamente razoáveis, porque pessoas diferentes têm valores diferentes e vidas distintas. As vidas distintas de pessoas diferentes não podem ser agregadas em uma única vida que colhe os benefícios e os encargos da imposição racional de riscos. Algumas pessoas morrem nas mãos de imposições de riscos cujos benefícios serão acumulados para outras. Em um mundo de pessoas distintas que afirmam concepções diversas e incomensuráveis do bem, não há nenhuma razão para supor que vítimas em potencial de uma dada imposição de risco valorizem os fins perseguidos por essa imposição de risco da mesma maneira que o potencial causador de dano que impõe os riscos o faz. (KEATING, 2004, p. 1865/66, tradução nossa)<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> “(...) fair terms of cooperation-are terms that parties would be prepared to accept absent the coercion of circumstance or, indeed, absent any coercion at all.”

<sup>47</sup> “The canons of rationality thus give wide rein to individual subjectivity, and are naturally expressed in the language of efficiency.”

<sup>48</sup> “Rational risk impositions are not necessarily reasonable ones because other people have different values and distinct lives. The distinct lives of different people cannot be collapsed into a single life that reaps both the burdens and the benefits of rational risk impositions. Some people will die at the hands of risk impositions whose benefits will accrue to others. In a world of distinct persons who affirm diverse and incommensurable conceptions of the good, there is, moreover, no reason to assume that potential victims of any given risk imposition value the ends pursued through that risk imposition in the same way as the potential injurer imposing the risks does.”

Assim, os fins e concepções de bem de indivíduos em uma sociedade plural não podem ser convertidos em uma métrica única, no sentido de que uma métrica individual não pode ser automaticamente prolongada aos demais membros sem que sejam sacrificados valores diversos, essenciais em uma sociedade complexa.

A razoabilidade aparece aqui, então, como uma ferramenta de conciliação entre o que é racional, eficiente, de uma perspectiva individual, e o que pode ser considerado equitativo quando as preferências de demais indivíduos estão em jogo: “a ideia geral de razoabilidade sobre a qual nos baseamos sugere que os riscos devem ser impostos em termos aceitáveis para uma pluralidade de pessoas com vidas distintas e fins e preferências diversas” (KEATING, 2004, p.1866, tradução nossa)<sup>49</sup>.

Sendo assim, termos razoáveis, e portanto, equitativos, são atingidos ao se comparar os benefícios e encargos sob diferentes princípios de cooperação. Isso não significa melhorar a situação de todos, tendo em vista que na comparação entre diferentes esquemas, aquele comparativamente mais justo não necessariamente melhora a situação daqueles que lucravam com o sistema mais injusto preexistente:

Entre iguais, termos justos de cooperação são determinados não comparando vantagens e desvantagens em relação ao patamar de direitos preexistentes, mas comparando encargos e benefícios entre aqueles afetados por possíveis princípios alternativos de cooperação. A razoabilidade de preferir um regime de responsabilidade objetiva a um de responsabilidade subjetiva, por exemplo, depende da comparação dos encargos para as vítimas sob um regime de responsabilidade subjetiva com os encargos para os causadores de dano sob um regime de responsabilidade objetiva - e não na comparação das vantagens para uns e das desvantagens para outros em sair de um regime de responsabilidade subjetiva para um de responsabilidade objetiva. (KEATING, 2004, p.1867, tradução nossa)<sup>50</sup>

Keating argumenta, então, que como a razoabilidade de possíveis termos de cooperação depende da distribuição dos encargos e benefícios da cooperação, são

---

<sup>49</sup> “The general idea of reasonableness on which we have drawn suggests that risks must be imposed on terms which are acceptable to a plurality of persons with distinct lives and diverse ends and preferences.”

<sup>50</sup> “Among equals, fair terms of cooperation are determined not by comparing advantage and disadvantage against the baseline of preexisting entitlements, but by comparing burdens and benefits to those affected under alternative possible principles of cooperation. The reasonableness of preferring a regime of strict liability to one of negligence, for example, depends on comparing burdens to victims under negligence to burdens to injurers under strict liability - not on comparing the advantages to some and the disadvantages to others of moving *from* a regime of negligence *to* one of strict liability.”

necessários alguns critérios para comparar encargos e benefícios de maneira interpessoal - o que pode ser um desafio para concepções liberais. Para isso, Keating parte da análise do trade-off entre a liberdade e a segurança para estabelecer critérios possíveis de comparação interpessoal que não infrinjam o comprometimento do respeito às diversas concepções de bem.

### *3.2.1. O trade-off entre a liberdade e a segurança e a possibilidade de comparação interpessoal*

Keating trata então da atratividade universal das ideias de liberdade e segurança, dado o interesse de cada indivíduo em viver sob sua própria concepção de bem, e em viver sob instituições que permitem perseguir-la. O argumento é de que parte essencial da busca dos próprios fins depende de uma certa medida de segurança, como a proteção contra lesões graves causadas por outros, ou mesmo a morte (KEATING, 2004, p.1862). Por outro lado, uma certa medida de liberdade é necessária na busca dos próprios fins, e isso muitas vezes significa colocar outras pessoas em risco – e, em última instância, sob um risco de lesões graves, ou mesmo a morte:

Quando agimos, colocamos os outros em perigo, mesmo que levemente, e mesmo quando agimos com a devida cautela. Se não nos é permitido colocar os outros em risco - se não podemos pôr em risco sua segurança - não podemos agir e, portanto, não podemos perseguir nossos objetivos e guiar nossas vidas. A segurança máxima extingue a liberdade e a liberdade máxima devasta a segurança. No entanto, medidas substanciais de cada uma são pré-condições essenciais da agência efetiva. Este é o dilema no coração da responsabilidade civil. (KEATING, 2004, p. 1863, tradução nossa)<sup>51</sup>

Quando a responsabilidade civil licencia a imposição de um risco, ela automaticamente aumenta a liberdade de alguns e coloca em perigo a segurança de outros. Dessa forma, aqueles que tem a busca de seus próprios fins licenciada - cuja

---

<sup>51</sup> When we act we put others at peril, even if only very slightly, and even when we act with appropriate caution. If we are not permitted to imperil others-if we cannot endanger their security-we cannot act and so cannot pursue our ends and lead our lives. Maximal security extinguishes liberty and maximal liberty devastates security. Yet substantial measures of each are essential preconditions of effective agency. This is the dilemma at the heart of accident law.

valorização se dá em uma âmbito eminentemente pessoal - expõem os demais a riscos à integridade física que não necessariamente estão dispostos a correr.

Quando a responsabilidade civil faz o contrário, ao restringir a imposição de um risco qualquer, limitando aquela atividade, ela aumenta a segurança de possíveis vítimas ao diminuir a liberdade daqueles que teriam interesse na realização daquela atividade. É por meio da responsabilidade civil, então, que são estabelecidos termos através dos quais liberdades concorrentes podem ser reconciliadas:

A tarefa da responsabilidade civil é conciliar liberdade e segurança em termos favoráveis e equitativos. Termos favoráveis permitem que as pessoas busquem seus objetivos e aspirações ao longo do curso de uma vida; termos equitativos reconciliam as reivindicações concorrentes de liberdade e segurança de maneiras aceitáveis, mesmo para aqueles que se encontram em desvantagem. (KEATING, 2004, p.1863, tradução nossa)<sup>52</sup>

Remanesce, no entanto, o problema de como valorar os fins em uma sociedade plural que estimula valores diversos e concepções de bem individualmente consideradas. Uma vez que algumas atividades são valorizadas por uns, e não por outros, como saber se os riscos que elas representam, que podem comprometer a integridade física e psicológica de pessoas indistintamente, são aceitos de uma maneira geral?

É justamente por isso que o problema do dano acidental é um problema de escolha social, visto que os princípios que regem a escolha social diferem acentuadamente dos princípios de escolha individual (KEATING, 2004, p.1864). Em uma perspectiva individual, pode ser racional expor-se a um risco que seria injusto impor aos outros, haja vista a ampla gama de atividades e modos de vida considerados valiosos individualmente:

Como as pessoas são iguais e independentes, os termos de imposição acidental de risco devem ser aqueles que pessoas iguais podem aceitar livremente como legítimas para o governo de suas vidas em comum. Fins e aspirações diversas e incomensuráveis florescem entre as pessoas livres,

---

<sup>52</sup> "The task of the tort law of accidents is to reconcile liberty and security on terms that are both favorable and fair. Favorable terms enable people to pursue their aims and aspirations over the course of complete lives; fair terms reconcile the competing claims of liberty and security in ways that are acceptable even to those they disadvantage."

porque a gama de atividades valiosas e modos de vida valiosos é diversa. (KEATING, 2004, p.1864, tradução nossa)<sup>53</sup>

A concepção de que termos justos são aqueles que reconciliam a liberdade e a segurança de forma que sejam aceitáveis até para aqueles que se encontram em uma situação de desvantagem, tem suas raízes, como aponta Keating, na tradição do contrato social na teoria política, especialmente conforme filósofos contemporâneos como John Rawls, Thomas Scanlon e Thomas Nagel (KEATING, 2004, p.1863, nota 15).

Dessa forma, quando pessoas afirmam fins diversos e incomensuráveis a partir de uma perspectiva racional, os critérios de comparação interpessoal - através dos quais os ônus e os benefícios da cooperação social são medidos - são talhados à partir de uma perspectiva razoável, de forma que possam ser aceitos mesmo por pessoas cujas preferências divergem. De acordo com Keating, o que torna isso possível é justamente a coincidência de necessidades fundamentais universalmente aceitas.

Em contraposição à divergência de aspirações, preferências e desejos, as pessoas ainda precisam de muitas das mesmas coisas: liberdade, segurança, saúde, renda e riqueza, por exemplo (KEATING, 2004, p.1867):

A ambição por trás dos "bens primários" de Rawls é identificar as condições institucionais (liberdades iguais) e "bens para todos os fins" de que as pessoas precisam para atingir seus diversos fins e aspirações, e fazer desses bens e condições institucionais a base da comparação interpessoal do bem-estar. (KEATING, 2004, p.1867, tradução nossa)<sup>54</sup>

Quando se fala de comparação interpessoal, os critérios acima são geralmente descritos como critérios "objetivos", em contraste com os critérios "subjetivos". Os critérios subjetivos de comparação interpessoal avaliam o nível de bem-estar de uma pessoa ao medir a importância individual de um benefício ou sacrifício apenas do

---

<sup>53</sup> "Because people are equal and independent, the terms of accidental risk imposition must be ones that equal people might freely accept as legitimate for the governance of their lives in common. Diverse and incommensurable ends and aspirations flourish among free people because the range of valuable activities and valuable ways of life is diverse."

<sup>54</sup> "The ambition behind Rawls's "primary goods" is to identify the institutional conditions (equal liberties) and "all purpose goods" that people need to pursue their diverse ends and aspirations, and to make these goods and institutional conditions the basis of interpersonal comparison of well-being."

ponto de vista dos gostos e interesses dessa pessoa. Os critérios objetivos, por sua vez, avaliam os encargos e benefícios através do que pode ser mutuamente aceitável para pessoas cujas preferências divergem (KEATING, 2004, p.1867, nota 21).

O interesse comum de cada indivíduo em poder manter e realizar seus próprios fins e aspirações faz com que a liberdade de ação e a segurança sejam condições cuja importância pessoas com preferências divergentes podem concordar. Isso porque, além da liberdade de ação - uma busca ativa pelos próprios fins - é importante que cada um esteja protegido de danos à integridade física que sejam capazes de eliminar completamente, ou em parte expressiva, a possibilidade de busca de suas próprias aspirações – uma proteção passiva dos próprios fins:

Liberdade e segurança são condições essenciais para a busca da maioria dos fins que os seres humanos têm, especialmente quando pensamos em perseguir fins ao longo de uma vida completa. Os riscos de dano à integridade física se materializam em danos à integridade física, e o dano à integridade física pode solapar totalmente a busca dos objetivos e metas de alguém. Mesmo quando o dano à integridade física não leva à morte, pode romper profundamente com a busca de objetivos e aspirações, tornando impossível a realização de alguns fins e impedindo severamente a busca de outros fins. (KEATING, 2004, p.1868, tradução nossa)<sup>55</sup>

Por outro lado, a proibição da liberdade de ação é definitivamente a principal causa a impossibilitar a busca dos próprios objetivos. A proibição de toda e qualquer atividade em razão dos riscos que infligem aos outros não pode ser boa para ninguém, visto que a perseguição de uma concepção própria de bem restaria inteiramente frustrada.

A razoabilidade das imposições de risco se encontra quando a liberdade de impor um risco é mais valiosa do que a segurança perdida. Em contraposição, um imposição de risco não é razoável, e nem racional, quando a segurança perdida é mais valiosa do que a liberdade de ação adquirida (KEATING, 2004, p.1868).

---

<sup>55</sup> "Freedom and security are essential conditions for the pursuit of most of the ends human beings hold, especially when we think of pursuing ends over the course of a complete life. Risks of physical harm materialize into physical harm, and physical harm can end the pursuit of one's aims and objectives entirely. Even when physical harm does not lead to death, it can profoundly disrupt the pursuit of ends and aspirations, rendering the realization of some ends impossible and severely impeding the pursuit of other ends."

Pode-se argumentar que dizer isso ainda é muito geral, e que são necessárias categorias mais concretas para que se possa dizer com precisão quais imposições de riscos são razoáveis, socialmente consideradas. No entanto, Keating argumenta que o projeto pretendido por ele, nesse momento, se preocupa apenas com a razoabilidade na escolha entre um esquema responsabilidade subjetiva em comparação com um esquema de responsabilidade objetiva, de forma que

“[n]esse contexto, a explicação relativamente abstrata dos interesses em jogo, dada pelos termos "liberdade" e "segurança", parece suficiente. A escolha entre responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva é altamente geral, e é natural pensar nisso em termos altamente gerais.” (KEATING, 2004, p.1868, tradução nossa)<sup>56</sup>

Os esforços de Keating se concentram, então, exclusivamente na escolha entre esquemas dados e culturalmente duradouros de distribuição dos custos e benefícios das atividades socialmente importantes e potencialmente arriscadas – entre a responsabilidade civil objetiva e subjetiva – de forma que os interesses colocados de forma abstrata podem ser suficientes quando o que se pretende é a escolha entre esquemas altamente gerais<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> “In this context, the relatively abstract account of the interests at stake given by the terms "liberty" and "security" seems sufficient. The choice between negligence and strict liability is a highly general one, and it is natural to think about it in highly general terms.”

<sup>57</sup> É importante salientar que, nesse contexto, Keating não está preocupado em demonstrar a capacidade de que razões deontológicas possam determinar a permissibilidade de condutas arriscadas. Para maiores esclarecimentos sobre o tema, cf. cap. 2 – “O pressuposto deontológico e o contratualismo como fundamentos da responsabilidade civil”.

## 4. A ESCOLHA ENTRE OS ESQUEMAS DE RESPONSABILIDADE

Tendo em vista que os conceitos relativos ao cenário de equidade proposto foram esclarecidos nos capítulos anteriores, a intenção, nesse momento, é considerá-los frente a necessidade de escolha entre espécies de responsabilidade que já são previamente consideradas na cultura política, a saber, o esquema de responsabilidade objetiva e o esquema de responsabilidade subjetiva.

Esses esquemas podem carregar em si diferentes subtipos, mas de maneira geral podem ser agrupados nos dois grandes grupos citados. A partir deles, algumas diferenças fundamentais podem ser traçadas, de forma a facilitar a escolha daquele que melhor incorpora a ideia de equidade.

A distinção essencial entre os dois esquemas, evidenciada por Keating, pode ser indicada pelo fato de que enquanto a responsabilidade subjetiva critica a conduta, a responsabilidade objetiva critica apenas a falha em reparar o dano causado (KEATING, 2004, p.1870).

Dessa forma, sob um esquema de responsabilidade subjetiva, é considerada injustificada (*wrongful*) a própria atitude perpetrada pelo causador de dano, por se tratar de uma conduta insuficientemente cuidadosa, e em última instância, não razoável. O pagamento de indenização aparece aqui como uma reparação pela violação indevida, ou injustificada (*wrongful*), da integridade física e da propriedade de terceiros.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, não faz juízos a respeito da conduta daquele que causou danos – considera apenas a falha em reparar a lesão uma atitude não razoável. Dessa forma, o pagamento de indenização àqueles que sofreram danos advindos do risco característico de uma atividade aparece apenas como uma condição para a condução dessa atividade – para que os custos de uma atividade não retem onde caíram, mas sejam distribuídos de forma equitativa.

A escolha entre esquemas de responsabilidade objetiva e subjetiva é, portanto, uma escolha entre deixar custos de acidentes não negligentes -

custos decorrentes de riscos razoavelmente impostos - nas vítimas que os sofrem ou transferir essas perdas de volta para os causadores de dano que os infligem, e entre razões para impor responsabilidade. A responsabilidade subjetiva imputa responsabilidade pela imposição de risco não razoável; a responsabilidade objetiva imputa responsabilidade pela imposição razoável de riscos. (KEATING, 2004, p.1871, tradução nossa)<sup>58</sup>

Dessa forma, a responsabilidade subjetiva impõe um ônus maior às vítimas, porque requer que arquem com os custos dos acidentes não negligentes, enquanto a responsabilidade objetiva impõe maiores encargos aos causadores de dano, porque requer que suportem os custos dos acidentes não negligentes.

A questão, portanto, é sobre quando é razoável impor maiores encargos às vítimas e quando é razoável impor maiores encargos aos causadores de dano. Keating sugere que a resposta é que a razoabilidade de preferir a responsabilidade subjetiva à responsabilidade objetiva, e vice-versa, depende da comparação de encargos e benefícios para os causadores de dano e vítimas sob esses princípios concorrentes (KEATING, 2004, p.1871).

Dessa forma, a escolha justa entre esquemas de responsabilidade civil, alinhada com uma ideia de equidade, nada mais é do que a escolha entre distribuições alternativas dos custos do acidentes.

#### **4.1. O critério da equidade e as diferenças entre os esquemas propostos por Keating e Fletcher**

Ainda que não seja corriqueiro que abordagens da responsabilidade civil tratem diretamente da influência da teoria da justiça de Rawls, Keating não é o primeiro a abordar o tema sob uma perspectiva rawlsiana. No início da década de 1970, George Fletcher escreveu um artigo abordando a equidade na responsabilidade civil<sup>59</sup>. Sua abordagem tratava da reciprocidade, e ausência de reciprocidade, na imposição de

---

<sup>58</sup> "The choice between negligence and strict liability is thus a choice both between leaving nonnegligent accident costs - costs arising out of risks reasonably imposed - on the victims who suffer them and shifting such losses back to the injurers who inflict them, and between reasons for imposing liability. Negligence is liability for unreasonable risk imposition; strict liability is liability for reasonable risk imposition."

<sup>59</sup> FLETCHER, George. Fairness and Utility in Tort Theory, *Harvard Law Review* 537, 1972.

riscos. Sua conclusão é de que quando os riscos não são recíprocos, a responsabilidade objetiva é o domínio responsável, enquanto quando os riscos são recíprocos, a responsabilidade subjetiva deve ser aplicada.

Para um melhor entendimento da proposta de Keating, é importante a compreensão do critério de reciprocidade de risco de Fletcher, na medida em que estabelece o cenário sob o qual Keating elabora suas conclusões, auxiliando na elucidação de conceitos como comunidade de risco, riscos recíprocos e custos e benefícios equitativos.

Fletcher considera como recíprocos aqueles riscos impostos por diferentes indivíduos, mas que são iguais em probabilidade de ocorrência, e iguais em gravidade. Esses riscos têm a capacidade de interferir na segurança de alguns e aumentar a liberdade de outros como qualquer outro risco, mas têm como diferencial o fato de afetar os níveis de liberdade e segurança das partes em níveis iguais, de forma que todos, individualmente considerados, são potenciais vítimas e potenciais causadores de dano na mesma proporção (FLETCHER, 1972, p. 550).

Isso nos leva ao conceito de comunidade de risco relevante, que se caracteriza pela reciprocidade do risco imposto entre todos os seus participantes, de forma que o benefício é mútuo, assim como os potenciais encargos. Cada um dos membros de uma comunidade de risco relevante renuncia a uma parcela igual de segurança em troca de uma parcela igual de liberdade, e essa troca só é razoável quando os riscos conferem mais benefícios do que prejuízos àqueles que estão expostos a eles:

Um limite de velocidade de sessenta é mais razoável do que um limite de velocidade de trinta quando - e somente quando - a liberdade de dirigir trinta milhas por hora mais rápido vale mais do que o aumento do risco de lesões que acompanha esse aumento de velocidade. Quando os riscos são recíprocos, cada pessoa renuncia a uma quantidade igual de segurança e ganha uma quantidade igual de liberdade. Quando riscos razoáveis são recíprocos, cada membro da comunidade que lhes impõe e é exposto: (1) renuncia a uma quantidade igual de liberdade; (2) ganha uma quantidade igual de segurança; e (3) ganha mais em termos de liberdade do que perde em termos de segurança. (KEATING, 2004, p.1881, tradução nossa)<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> "A speed limit of sixty is more reasonable than a speed limit of thirty when-and only when-the freedom to drive thirty miles an hour faster is worth more than the increased risk of injury that accompanies that increase in speed. When risks are reciprocal, then, each person relinquishes an equal amount of security and gains an equal amount of freedom. When reasonable risks are reciprocal, each member of the community that imposes and is exposed to them: (1) relinquishes an equal amount of freedom; (2)

A equidade no critério de reciprocidade de risco de Fletcher se encontra justamente na ideia de que nenhum membro da comunidade ganha mais liberdade em detrimento de outro, vez que qualquer acréscimo de liberdade resulta em acréscimo a todos os participantes, e, conseqüentemente, a uma igual dedução de segurança.

O argumento principal de Fletcher é que em um cenário de riscos recíprocos, o esquema de responsabilidade civil que é capaz de melhor alocar custos é a responsabilidade subjetiva. Isso se dá porque os custos dos acidentes sem culpa já se encontram devidamente alocados de forma justa, considerando que os riscos são recíprocos.

Dessa forma, os acidentes causados pelas atividades em uma comunidade de risco podem, de maneira justa, “ficar onde caíram”, sem que exista qualquer necessidade de transferi-los ao causador do dano. A justiça nesse esquema se encontra no fato de que o causador do dano está igualmente sujeito a danos futuros, inclusive danos causados por sua eventual vítima. Em um determinado espaço de tempo, todos os participantes de uma comunidade de risco terão sido igualmente vítimas e causadores de dano.

A alternativa a esse esquema de responsabilidade, a responsabilidade objetiva, se mostra supérflua nesse panorama, visto que, não sem custos extras, transfere os custos do dano da vítima ao causador de dano, o que já seria feito naturalmente pela reciprocidade de risco - "quando os riscos são recíprocos entre as partes relevantes (...) a responsabilidade objetiva nada mais faz do que substituir uma forma de risco por outra - o risco de responsabilidade pelo risco de danos pessoais" (FLETCHER, 1972, p.547, tradução nossa<sup>61</sup>).

Assim, apresentada a síntese da proposta de Fletcher, é possível perceber que o cenário de equidade ilustrado é um cenário receptivo às concepções de Keating, dada a ideia de distribuição razoável dos custos e benefícios das atividades.

---

gains an equal amount of security; and (3) gains more in the way of freedom than they lose in the way of security.”

<sup>61</sup> “Where the risks are reciprocal among the relevant parties (...), a rule of strict liability does no more than substitute one form of risk for another - the risk of liability for the risk of personal loss.”

No entanto, ainda que ambos os autores sejam guiados por uma concepção de equidade, a proposta de Fletcher se aproxima da responsabilidade subjetiva de maneira preponderante, enquanto a proposta de Keating põe em foco a responsabilidade objetiva, mais especificamente em sua forma de responsabilidade da empresa.

Nos tópicos a seguir serão analisados mais detidamente os motivos pelos quais as propostas se aproximam, e os motivos pelos quais se distanciam e modificam seus enfoques, contribuindo assim a uma melhor compreensão do argumento de Keating.

#### *4.1.1. O critério da reciprocidade de risco e sua relação com a distribuição equitativa dos resultados e a reprovabilidade da conduta*

Como demonstrado, a ideia de comunidade de risco é um ponto central na construção do argumento de Fletcher, visto que através dela é possível analisar se os riscos das atividades estão sendo propriamente distribuídos, seja por meio da responsabilidade subjetiva ou objetiva.

Quando os participantes de uma comunidade de risco impõem riscos iguais uns aos outros – de forma a impor riscos através de uma atividade, e ser exposto aos riscos através da atividade de outrem, na mesma intensidade e magnitude – os custos e benefícios das atividades arriscadas estariam propriamente alocados através da responsabilidade subjetiva, uma vez que o risco decorrente de atividades realizadas de maneira razoável já se encontra naturalmente distribuído (FLETCHER, 1972, p.549).

Por outro lado, Keating argumenta que quando os riscos são impostos não mais dentro de uma mesma comunidade de risco, mas impostos por uma comunidade à outra, a responsabilidade subjetiva não é capaz de repartir os riscos de maneira equitativa. Ainda que os riscos sejam impostos através de atividades nas quais foi exercido o devido cuidado, a ausência de reciprocidade dos riscos faz com que a responsabilidade objetiva seja necessária para que possam ser mantidas as

atividades que engendram os riscos, e a distribuição dos custos e benefícios não se distancie da equidade.

O argumento posto por Keating, nesse panorama, é de que é interessante manter as atividades que geram riscos razoáveis mas não recíprocos quando esses riscos servem, a longo prazo, ao benefício das próprias vítimas em potencial (KEATING, 2004, p.1881). Nesse panorama em que a ausência de reciprocidade de riscos é benéfica às próprias vítimas, a responsabilidade objetiva garante que sejam reparados os danos sofridos.

Dessa forma, com a garantia da compensação, as potenciais vítimas se encontram em uma situação melhor do que estariam na ausência da atividade que engendra o risco. É mais vantajoso para a vítima que não se proíba a atividade que traz benefícios a longo prazo, ainda que não seja compensada; no entanto, a compensação deixa a situação mais próxima da equidade quando comparada com sua alternativa – que as vítimas utilizem os próprios recursos para reparação.

O pagamento de indenização às vítimas de acidentes decorrentes de imposições de risco razoáveis, mas não recíprocos, é, portanto, uma condição para a realização legítima de atividades cujos riscos razoáveis não são recíprocos, não para reparação de danos infligidos indevidamente. Riscos não recíprocos razoáveis não são mutuamente benéficos - não são justos - no forte sentido de que são riscos recíprocos razoáveis, porque os benefícios de riscos não recíprocos razoáveis são capturados por muitos e seus encargos suportados por poucos. A responsabilidade subjetiva não faz nada para corrigir essa injustiça, porque deixa os custos de acidentes não negligentes concentrados naqueles infelizes o suficiente para tê-los sofrido. A responsabilidade objetiva retifica essa injustiça transferindo os custos das imposições de riscos não recíprocos de volta àqueles que as impõem e, assim, se beneficiam ao máximo com a imposição. (KEATING, 2004, p.1882, tradução nossa)<sup>62</sup>

A diferença no tratamento entre as duas formas de riscos – recíprocos e não recíprocos – demonstra também a diferença na consideração de reprovabilidade da

---

<sup>62</sup> “The payment of compensation to the victims of accidents issuing from reasonable but not reciprocal risk impositions is thus a condition for the legitimate conduct of activities whose reasonable risks are nonreciprocal, not redress for harm wrongly inflicted. Reasonable nonreciprocal risks are not mutually beneficial-are not fair-in the strong sense that reasonable reciprocal risks are, because the benefits of reasonable nonreciprocal risks are captured by many and their burdens borne by few. Negligence liability does nothing to rectify this unfairness, because it leaves nonnegligent accident costs concentrated on those unfortunate enough to have suffered them. Strict liability does rectify this unfairness by shifting the costs of nonreciprocal risks of impositions back onto those who impose them and so benefit the most from imposing them.”

conduta que engendra os riscos. Quando se tratam de condutas retificadas pela responsabilidade objetiva, a imposição de riscos não é reprovável em si, ainda que não sejam recíprocos. A imposição de riscos razoáveis em um cenário de riscos não recíprocos exige apenas que os custos dos acidentes sejam cobrados daqueles que impõem os riscos e se beneficiam diretamente dele. Não há crítica à conduta, mas à ausência de reparação.

Quando o tratamento dos riscos se dá pela responsabilidade subjetiva, os riscos encontrados são, antes da realização da conduta negligente, razoáveis e recíprocos. Dessa forma, a conduta negligente que desequilibra a reciprocidade de riscos é censurável por colocar em risco a segurança de outros por uma motivação individual. Essa motivação não é razoável quando não é capaz de acarretar um benefício geral, ainda que o risco fosse tornado recíproco - a conduta é censurável, portanto, porque não é razoável:

A conduta que gera a responsabilidade subjetiva é censurável - irracional - porque não mostra consideração suficiente pela segurança dos outros. A responsabilidade subjetiva, portanto, envolve críticas à conduta; falha na conduta. A responsabilidade subjetiva critica adequadamente a conduta porque uma conduta insuficientemente cuidadosa ocasiona um equilíbrio irracional entre o interesse do próprio causador de dano em ser livre para impor riscos a outras pessoas e a segurança da vítima. (KEATING, 2004, p.1883, tradução nossa)<sup>63</sup>

Em casos em que a existência de uma atividade é benéfica e sua proibição causa mais malefícios do que benefícios aos afetados pelos riscos, a conduta que engendra eventuais riscos não recíprocos pela própria natureza da atividade é plenamente justificável e razoável. A reparação dos danos causados através da responsabilidade objetiva não expressa um juízo de condenação, devolvendo apenas o senso de equidade buscado pelo critério de reciprocidade de risco:

Quando os riscos não são recíprocos, da mesma forma que os riscos do transporte de gasolina por caminhões-tanque são não recíprocos, a conduta subjacente não é injustificável ou irracional. Muito pelo contrário, uma sociedade tão dependente do transporte privado de automóveis quanto a nossa precisa de gasolina e, portanto, precisa transportá-la até os postos de

---

<sup>63</sup> "The conduct which gives rise to negligence liability is objectionable – unreasonable – because it does not show sufficient regard for the security of others. Negligence liability therefore involves the criticism of conduct; it *faults* conduct, and properly so. Negligence liability properly criticizes conduct because insufficiently careful conduct strikes an unreasonable balance between the injurer's own interest in being free to impose risk on others and the victim's security."

gasolina. A prática de transportá-la é justificável. A responsabilidade objetiva é imposta não porque a conduta é censurável, mas porque a responsabilidade subjetiva distribui os encargos e benefícios da conduta de maneira injusta. Sob responsabilidade subjetiva, a maior parte dos benefícios é colhida por aqueles que possuem e operam caminhões-tanque, benefícios menores são colhidos (em graus variados) pelo resto de nós e os encargos da atividade são suportados por alguns infelizes, cujo destino é ser imolado pelas explosões pouco frequentes que são o custo inevitável da prática. (KEATING, 2004, p.1883, tradução nossa)<sup>64</sup>

Dessa forma, Keating encerra o argumento acerca da distribuição dos custos e benefícios das atividades vistos sob a perspectiva da reciprocidade de riscos. O panorama utilizado parte da proposta de Fletcher para justificar a aplicação de diferentes esquemas de responsabilidade quando o que se tem em vista é um projeto de responsabilidade civil que sirva a uma concepção de equidade.

No entanto, ainda que exista concordância quanto a proposta de justiça, o cenário no qual ela se desenvolve não condiz, na visão de Keating, com a maneira com que os riscos se materializam em uma sociedade complexa - razão pela qual as propostas de Keating e Fletcher conduzem a diferentes resultados. Passaremos, então, à análise dessas diferenças.

#### *4.1.2. Os diferentes mundos sociais*

A diferença entre as conclusões dos autores acontece, Keating argumenta, porque a proposta de Fletcher, e a sua própria, assumem diferentes “mundos sociais” (KEATING, 2004, p. 1887). Em um mundo social em que os atos são isolados, perpetrados por agentes individuais, os acidentes comumente se materializam através de atores independentes e não relacionados, e “tomadas como um todo, as atividades

---

<sup>64</sup> “When risks are nonreciprocal in the way that the risks of transporting gasoline by tanker trucks are nonreciprocal, the underlying conduct is not unjustifiable or unreasonable. Quite the contrary, a society as dependent on private automobile transportation as ours needs gasoline, and thus needs to have it transported to gas stations. The practice of transporting it is justifiable. Strict liability is imposed not because the conduct is objectionable, but because negligence liability distributes the burdens and benefits of the conduct unfairly. Under negligence liability, the lion's share of the benefits are reaped by those who own and operate gasoline tankers, lesser benefits are reaped (in varying degrees) by the rest of us, and the burdens of the activity are borne by an unlucky few whose fate it is to be immolated by the infrequent explosions that are the inevitable cost of the practice.”

desses atores individuais são difusas e desorganizadas e, bem possivelmente, atuariamente pequenas” (KEATING, 2004, p.1888, tradução nossa<sup>65</sup>).

Em um mundo de atos isolados, a imposição de responsabilidade objetiva somente desloca os custos do acidente da vítima ao causador de dano, em todos os casos, independentemente de culpa por parte do causador do dano. Nesses casos, a imposição de responsabilidade objetiva não necessariamente torna a responsabilidade civil mais equitativa, corroborando a assertiva de Fletcher de que essa proposta somente é capaz de substituir uma forma de risco por outra:

No "mundo dos atos", então, os riscos são eventos isolados, "one-shot". O dano, quando materializado, é um infortúnio acidental. Como os agentes são pequenos e os riscos independentes e não correlacionados, as regras de responsabilidade deslocam, mas não dispersam as perdas. (KEATING, 2004, p. 1888, tradução nossa)<sup>66</sup>

Assim, se a teoria de Fletcher se baseia em uma espécie de “mundo dos atos”, Keating se baseia em um “mundo das atividades”. Isso é dizer que enquanto Fletcher trata de um mundo de danos isolados e não generalizados, Keating tem como pressuposto danos não eventuais, causados por empreendimentos organizados:

No "mundo das atividades", os riscos são generalizados e sistêmicos. Os riscos sistêmicos surgem de uma atividade repetida continuamente (a fabricação de garrafas de Coca-Cola, o transporte de gasolina, o fornecimento de água por uma concessionária) que é atuariamente grande. O dano "acidental" é estatisticamente certo como resultado de tais riscos: se você fabricar garrafas de Coca-Cola suficientes, algumas certamente romperão; se você transportar gasolina suficiente, alguns petroleiros explodirão; se você deixar os canos da rede de água sem inspeção no solo por tempo suficiente, alguns quebrarão; se você desembarcar marinheiros o suficiente na costa, alguns deles estarão fadados a voltar aos navios bêbados e causar estragos. No "mundo das atividades", tanto os agentes quanto as atividades são grandes e, portanto, o custo dos acidentes pode ser disperso e distribuído. (KEATING, 2004, p. 1888, tradução nossa)<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> “Taken as a whole, the activities of these individual actors are diffuse and disorganized, and quite possibly actuarially small.”

<sup>66</sup> “In the "world of acts," then, risks are isolated, "one-shot" events. Harm, when it materializes, is an accidental misfortune. Because actors are small, and risks independent and uncorrelated, liability rules shift, but do not spread, losses.”

<sup>67</sup> “In the "world of activities," risks are generalized and systemic. Systemic risks arise out of a continuously repeated activity (the manufacturing of Coke bottles, the transportation of gasoline, the supplying of water by a utility) that is actuarially large. "Accidental" harm is statistically certain to result from such risks: If you make enough Coke bottles some are sure to rupture; if you transport enough gasoline, some tankers are sure to explode; if you leave water mains uninspected in the ground long enough, some are sure to break; if you turn loose enough sailors on shore leave, some of them are

Uma vez que as atividades são atuarialmente grandes, os danos em potencial são previsíveis, inclusive em sua regularidade, e dessa forma podem ser incluídos no cálculo de custos da empresa. Com base nesse pressuposto de que as atividades são organizadas e se apresentam em larga escala é que se pode dizer que a responsabilidade objetiva é mais justa aqui do que a responsabilidade subjetiva.

Sob a responsabilidade objetiva, ou responsabilidade da empresa, aqueles que se beneficiam dos riscos sistêmicos também suportam os custos dos acidentes que resultam desses riscos. A responsabilidade da empresa é uma forma de responsabilidade similar à responsabilidade objetiva, proposta por Keating, que se presta a alocar os custos dos acidentes advindos dos riscos característicos de uma atividade, tanto negligentes quanto não negligentes, nas empresas ou atividades responsáveis por eles. Dessa forma, os custos dos danos acidentais concentrados passam a ser dispersos entre os agentes das atividades que se beneficiam da imposição de risco.

A ideia central de equidade incorporada pela responsabilidade da empresa é uma ideia de equidade na distribuição dos danos, ou seja, a ideia de que os ônus dos prejuízos acidentais devem ser distribuídos entre aqueles que se beneficiam dos riscos que resultam nesses prejuízos. (KEATING, 2004, p.1886/87, tradução nossa)<sup>68</sup>

Essa concepção sobre quem deve suportar os custos dos danos advindos dos riscos característicos de uma atividade – os riscos que são comuns àquele tipo específico de atividade – tem como base a presunção de que os custos do dano devem ser compartilhados por quem lucra com a atividade responsável pelo dano, de forma que os custos não fiquem concentrados na parte lesada ou dispersos em atividades não relacionadas.

Dessa forma, a responsabilidade da empresa é mais equitativa que a responsabilidade subjetiva no “mundo das atividades” porque “a responsabilidade subjetiva deixa os danos concentrados nos causadores de dano; a responsabilidade

---

bound to return to their ships drunk and wreak havoc. In the "world of activities", both actors and activities are large. The cost of accidents can therefore be dispersed and distributed.”

<sup>68</sup> “The core idea of fairness embodied by enterprise liability is an idea of fairness in the distribution of harm, namely, the idea that the burdens of accidental injury should be distributed across those who benefit from the risks which result in those injuries.”

da empresa dispersa as perdas concentradas e as distribui por todos os beneficiários de uma empresa” (KEATING, 2004, p.1890, tradução nossa<sup>69</sup>).

A diferença para o “mundo dos atos” é, portanto, que nesse é razoável impor um sistema de responsabilidade subjetiva a riscos recíprocos. Isso porque um sistema de responsabilidade não distribui os custos de maneira mais justa que o outro, ambos deixam os custos dos acidentes concentrados em uma das partes, e não há nenhuma razão de equidade para preferir um ao outro. Nesse caso, é razoável escolher o esquema de responsabilidade mais barato, culminando na escolha da responsabilidade subjetiva.

Isso se modifica quando consideramos o “mundo das atividades”, no qual Keating se baseia. Nessa perspectiva, o ônus das vítimas é maior do que o das empresas sob um esquema de responsabilidade subjetiva, porque deixa os custos do acidentes não negligentes concentrados nas vítimas, enquanto a responsabilidade da empresa é capaz de dispersar esses custos através da empresa responsável por eles:

Os encargos da responsabilidade da empresa são distribuídos de maneira mais justa porque atribuem os custos de acidentes não negligentes àqueles que se beneficiam da atividade responsável por eles. A responsabilidade da empresa atribui o ônus àqueles que se beneficiam. (KEATING, 2004, p.1890, tradução nossa)<sup>70</sup>

Esse é, portanto, um dos principais motivos do distanciamento entre as conclusões das propostas de Fletcher e Keating e da opção pela responsabilidade objetiva como o esquema que melhor traduz a noção de equidade à responsabilidade civil. No entanto, resta ainda outra questão importante relativa à diferença entre as propostas, analisada à seguir.

#### *4.1.3. Os riscos recíprocos e a materialização do dano*

---

<sup>69</sup> “Negligence leaves concentrated harms on injurers; enterprise liability disperses concentrated loss and distributes it across all the beneficiaries of an enterprise.”

<sup>70</sup> “The burdens of enterprise liability are more fairly distributed because enterprise liability pins the costs of nonnegligent accidents on those who benefit from the activity responsible for them. Enterprise liability places the burden on those who benefit.”

Além da defesa da equidade na dispersão dos custos através da responsabilidade da empresa, outra diferença fundamental da abordagem de Keating em relação a Fletcher diz respeito à referência principal de cada critério em relação aos riscos e aos danos.

Se por um lado Fletcher sugere que o requisito de equidade é adequadamente cumprido através da reciprocidade de riscos, por outro lado Keating propõe que o requisito da equidade só pode ser cumprido através da distribuição dos custos dos danos infligidos - dos riscos que se aperfeiçoaram em danos - entre aqueles que se beneficiam da imposição dos riscos.

Isso acontece porque os riscos recíprocos não necessariamente se materializam em danos recíprocos. Keating argumenta que o risco por si mesmo não causa danos graves, e essa é a razão pela qual o dano é central à responsabilidade civil, “é o que dá à responsabilidade civil sua urgência moral” (KEATING, 2004, p.1859, tradução nossa<sup>71</sup>).

O argumento principal contra o critério de reciprocidade de riscos de Fletcher é, então, que a reciprocidade perfeita de riscos define apenas uma situação equitativa quanto à distribuição do risco, mas deixa a desejar quanto ao que realmente importa para o argumento de Keating: a definição de uma distribuição equitativa do dano.

Ainda que ambas as abordagens da equidade na responsabilidade civil exijam que ela seja capaz de distribuir de maneira equitativa os encargos e os benefícios das atividades, o critério de reciprocidade de riscos não contempla o amadurecimento do risco em dano, que por ser o verdadeiro ônus do risco, é o que realmente importa quando se tem em consideração a autonomia dos indivíduos:

A resposta é que a perfeita reciprocidade do risco define uma situação justa com relação à distribuição do risco. Quando os riscos são totalmente recíprocos, cada membro da comunidade de risco é igualmente beneficiado pelo direito de impor riscos semelhantes aos que devem suportar e igualmente ameaçado pelas imposições de risco que eles devem suportar. O critério de reciprocidade do risco não define, no entanto, uma distribuição justa de dano, e a distribuição de dano é mais importante do que a distribuição de risco. É o amadurecimento do risco em prejuízo - e não a chance desse

---

<sup>71</sup> “Physical injury is what gives the law of accidents its moral urgency.”

amadurecimento - que é o verdadeiro ônus do risco. (KEATING, 2004, p.1884, tradução nossa)<sup>72</sup>

O foco do argumento é que o risco, por si mesmo, dificilmente prejudica que os indivíduos possam buscar suas próprias concepções de bem, enquanto o dano à integridade física na maioria das vezes prejudica essa autonomia, seja em parte ou completamente, de acordo com a gravidade do dano.

Dessa forma, mesmo que o risco atenda ao critério de reciprocidade completa e seja distribuído, portanto, de maneira equitativa, os danos resultantes podem se concentrar em alguns indivíduos de maneira não equitativa.

A equidade exige que aqueles que se beneficiam igualmente da imposição de um risco compartilhem igualmente o ônus desse risco - a perda de vidas, membros e propriedades que é seu custo. A presença de risco recíproco, portanto, não garante que o dano seja distribuído de maneira equitativa. (KEATING, 2004, p. 1884, tradução nossa)<sup>73</sup>

Por outro lado, falar de distribuição equitativa do dano é uma questão complexa porque não se pode esperar, felizmente, que os danos graves sejam tão frequentes a ponto de serem compensados por si mesmos pelo decorrer do tempo, como é o caso dos riscos recíprocos. Por essa razão, deixar que a responsabilidade subjetiva trate desses danos é deixar que os custos dos acidentes não negligentes retem onde caem – e não há nada que garanta que afetarão os participantes da atividade de maneira equitativa (KEATING, 2004, p.1885).

Dessa maneira, ao ter em consideração o fato de que danos graves não são tão frequentes quanto os riscos de dano, demonstra-se que a mera reciprocidade de risco não garante uma situação equitativa, dado que “a reciprocidade de risco não garante a reciprocidade de dano” (KEATING, 2004, p. 1886, tradução nossa<sup>74</sup>). No

---

<sup>72</sup> “The answer is that perfect reciprocity of risk defines a fair situation with respect to the distribution of risk. When risks are fully reciprocal each member of the community of risk is equally benefited by the right to impose risks similar to those they must bear, and equally threatened by the risk impositions that they must bear. The reciprocity of risk criterion does not, however, define a fair distribution of harm, and the distribution of harm is more important than the distribution of risk. It is the ripening of risk into harm-not the chance of such ripening-that is the real burden of risk.”

<sup>73</sup> “Fairness requires that those who benefit equally from the imposition of a risk share equally in the burden of that risk-the loss of life, limb, and property that is its cost. The presence of reciprocal risk thus does not ensure that harm is fairly distributed.”

<sup>74</sup> “Reciprocity of risk will not guarantee reciprocity of harm.”

entanto, a própria ideia de reciprocidade de dano, além de não se verificar na realidade, não é nem mesmo desejável, considerados os efeitos profundos dos danos à integridade física na vida dos afetados:

Certamente, a relativa infrequência de lesões responsáveis por causar danos não recíprocos, mesmo quando o risco é recíproco, é uma coisa boa. Um mundo em que as pessoas sofreram ferimentos físicos graves em acidentes de automóvel em um mês e as infligiram em acidentes de automóveis no mês seguinte, seria um mundo em que a vida seria "desagradável, brutal e curta". (KEATING, 2004, p.1886, tradução nossa)<sup>75</sup>

Keating argumenta, então, que se a reciprocidade de riscos não garante a equidade, e a reciprocidade de danos não é desejável, os custos dos acidentes devem ao menos ser distribuídos de forma justa, e a maneira pela qual isso parece ser possível se dá através do esquema de responsabilidade da empresa. Dessa forma, independentemente da distribuição inicial de riscos, é mais justo, mais condizente com a ideia de equidade, distribuir os custos dos acidentes entre aqueles que se beneficiam da imposição dos riscos característicos do que deixar esses custos concentrados em vítimas aleatórias.

Para Keating, a importância de uma teoria que se baseia na ideia de distribuição equitativa de custos e benefícios se encontra, portanto, não na reciprocidade de riscos, mas na reciprocidade de custos e benefícios dos danos que de fato se materializaram. São os custos dos acidentes os protagonistas da distribuição justa.

#### **4.2. Demais considerações relativas à escolha entre os esquemas de responsabilidade**

Considerando que a alternativa encontrada à distribuição equitativa de riscos não é, portanto, a distribuição equitativa de danos, mas a distribuição equitativa dos custos dos acidentes entre aqueles que se beneficiam da imposição dos riscos característicos, a alternativa ao critério de reciprocidade de risco é, então, a própria

---

<sup>75</sup> "To be sure, the relative infrequency of injury responsible for making harm nonreciprocal even when risk is reciprocal is a good thing. A world in which people suffered serious physical injuries in automobile accidents one month, and inflicted them through automobile accidents the next month, would be a world in which life would be "nasty, brutish, and short.""

responsabilidade da empresa, dada sua capacidade em promover razões de equidade de maneira mais satisfatória.

No entanto, ainda que esse seja o ponto central da proposta de Keating, o autor argumenta que a escolha do esquema de responsabilidade civil não considera apenas a equidade na maneira como distribui os custos dos acidentes. Existem outras razões pelas quais a responsabilidade da empresa tem vantagens sobre a responsabilidade subjetiva. Passaremos então à análise dessas razões.

#### *4.2.1. O relaxamento do requisito da causalidade e a mitigação do problema da sorte*

Os esquemas de responsabilidade civil, quando analisados através das lentes da equidade, podem ser essencialmente diferenciados pela ênfase que concedem às ideias de causalidade e culpabilidade. A responsabilidade da empresa, ancorada em um conceito de equidade, relaxa a exigência dessas ideias com base nos resultados injustos que tendem a produzir.

Uma ideia de causalidade rígida ratifica a noção arbitrária de que apenas a sorte diferencia aqueles que podem ser responsabilizados daqueles que escapam à responsabilização. Isso porque em um “mundo de atividades”, nada além da sorte define qual agente será responsável pela conversão dos riscos característicos em danos, visto que são impostos por todos os agentes beneficiários da atividade. É injusto e contraria a equidade que o azar de um agente seja punido, quando outros idênticamente culpáveis são poupados de toda a responsabilidade (KEATING, 2004, p.1897).

Dessa forma, uma das mais importantes características da responsabilidade da empresa, quando contraposta à responsabilidade subjetiva, aparece no relaxamento do requisito da causalidade. A responsabilidade subjetiva, por depender da ideia de culpabilidade, encontra na causalidade um requisito bastante rígido. A responsabilidade da empresa, por sua vez, se assemelha em muitos pontos a esquemas administrativos nos quais o requisito da causalidade dá lugar a outras considerações relativas à equidade.

A grande vantagem de um esquema administrativo independente de culpa é a capacidade de implementar ideias de equidade em circunstâncias em que o direito civil geralmente não consegue. Isso porque o relaxamento do critério de culpa e a atenuação da causalidade permitem que os custos dos acidentes característicos de uma atividade sejam compartilhados entre todos aqueles que se beneficiam dessa atividade.

O direito civil, por canonicamente exigir a atribuição de culpa pelo dano causado, em alguns casos não consegue abarcar um critério sem culpa para classificar causadores de dano e vítimas, como nos casos em que a culpa não pode ser atribuída por ausência de um comportamento negligente de ambas as partes.

O princípio de equidade da responsabilidade da empresa mantém o requisito tradicional de dano como condição de responsabilidade, mas relaxa ou atenua o foco tradicional na causalidade, porque sustenta que os custos dos acidentes devem ser dispersos entre todos aqueles que se beneficiam dos riscos subjacentes. De fato, o relaxamento da causalidade por esses esquemas é uma das razões pelas quais eles podem realizar os ideais de responsabilidade da empresa em circunstâncias em que a *common law* não pode. (KEATING, 2004, p.1861, tradução nossa)<sup>76</sup>

Para Keating, os esquemas administrativos sem culpa também ajudam a ilustrar a elasticidade da ideia de "empresa" (KEATING, 2004, p.1862). Isso porque esse conceito é capaz de abarcar a ideia de responsabilidade de indústrias inteiras, até o tipo de responsabilidade que dispersa custos através de toda a sociedade (*society-wide liability*). E essas formas de responsabilidade auxiliam na compreensão da concepção de equidade justamente porque internalizam a ideia de que os benefícios das atividades arriscadas irradiam de forma a atingir um sem número de grupos de pessoas, até o ponto em que esses benefícios não podem ser mais identificados:

Os benefícios de atividades arriscadas irradiam para fora em círculos concêntricos. A energia nuclear beneficia mais aqueles que a produzem e consomem, mas também beneficia aqueles de nós que simplesmente vivem em uma sociedade enriquecida pela presença de usinas nucleares. De um modo geral, os benefícios da maioria das atividades de risco irradiam para

---

<sup>76</sup> "The enterprise liability principle of fairness retains the traditional tort requirement of harm as a condition of liability, but relaxes or attenuates the traditional tort focus on causation, because it holds that accident costs should be dispersed across all those who benefit from the underlying risks. Indeed, the relaxation of causation by these plans is one of the reasons that they can realize enterprise liability ideals in circumstances where the common law cannot."

fora até diminuírem a ponto de não serem identificáveis. (KEATING, 2004, p.1862, tradução nossa)<sup>77</sup>

A importância do relaxamento do requisito da causalidade importa ao conceito de responsabilidade da empresa, portanto, por diversas razões relativas à equidade – equidade para as vítimas e para os causadores de dano.

A responsabilidade subjetiva penaliza aqueles que causam danos através de seu próprio descuido, surgindo daí a obrigação de reparar. Dessa forma, quando o causador do dano tem culpa pelo acidente (culpa no sentido exigido pela responsabilidade subjetiva), existe uma transferência entre as partes que a princípio suportam o custo – o custo deixa de recair integralmente na vítima, como seria em um acidente sem culpa, e passa a ser transferido ao causador de dano, em um acidente com culpa.

A responsabilidade da empresa, por sua vez, dispersa os custos concentrados através da distribuição entre todos aqueles que constituem a empresa, se beneficiando da imposição de risco.

É possível argumentar, no entanto, que a responsabilidade subjetiva pode contar com esquemas de seguro que tratariam de dispersar as perdas por si próprios, equiparando-se à responsabilidade da empresa nesse ponto. Keating aponta, nesse sentido, que embora o seguro contra a responsabilização seja uma prática moderna padrão, não é parte integrante da responsabilidade subjetiva, e por essa razão, não é obrigatório: “de fato, nada na responsabilidade subjetiva proíbe que os causadores de dano se segurem contra a responsabilidade em potencial, mas nada na responsabilidade subjetiva exige isso também” (KEATING, 2004, p.1894, tradução nossa<sup>78</sup>). O seguro na responsabilidade subjetiva apenas a aproxima do conceito de responsabilidade da empresa:

A responsabilidade subjetiva mitigada pela instituição do seguro de responsabilidade civil é mais justa do que a responsabilidade subjetiva

---

<sup>77</sup> “The benefits of risky activities radiate outward in concentric circles. Nuclear power most benefits those who produce and consume it, but it also benefits those of us who merely happen to live in a society made richer by the presence of nuclear power plants. Generally speaking, the benefits of most risky activities radiate outward until they diminish to the point of being unidentifiable.”

<sup>78</sup> “To be sure, nothing in negligence liability forbids injurers from insuring against potential liability, but nothing in negligence liability requires it, either.”

destacada dessa instituição. O seguro de responsabilidade civil distribui os custos da negligência entre todos aqueles que são, a longo prazo, igualmente negligentes, e isso é mais justo do que deixar os custos da negligência naqueles cujo infortúnio é ter tido sua negligência convertida em dano. (KEATING, 2004, p.1895, tradução nossa)<sup>79</sup>

Não havendo a instituição do seguro, atos relativamente simples de descuido podem resultar em danos de grandes proporções, e conseqüentemente, em um dever de indenizar que pode ser devastador ao causador do dano, individualmente considerado. A desproporção entre o ato e seu resultado é um dos muitos problemas que um esquema de responsabilidade que depende de uma forte noção de culpabilidade pode enfrentar (Cf. HURD, 2014). Falhas tais como erros de previsibilidade, problemas de concentração e clareza em relação ao risco são comuns e frequentes – e o resultado delas pode ser grande demais para que seja suportado individualmente.

O destaque da culpabilidade na responsabilidade subjetiva faz com que uma difícil questão precise ser enfrentada, frente a aparente injustiça em deixar os custos em qualquer das partes. Considerando que a punição de lapsos de cuidado razoável com conseqüências avassaladoras parece problemático, deixar que as vítimas absorvam os custos parece ainda mais.

Ademais, deixar os custos concentrados em qualquer das partes parece ainda mais rígido quando se considera que os indivíduos que sofrem os danos, ou são atingidos pela responsabilidade por eles, são frutos do acaso e do que se pode chamar de sorte ou azar:

A maioria de nós ocasionalmente deixa nossas mentes vagarem ao volante de nossos carros, considera insuficientemente pequenos riscos, ou deixa de executar algumas precauções familiares com a precisão necessária. A maioria de nós também costuma escapar sem ferir ninguém. No entanto, a sorte é tudo o que distingue aqueles que escapam sem ferir ninguém daqueles que causam ferimentos graves. A fatalidade destaca alguns poucos azarados em termos de responsabilidade - geralmente uma responsabilidade enorme - e a sorte poupa o resto. (KEATING, 2004, p.1895, tradução nossa)<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> “Negligence mitigated by the institution of liability insurance is fairer than negligence detached from that institution. Liability insurance distributes the costs of negligence among all those who are, over the long run, similarly negligent, and that is fairer than leaving the costs of negligence on those whose misfortune it is to have their negligence issue in injury.”

<sup>80</sup> “Most of us occasionally let our minds wander while behind the wheel of our cars, give some small risk insufficient consideration, or fail to execute some all too familiar precaution with the precision that it

Em consonância com o que foi analisado, é mais injusto deixar os custos nas vítimas azaradas o suficiente para serem alvo do dano do que nos seus responsáveis. Assim, quando um esquema no qual o causador do dano suporta seus custos sozinho é comparado com um sistema em que dispersa esses custos entre aqueles que causam riscos semelhantes e se beneficiam da atividade, é mais equitativo que os custos sejam dispersos entre aqueles potenciais causadores de dano que tiveram sorte o suficiente para não serem os responsáveis diretos. Se o risco de dano em potencial é na verdade o dano que não se aperfeiçoou por um golpe de sorte, é mais justo que os custos sejam distribuídos de forma independente da sorte ou do azar.

A sorte, e a sorte apenas, separam os negligentes que causam ferimentos dos negligentes que não causam. É mais justo neutralizar os efeitos arbitrários da sorte do que deixar a sorte causar estragos na vida das pessoas. (KEATING, 2004, p.1895/96, tradução nossa)<sup>81</sup>

Tendo em vista esse cenário, a responsabilidade da empresa se aproxima da equidade exatamente por solucionar esse dilema sem a necessidade de concentrar custos em qualquer das partes, haja vista que como posto por Keating, “é injusto deixar danos não negligentes àqueles cujo infortúnio é sofrê-los quando podemos prontamente dispersá-los entre todos aqueles que criam riscos semelhantes de dano” (KEATING, 2004, p.1896, tradução nossa<sup>82</sup>).

Uma última questão relativa à importância da dispersão dos custos relaciona-se à objeção de que a instituição de um seguro para as vítimas seria igualmente capaz de atingir tal objetivo.

Foi apontado que a responsabilidade subjetiva, por depender da existência de culpa por parte do causador do dano, deixa os danos não culpáveis nas vítimas em que recaem. No entanto, pode-se objetar que o seguro constitui uma alternativa não

---

requires. Most of us also usually escape without injuring anyone else. Yet the luck of the draw is all that distinguishes those of us who get away without injuring anyone from those of us who inflict grievous injury. Fate singles out an unlucky few for liability – often massive liability - and fortune spares the rest.”

<sup>81</sup> “Luck and luck alone separates the negligent who cause injury from the negligent who do not. It is fairer to neutralize the arbitrary effects of luck than to let luck wreak havoc with people’s lives.”

<sup>82</sup> “To leave nonnegligent losses on those whose misfortune it is to suffer them, when we might readily spread these losses among all those who create similar risks of injury, is unfair.”

apenas para os potenciais causadores de dano, mas também para as potenciais vítimas.

Entretanto, um seguro contra perdas das vítimas é capaz de dispersar os custos somente entre outras vítimas em potencial, ignorando aqueles que impõem os riscos. Isso é um problema na teoria de Keating porque não é condizente com a equidade que aqueles que se beneficiam através de sua atividade potencialmente danosa estejam ausentes da divisão dos custos dos acidentes:

Sob a responsabilidade subjetiva, as vítimas podem dispersar os custos dos acidentes não negligentes de uma atividade adquirindo um seguro contra perdas, mas o seguro contra perdas das vítimas não costuma distribuir esses custos entre aqueles que impõem riscos semelhantes. O seguro contra perdas dispersará os custos de acidentes em um grupo atuarialmente semelhante de segurados, e o prêmio será pago do bolso do segurado. Na ausência de circunstâncias especiais, será mera coincidência se o grupo de segurados atuarialmente semelhantes de alguma forma se beneficiar da atividade responsável pelo dano. Exigir que as vítimas se segurem contra perdas acidentais infligidas a elas pelas atividades de outras pessoas e, assim, arcar com o ônus de realizar o fim socialmente desejável da dispersão de perdas adiciona um "insulto institucional aos danos pessoais". (KEATING, 2004, p.1896, tradução nossa)<sup>83</sup>

É razoável, portanto, que os custos de acidentes não negligentes sejam dispersos entre aqueles que se beneficiam da atividade, tanto quanto é razoável que os custos de acidentes culpáveis também o sejam. Isso se dá porque em ambos os casos não é razoável que a vítima suporte os custos dos acidentes causados pela atividade alheia.

Além disso, no caso dos acidentes não negligentes, aqueles que se beneficiam da imposição de riscos relevantes não podem razoavelmente alegar a sorte de não terem causado o dano em questão, quando a sorte, e apenas a sorte, os poupa de ocupar o lugar de causador direto do dano.

---

<sup>83</sup> "Under negligence liability, victims may disperse the costs of an activity's nonnegligent accidents by purchasing loss insurance, but victim loss insurance will not generally distribute those costs across those who impose similar risks. Loss insurance will disperse accident costs across an actuarially similar pool of insureds, and the premium will be paid out of the insured's pocket. Absent special circumstances, it will be a matter of mere coincidence if the pool of actuarially similar insureds somehow benefits from the activity responsible for the harm. Demanding that victims insure themselves against accidental losses inflicted upon them by the activities of others and so shoulder the burden of realizing the socially desirable end of loss-dispersion adds "institutional insult to personal injury"."

#### *4.2.2. As considerações de equidade como justificativa para as vítimas e para os causadores de dano*

Como discutido, em um “mundo das atividades” os custos do risco característico de uma atividade não precisam estar necessariamente concentrados em uma das partes, sejam elas as vítimas ou os causadores de dano. A responsabilidade da empresa permite que esses custos sejam absorvidos por aqueles que colhem o benefício da atividade.

Além disso, concentrar os custos nas vítimas, que são incapazes de dispersar os custos e suportam os danos de maneira concentrada, não pode ser considerado equitativo, haja vista que não se beneficiam com a mesma intensidade da realização da atividade potencialmente danosa: “as vítimas que são participantes de uma empresa compartilham seus benefícios, mas não na proporção do prejuízo que sofrem quando são fisicamente prejudicadas pela empresa” (KEATING, 2004, p.1891, tradução nossa<sup>84</sup>).

Quando os custos da atividade podem ser absorvidos por aqueles que a impõem, Keating argumenta ser injusto, incoerente com uma ideia de equidade, concentrar os custos naqueles que sofrem prejuízos individualmente.

Por outro lado, a responsabilidade da empresa também está alinhada com uma ideia de equidade em relação aos causadores de dano. Isso porque requer apenas que aceitem o custo de suas escolhas. Quando as escolhas são bem feitas, aquele que causa dano através de sua atividade, ainda que seja responsável pelos custos, colhe mais benefícios do que prejuízos.

Se aqueles que impõem riscos característicos escolhem sabiamente - se eles colocam outros em risco apenas quando desejam ganhar mais do que aqueles que colocam em risco perdem - mesmo sob a responsabilidade da empresa, eles normalmente se beneficiam dos riscos característicos que impõem. Se não o fizerem, eles têm apenas seu próprio mau julgamento para culpar, e a sociedade como um todo tem motivos para penalizar suas escolhas. (KEATING, 2004, p.1891, tradução nossa)<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> “Victims who are themselves participants in an enterprise share in its benefits, but not in proportion to the detriment they suffer when they are physically harmed by the enterprise.”

<sup>85</sup> “If those who impose characteristic risks choose wisely-if they put others at risk only when they stand to gain more than those they put in peril stand to lose even under enterprise liability they will normally

O preço que a reponsabilidade da empresa cobra é, dessa maneira, justo, considerando a liberdade que confere ao permitir que algumas atividades possam ser realizadas, ainda que restrinjam a segurança de possíveis vítimas. Esse aumento de liberdade ao potencial causador de dano permite que um indivíduo coloque outras pessoas em risco em benefício próprio, colhendo as recompensas da atividade. As vítimas em potencial, por outro lado, cedem sua segurança e confiam sua integridade física para que os potenciais causadores de dano possam exercer sua liberdade e lucrar diretamente com ela.

A equidade pede que a liberdade de uns em detrimento da segurança de outros tenha um preço, e esse preço é justamente a responsabilidade financeira pelo danos causados em decorrência do exercício dessa liberdade. A responsabilidade da empresa, então, “tributa o exercício do poder de colocar os outros em risco quando isso dá errado e resulta em danos à integridade física” (KEATING, 2004, p.1892, tradução nossa<sup>86</sup>). Dessa forma os potenciais causadores de dano, além de justificadamente arcarem com os custos dos acidentes, têm incentivos para exercer sua liberdade de forma responsável.

#### *4.2.3. O nível adequado de cuidado*

A responsabilidade da empresa é capaz de abarcar casos que a responsabilidade subjetiva, que depende de uma forte ideia de causalidade e culpabilidade, não consegue abarcar. Danos que surgem de atividades conduzidas com cuidado, mas que acontecem em um nível alto de intensidade, é um exemplo bastante comum.

A responsabilidade da empresa tributa o exercício do poder de pôr em perigo vítimas em potencial inclusive quando o causador de dano tenha exercido esse poder

---

benefit from the characteristic risks that they impose. If they do not, they have only their poor judgment to blame, and society as a whole has reason to penalize their choices.”

<sup>86</sup> “Enterprise liability taxes the exercise of the power to put others at risk when it goes awry and issues in physical harm.”

com cuidado suficiente. Por essa razão, ela induz os potenciais causadores de dano a conduzir suas atividades com maior nível de cuidado.

Ao tributar todo exercício do poder de colocar em risco outras pessoas que resulta em um acidente característico da empresa em questão, a responsabilidade da empresa induz os causadores de dano a vasculhar suas atividades em busca de precauções para redução de riscos. Precauções que valem a pena e cuja omissão escapa à responsabilidade subjetiva podem ser induzidas pela imposição de responsabilidade da empresa. (KEATING, 2004, p.1892, tradução nossa)<sup>87</sup>

O nível de cuidado adequado, por sua vez, é bastante discutido na literatura de análise econômica da responsabilidade civil. O entendimento canônico da área propõe que o nível apropriado de segurança não pode exceder o parâmetro ótimo. Isso é dizer que qualquer quantidade de precaução acima do ideal é considerado ineficiente, e portanto, indesejável.

Keating argumenta, no entanto, que essa ideia não integra a estrutura de equidade que se busca para a responsabilidade civil. O nível apropriado de segurança tem, em sua visão, razões normativas e empíricas em seu dimensionamento (KEATING, 2004, p.1892/93):

Normativamente, temos boas razões para considerar os riscos de lesões graves e irreparáveis como especialmente dignos de evitar. Lesões acidentais à integridade física que levam a vida a um fechamento prematuro ou alteram irreversivelmente seu curso normal justificam precauções especialmente rigorosas. Há boas razões para pensar que a responsabilidade objetiva induz os potenciais causadores de dano a conduzir suas atividades com mais segurança do que a responsabilidade que depende de culpa, e há poucas razões para pensar que isso induz segurança excessiva. (KEATING, 2004, p.1893, tradução nossa)<sup>88</sup>

O fato da responsabilidade objetiva induzir potenciais causadores de dano a regular a intensidade com que praticam a atividade, assim como o cuidado com que

---

<sup>87</sup> "By taxing every exercise of the power to imperil others that issues in an accident characteristic of the enterprise in question, enterprise liability induces injurers to comb through their activities in search of risk reducing precautions. Worthwhile precautions whose omission escapes the eye of negligence law may be induced by the imposition of enterprise liability."

<sup>88</sup> "Normatively, we have good reason to regard risks of severe, irreparable injury as especially worth avoiding. Accidental physical injury that brings life to a premature close or irreversibly alters its normal course justifies especially stringent precaution. There is good reason to think that strict accountability induces potential injurers to conduct their activities more safely than fault liability does, and little reason to think that it induces too much safety."

o fazem, torna a responsabilidade objetiva uma candidata mais propensa a assegurar a segurança das vítimas em relação a danos graves e irreparáveis.

Keating argumenta que existem poucas razões para pensar que a responsabilidade objetiva induza precaução excessiva; a base desse argumento se encontra no fato de que os danos mais graves causados pelos acidentes geralmente não são compensados, porque se encontram além da compensação (KEATING, 2004, p. 1893). Ademais, leva-se em consideração o fato de que apenas uma pequena parcela das reivindicações válidas dos acidentes são realmente perseguidas.

#### *4.2.4. O efeito de dissuasão através da responsabilidade civil*

Tendo-se em conta a ideia de precaução, é importante levar em consideração na escolha entre os esquemas de responsabilidade o efeito chamado de dissuasão, ou “efeito preventivo” da responsabilidade civil. Isso se dá porque a prevenção da ocorrência do dano é essencial quando tratamos de lesões graves e irreparáveis, e cada um dos esquemas de responsabilidade examinados possuem esse efeito em maior ou menor grau.

Keating argumenta que é precisamente no tratamento da questão de danos irreparáveis que se vislumbra a relevância da ideia de dissuasão, visto que “(...) as questões mais prementes relativas à equidade surgem quando os riscos ameaçam danos irreparáveis ou morte, de modo que a equidade não pode ser alcançada após o fato, através da reparação dos danos causados” (KEATING, 2004, p.1876, tradução nossa)<sup>89</sup>.

A equidade na responsabilidade civil depende em grande parte, portanto, dos seus efeitos preventivos, e da maneira como distribui os custos dos acidentes que não

---

<sup>89</sup> Indeed, in my view, the most pressing questions of fairness arise when risks threaten irreparable injury or death, so that fairness cannot be achieved after the fact by making reparation for harm done. When risk impositions threaten severe irreparable injury, it is therefore essential that strict liability induce appropriately great precaution”.

devem ser evitados (KEATING, 2004, p.1876). Assim, é essencial que o esquema de responsabilidade seja capaz de induzir precauções adequadas.

A análise econômica, de modo geral, demonstra que a responsabilidade objetiva induz maior precaução do que a responsabilidade subjetiva [Cf. SHAVELL, 1980). Isso porque induz os potenciais causadores de dano a adequar o cuidado com que realizam suas atividades, além a ajustar a frequência em que são feitas.

Outra razão para pensar que a responsabilidade objetiva geralmente é mais eficaz em relação à precaução aparece no fato de que a responsabilidade por impedir que acidentes aconteçam, ou deixar com que aconteçam, se encontra nas mãos dos potenciais causadores de dano, e não de juízes, como é o caso da responsabilidade subjetiva (KEATING, 2004, p.1877).

É mais eficaz, portanto, dada a probabilidade de que a competência de quem realiza a atividade seja bem mais apurada em relação aos riscos de danos do que o conhecimento de terceiros, como juízes:

É provável que os causadores de dano em potencial tenham maior conhecimento em relação aos riscos de suas atividades e, portanto, sejam melhores em planejar e executar as precauções apropriadas. Portanto, temos boas razões para supor que a responsabilidade objetiva induza precauções mais rigorosas contra riscos de danos devastadores do que a responsabilidade subjetiva. (KEATING, 2004, p.1877, tradução nossa)<sup>90</sup>

Há um problema, no entanto, também colocado pela literatura de análise econômica, de que em algumas circunstâncias a responsabilidade objetiva pode induzir precaução excessiva, e, portanto, ineficiente ou indesejável. Ou pode, em alguns casos, induzir menos precaução do que a responsabilidade subjetiva.

Questões relativas à eficiência não são decisivas aqui, dado o fato de que considerações deontológicas relativas à importância de evitar o dano prevalecem. No entanto, a responsabilidade objetiva pode ser indesejável quando a precaução excessiva impede que algumas atividades sejam realizadas, ou quando tem um

---

<sup>90</sup> "Potential injurers are likely to have greater expertise with respect to the risks of their activities, and so are likely to be better at devising and executing appropriate precautions. We therefore have good reason to suppose that strict liability will induce more stringent precaution against risks of devastating injury than negligence liability will."

resultado de menor precaução que a responsabilidade subjetiva em determinados casos:

A imposição da responsabilidade objetiva em atividades recreativas provavelmente seria indesejável por esse motivo. Em outras circunstâncias, a responsabilidade subjetiva pode ser apropriada porque temos motivos para induzir uma precaução mais intensa por parte da vítima. Em outras circunstâncias, a responsabilidade objetiva pode deixar de induzir precaução suficiente e pode induzir menos precaução do que a responsabilidade subjetiva. Essa é uma preocupação recorrente com relação ao seguro de automóvel sem culpa, uma forma de responsabilidade da empresa implementada pelo mecanismo de seguro contra perdas das vítimas. (KEATING, 2004, p.1877, tradução nossa)<sup>91</sup>

Keating argumenta, no entanto, que mesmo que reconheçamos a existência dessas exceções, existem boas razões para considerar que é certo supor que a responsabilidade objetiva seja, em geral, pelo menos tão eficaz na indução das precauções apropriadas quanto a responsabilidade subjetiva. (KEATING, 2004, p.1877).

Por essa razão, em conjunto com as demais razões apresentadas, considera-se que a responsabilidade da empresa, por meio de sua fundamentação nas noções de autonomia e de pessoas livres e iguais, é capaz de oferecer uma proposta satisfatória relativa à equidade no âmbito da responsabilidade civil.

---

<sup>91</sup> “The imposition of common law strict liability on recreational activities would most likely be undesirable for this reason. In other circumstances, negligence liability may be appropriate because we have reason to induce more intense victim precaution. In yet other circumstances, strict liability may fail to induce sufficient precautions, and may induce less precaution than negligence liability. This is a recurring worry with respect to no-fault automobile insurance, a form of strict enterprise liability implemented by the mechanism of victim loss insurance.”

## CONCLUSÃO

Através da crítica de Fried aos não consequencialistas, buscou-se evidenciar pontos nevrálgicos de propostas deontológicas em relação à permissibilidade de condutas potencialmente danosas, pela aparente ausência de critérios que demonstrassem onde traçar a linha entre condutas permissíveis e não permissíveis. Como resultado da ausência de critérios capazes de se sustentar diante das críticas da autora, a análise de custo-benefício assume uma posição de destaque em relação às demais propostas deontológicas na determinação de padrões apropriados de conduta relativa às atividades socialmente úteis que engendram riscos.

Tendo-se em consideração que as críticas da autora se mostram contundentes, e que a ausência de resposta aos questionamentos postos tem a potencialidade de pôr em xeque parte considerável dos argumentos não consequencialistas, a primeira parte do trabalho buscou demonstrar, então, uma proposta de defesa da responsabilidade civil sob uma perspectiva deontológica, não consequencialista, que fosse capaz de suplantiar a conclusão de que a racionalidade agregativa se afigura como a única capaz de ditar critérios coerentes para a ação.

Para isso, analisou-se a contribuição de Gregory Keating para o debate sobre risco, dano e a relação desses conceitos com uma proposta deontológica, inserida em um posicionamento político filosófico que sustenta que as instituições e práticas políticas devem ser justificáveis àqueles que governam. Através dessa proposta buscou-se demonstrar as fragilidades da análise de custo-benefício quando aplicada aos danos à integridade física, tendo em vista a relevância da prevenção desse tipo de dano quando contraposto às noções de autonomia e possibilidade de busca das próprias concepções de bem. A partir dessa noção principal, concluiu-se que é possível estabelecer limites principiológicos à agregação, e que essa possibilidade advém de comprometimentos deontológicos.

Superado esse ponto, a segunda parte do trabalho se prestou a examinar de forma mais detida a proposta de fundamentação da responsabilidade civil sugerida por Keating, a partir da qual se evidencia a relevância do conceito de equidade na distribuição dos resultados das condutas potencialmente danosas.

A partir desse exame, demonstrou-se que o conceito de equidade derivado amplamente de concepções rawlsianas e da tradição contratualista na qual ele se insere é capaz de fundamentar toda a proposta de reponsabilidade civil, desde a distinção entre condutas permissíveis até a escolha do esquema de compensação mais propenso à equidade.

O último capítulo buscou demonstrar, portanto, que sob uma perspectiva comparativa, uma concepção de responsabilidade civil que coloca mais peso em considerações de equidade na distribuição de resultados das condutas potencialmente danosas adquire certo destaque, e por essa razão, dá azo à preferência por um esquema de responsabilidade da empresa em prejuízo de um esquema de responsabilidade subjetiva.

Buscou-se demonstrar, por fim, que o preceito fundamental da concepção de responsabilidade da empresa é de que os custos e benefícios de atividades mutuamente vantajosas, porém potencialmente danosas, sejam estruturados de forma que aqueles que colhem os benefícios também suportem os custos advindos dos riscos característicos da atividade, por razões relativas à equidade.

Com base no que foi exposto, sugere-se que a proposta de Keating consiga dar respostas adequadas aos principais questionamentos apresentados, e que sua saída através de um marco que dá destaque a noções de equidade e autonomia possa resolver em grande parte os problemas relativos à agregação, ao mesmo tempo em que estabelece bases para a compensação congruentes com os princípios expostos.

## Referências

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, *Harvard Law Review*, 1972. Available at: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3043&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3043&context=fss_papers)

COLEMAN, Jules L. *Risks and Wrongs*. Cambridge University Press, 1992.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Prentice Hall, 2011.

FLETCHER, George. Fairness and Utility in Tort Theory, *Harvard Law Review* 537, 1972.

FRIED, Barbara H. Ex Ante/Ex Post. *Journal of Law and Contemporary Issues* 13: 123-160, 2003. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=390462> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.390462>

\_\_\_\_\_. Can Contractualism Save Us From Aggregation? *Journal of Ethics*, vol. 16, nº. 1, pp. 39-66, 2012a; Stanford Public Law Working Paper No. 1781092. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1781092>

\_\_\_\_\_. The Limits of a Nonconsequentialist Approach to Torts. *Legal Theory*, 18, pp 231-262, 2012b. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1957467>

FRIED, Charles. *Right and Wrong*. Harvard University Press, 1978.

GOLDBERG, John C. P., ZIPURSKY, Benjamin C. Unrealized Torts. *Virginia Law Review*, 2002. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=347363> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.347363>

HURD, Heidi M. The Innocence of Negligence. *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, pp. 48-95, 2016. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2612084> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2612084>

KUMAR, Rahul. Contractualism on the Shoal of Aggregation. In: *Reasons and Recognition: essays on the philosophy of T. M. Scanlon*. Oxford University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. Risking and Wronging. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 43, 2015. Available at: <https://doi.org/10.1111/papa.12042>

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. Harvard University Press, 2002.

KEATING, Gregory C. Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents. *Southern California Law Review*, Vol. 74, No. 193, 2000. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=269347> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.269347>

\_\_\_\_\_. A Social Contract Conception of the Tort Law of Accidents. *Philosophy and the law of torts*, edited by Gerald Postema, Cambridge University Press, 2001. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3441490>

\_\_\_\_\_. Rawlsian Fairness and Regime Choice in the Law of Accidents. *Fordham Law Review*, 72: 1857-1922, 2004. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=555879>

\_\_\_\_\_. Is Cost-Benefit Analysis the Only Game in Town? *Southern California Law Review* 195-261, nov. 2018. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2880697> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2880697>

\_\_\_\_\_. Principles of Risk Imposition and the Priority of Avoiding Harm. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2018b. Available at: <https://journals.openedition.org/revus/4406>

KORSGAARD, Christine M. The Reasons We Can Share: An Attack on the Distinction between Agent-Relative and Agent-Neutral Values. *Social Philosophy and Policy*, 1993. Available at: [https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/3196321/Korsgaard\\_ReasonsShare.pdf](https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/3196321/Korsgaard_ReasonsShare.pdf)

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisseta e Linita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SHAVELL, Steven. Strict Liability versus Negligence. *The Journal of Legal Studies*, 1980. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=225075>

SUNSTEIN, Cass R. *Risk and Reason: Safety, Law, and the Environment*. Cambridge University Press, 2002.

WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Harvard University Press, 1995.