

DIREITO DE DANOS E PRIORITARISMO¹

ACCIDENT LAW AND PRIORITARIANISM

Leandro Martins Zanitelli²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 DIREITO DE DANOS, PRIORITARISMO E RIQUEZA. 2 OUTRAS MÉTRICAS DE DISTRIBUIÇÃO. 3 CRÍTICAS À MÉTRICA DA UTILIDADE E DIREITO DE DANOS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O trabalho versa sobre o direito de danos, entendido como área do direito que abrange não apenas a tradicional responsabilidade civil como também outros meios de controle de atividades potencialmente danosas e reparação às vítimas dessas atividades. O objetivo é definir diretrizes para essa área do direito com base em uma concepção geral de justiça distributiva, o prioritarismo, de acordo com a qual uma distribuição justa é definida como a mais benéfica aos indivíduos em pior situação. Concepções de prioritarismo podem variar de acordo com o bem, ou bens, a cuja distribuição se referem. Tendo isso em vista, o artigo examina as implicações para o direito de danos, primeiro, de uma concepção prioritarista de justiça para a qual o bem a distribuir seja a riqueza, segundo, de uma concepção também prioritarista com foco na utilidade ao invés da riqueza e, terceiro, de concepções alternativas que procurem fazer frente a certos problemas envolvendo a métrica da utilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de danos. Prioritarismo. Igualdade. Riqueza. Utilidade.

ABSTRACT: The paper discusses accident law, an area of law encompassing not only tort rules but also other legislative means for controlling potentially harmful activities and compensating their victims. Its goal is to set some guidelines for that area of law drawing on a general view about distributive justice, prioritarianism. Following prioritarianism, a just distribution is defined as the most beneficial to the worst-off individuals. Conceptions of prioritarianism may vary in accordance with the good, or goods, whose distribution they regulate. The article inquires about the implications for accident law, first, of a prioritarian conception of justice concerned exclusively with the distribution of wealth, second, of an analogous conception focused on utility and, third, of alternative conceptions attempting to overcome problems involving the metric of utility.

KEY WORDS: Accident law; Prioritarianism; Equality; Income; Utility.

INTRODUÇÃO

O objetivo geral do trabalho consiste em examinar como o direito de danos pode atender ao objetivo de uma distribuição prioritarista de bens. Para os fins da análise, o direito de danos abrange tanto as normas que proíbem condutas potencialmente danosas como as que tratam da reparação do dano causado.³ O termo “reparação”, por sua vez, refere-se a qualquer benefício pecuniário ou similar concedido à vítima do dano como tal. Um benefício é similar ao pecuniário se, apesar de não consistir na entrega à vítima de uma soma em dinheiro, puder ter o seu valor em dinheiro facilmente calculado (como no caso, por exemplo, em que um juiz condene o agressor a dar à vítima uma cadeira de rodas)⁴.

¹ O autor agradece a dois pareceristas anônimos da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP pelos comentários e sugestões.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" - Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter).

³ “Direito de danos” é, portanto, uma expressão mais abrangente do que “responsabilidade civil” caso se entenda essa última como área da legislação ocupada exclusivamente com a reparação de danos. Na literatura norte-americana, há uma contraposição similar entre “*tort law*” (correspondente à nossa “responsabilidade civil” e a expressão “*accident law*” tal como usada, por exemplo, em Shavell (1987).

⁴ Meu uso da palavra “reparação” é, portanto, indiferente à natureza do dano causado, e não deseja conotar que o benefício seja capaz de restituir a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do dano. Além disso, embora se possa considerar que meras desculpas também constituem um meio de “reparação”, desculpas são irrelevantes para a maioria, pelo menos, das concepções de justiça distributiva consideradas ao longo do artigo, daí a preferência pelo sentido indicado acima.

Trato como “prioritarista” uma concepção de justiça distributiva segundo a qual uma distribuição é considerada justa caso maximize a vantagem dos indivíduos em pior situação. Diferenças são toleradas, portanto, com a condição de que deixem os menos afortunados em melhor situação do que estariam em um mundo no qual essas mesmas diferenças fossem abolidas.

De uma maneira geral, procuro descrever o direito de danos sob as condições ideais de uma sociedade justa segundo o prioritarismo (nas diferentes versões abaixo consideradas).⁵ Presumo, pois, que não apenas essa, mas também outras áreas da legislação, em particular as atinentes à tributação e às políticas assistenciais, estejam em conformidade com a justiça.

Pretendo enfrentar, em particular, as seguintes questões: quais são as implicações para o direito de danos de uma concepção prioritarista de justiça distributiva, segundo a qual a distribuição deve ser de molde a maximizar a vantagem dos indivíduos em pior situação? Quais as diferenças entre concepções de prioritarismo que considerem como bem relevante para a distribuição (a métrica da distribuição) a riqueza e a utilidade? Qual é a importância, para o direito de danos, das críticas à métrica da utilidade?

1 DIREITO DE DANOS, PRIORITARISMO E RIQUEZA

Começo distinguindo três critérios para uma distribuição justa de bens, quaisquer que sejam os bens a distribuir. O primeiro trata como distribuição justa aquela em que cada um dos sujeitos considerados possui a mesma quantidade do bem ou bens a distribuir (igualitarismo em sentido estrito). Para o segundo critério, diferentemente, diferenças no lote de bens de cada um são aceitas com a condição de que maximizem a vantagem daqueles em pior situação (prioritarismo).⁶ O terceiro critério, finalmente, considera justa qualquer distribuição que conceda a cada um uma certa quantidade dos bens a distribuir, sem requerer que diferenças acima desse limiar beneficiem os indivíduos pior aquinhoados (suficientismo). Esses três critérios podem ser considerados igualitários em um sentido mais amplo, já que, em relação às sociedades atuais, todos os três costumam recomendar reformas favoráveis aos cidadãos menos afortunados. Embora seja dada maior ênfase a seguir ao critério prioritarista, é importante ter em mente que uma concepção de justiça distributiva pode abranger mais de um dos critérios mencionados.

Considerando que a questão da “métrica” da igualdade deve ainda ser enfrentada na seção seguinte, estipularei por ora que o bem a distribuir seja a riqueza. Contanto que o excedente em riqueza de atividades potencialmente danosas seja, ao menos em parte, apropriado pelos indivíduos em pior situação, o exercício de uma atividade assim atende *ex ante* ao critério prioritarista. Sob uma ordem social alternativa na qual essa atividade não tivesse lugar, o excedente em questão não existiria, e a riqueza dos indivíduos em pior situação seria, em consequência, menor.

⁵ O texto tem em vista, portanto, diferentes versões de uma teoria ideal de justiça, entendida como a teoria que presume ao menos a conformidade das instituições a certo critério de justiça (sobre diferentes maneiras de contrapor teorias ideais e não ideais da justiça, ver VALENTINI, 2012). Essa conformidade não costuma se verificar de fato, mas isso não significa que uma teoria ideal não seja útil para definir parâmetros para sociedades reais.

⁶ Minha versão de prioritarismo é, portanto, uma versão maximizadora. Em outros trabalhos (por exemplo, PARFIT, 1997), o termo “prioritarismo” designa ideais de distribuição que atribuem um especial peso às demandas dos indivíduos em pior situação, sem, no entanto, exigir a maximização da vantagem desses mesmos indivíduos.

A afirmação do parágrafo anterior requer alguns comentários. Primeiro, em relação ao excedente de riqueza. Esse excedente constitui a diferença positiva entre a riqueza produzida e consumida por uma atividade. *Ex ante*, o dano decorrente de uma atividade e a perda de riqueza que lhe corresponde podem ser mensurados probabilisticamente, isto é, como uma função da magnitude do dano e da probabilidade de sua ocorrência.

Segundo, quanto à apropriação de parte da riqueza excedente pelos indivíduos em pior situação. Se estivermos descrevendo o direito de danos em uma sociedade ideal cujas instituições atendem aos princípios da justiça, podemos presumir que parte, ao menos, da riqueza excedente proporcionada por uma atividade potencialmente danosa seja destinada aos cidadãos em pior situação. Além disso, para atender ao critério prioritarista, não é preciso que essa transferência de riqueza se faça por meio do direito de danos. Uma situação de distribuição justa segundo o referido critério pode ser alcançada ainda que o direito de danos esteja voltado unicamente à maximização da riqueza, contanto que outros meios institucionais (por exemplo, as provisões características do Estado de bem-estar) encarreguem-se de fazer com que o aumento da riqueza social beneficie os cidadãos em pior situação.⁷

Considerando-se que uma atividade potencialmente danosa atende *ex ante* ao critério prioritarista da justiça se produz um excedente em riqueza que é em parte apropriado pelos indivíduos em pior situação, qual é, então, de acordo com o prioritarismo, o papel do direito de danos em relação a atividades assim? O direito de danos é importante, em primeiro lugar, para que uma atividade potencialmente lesiva atenda ao critério de distribuição justa não apenas *ex ante*, mas também *ex post*. Se o dano é infligido a um indivíduo pertencente ao grupo dos em pior situação e a parte da riqueza excedente endereçada a esse indivíduo não é suficiente para deixá-lo em uma posição melhor do que estaria se a atividade causadora do dano não se realizasse, então a satisfação do critério de justiça que estamos examinando requer que uma parte maior do excedente da atividade seja destinada à vítima do dano.

Por outro lado, a tolerância à atividade causadora do dano pode maximizar a riqueza da vítima ainda que a reparação não seja integral, já que é preciso considerar também a parte do excedente de riqueza da qual a vítima se apropria como qualquer outro indivíduo (ou, ao menos, como qualquer outro indivíduo em pior situação, se a atividade em questão atende ao critério mencionado no texto). Note-se, além disso, que os indivíduos em pior situação podem não estar em estritamente igual situação quando comparados uns com os outros. Se uma certa dose de desigualdade for tida como irrelevante para a caracterização desse grupo, o prioritarismo, ao avaliar se uma política ou atividade favorece os indivíduos em pior situação, talvez tenha de considerar o lote médio de bens possuído por esses indivíduos sob cada uma das alternativas. Isso torna possível que uma atividade potencialmente lesiva atenda ao critério prioritarista de justiça ainda que *ex post* reduza, contanto que em medida não excessiva, a riqueza das vítimas de dano.

⁷ Por que o critério prioritarista se contenta com que parte, apenas, da riqueza excedente produzida por uma atividade potencialmente danosa seja entregue aos indivíduos em pior situação? Porque parte da riqueza talvez tenha de ser reservada a outros indivíduos que não os em pior situação como condição necessária a que a atividade em questão se realize. Por exemplo, se não tiver direito a uma parte da riqueza excedente do meu trabalho, posso preferir um trabalho mais fácil ou agradável e menos produtivo. Acima, suponho que o prioritarismo seja compatível com a oferta de incentivos para o exercício de atividades que, apesar de potencialmente danosas, produzam um excedente em riqueza benéfico aos indivíduos em pior situação. O princípio da diferença de Rawls, ao menos tal como tradicionalmente interpretado, também admite esses incentivos. Para uma crítica dessa interpretação, ver Cohen (2008, cap. 1).

A reparação suficiente para que a vítima seja beneficiada não apenas *ex ante*, mas também *ex post* pela atividade causadora do dano não tem que se dar à maneira característica do direito de danos, isto é, diretamente às custas do realizador da atividade. Ao invés do pagamento da indenização, o causador do dano pode arcar com ônus da ajuda ao lesado apenas indiretamente, mediante a transferência de recursos para que o Estado ou outra organização qualquer mantenha um serviço de auxílio às vítimas (algo como um “sistema de seguro social”). Do ponto de vista do prioritarismo, saber qual meio de reparação, o direito de danos ou o seguro social, é o melhor depende de saber qual deles é mais vantajoso para os cidadãos em pior situação.

O direito de danos é importante, em segundo lugar, como meio de evitar que atividades potencialmente danosas que não produzam excedente em riqueza tenham lugar. Admitindo-se que as instituições de uma sociedade justa abranjam uma regra segundo a qual atividades assim não devam se realizar,⁸ há duas possibilidades. Uma é que a nossa descrição de uma sociedade justa não inclua a motivação para a obediência às regras. Refiro-me com isso, em outras palavras, à hipótese de definirmos uma sociedade justa como uma sociedade cujas regras são justas, mas cujos cidadãos não estejam necessariamente motivados a obedecer a essas regras. Se há uma regra proibitiva a certas atividades que os cidadãos, no entanto, não estão invariavelmente motivados a obedecer, o direito de danos pode contribuir para que as atividades em questão não se realizem mediante a chamada “internalização de custos”. Ao obrigar à reparação do dano, o direito de danos leva o agente a suportar, reflexamente, o dano que causa. Uma vez arcando com os custos da sua atividade, agentes preocupados apenas em maximizar a própria riqueza evitarão atividades que mais destroem riqueza do que produzem.

Uma segunda possibilidade é estipular que os cidadãos de uma sociedade justa estejam motivados a cumprir as regras. Nesse caso, a existência da regra que proíbe atividades potencialmente danosas incapazes de produzir riqueza excedente basta, em geral, para evitar que essas atividades se verifiquem. Mesmo em tal hipótese, porém, a existência da regra pode não ser suficiente devido à informação imperfeita. Se, por causa da informação imperfeita sobre as consequências de uma atividade, um indivíduo puder determinar se ela é ou não das que proporcionam riqueza excedente, então, mesmo que motivado a cumprir a regra antes mencionada, o indivíduo em questão de fato ou não a cumprirá ou (dependendo da regra de decisão que estipular para o caso de dúvida) poderá abster-se de exercer atividades que a regra não proíbe. Nessas circunstâncias, o direito de danos pode promover uma distribuição justa no sentido aqui considerado se contiver regras que proíbam atividades específicas (o que, no entanto, requer que o órgão legislativo esteja mais bem informado do que os agentes sobre as consequências dessas atividades) ou se conseguir oferecer aos cidadãos uma informação mais acurada sobre as consequências de suas atividades. A internalização de custos ocorrida mediante o pagamento de indenização volta aí a se justificar como meio de informar os indivíduos sobre as consequências de seus atos e de ajudá-los, com isso, a cumprir a regra de proibição a atividades que não produzam excedente de riqueza.

⁸Há uma outra idealização envolvida na afirmação de que as instituições de uma sociedade justa incluem uma regra de proibição a atividades que não produzam excedente de riqueza, a saber, a de que discriminar legalmente atividades potencialmente danosas de acordo com o excedente de riqueza que produzem constitui a melhor maneira de realizar o princípio de distribuição prioritarista da riqueza. Em circunstâncias não ideais, a disposição a fazer com que o status legal de uma atividade dependa do excedente de riqueza pode esbarrar na dificuldade para aplicação desse critério, de tal maneira que uma estratégia legislativa alternativa acabe proporcionando melhores resultados em termos de justiça. Acima e no restante do artigo, deixo de lado as dificuldades de aplicação dos critérios de justiça para o desenho das instituições.

Note-se que a prevenção a atividades que reduzem a riqueza social pode ocorrer por outros meios que não os legais e, entre os meios legais, também por outros que não o de conceder à vítima um direito à reparação do dano contra o ofensor. Mesmo para agentes preocupados exclusivamente em maximizar a própria riqueza, abster-se de uma atividade potencialmente danosa pode ser o melhor a fazer se a ocorrência do dano tiver efeitos contrários ao referido objetivo (por exemplo, se um dano ambiental levar consumidores “verdes” a boicotar os produtos de uma companhia). De maneira similar, a intervenção legal cogitada como meio de prover informação a agentes motivados a cumprir a regra de proibição a atividades das quais não resulte excedente de riqueza pode se dar por outros meios que não o pagamento de indenização à vítima, como a imposição de uma multa.⁹

Em resumo, argumentei até aqui que uma atividade potencialmente danosa atende *ex ante* ao critério de distribuição prioritarista se produz um excedente de riqueza que em parte, ao menos, favoreça os indivíduos em pior situação. Em uma sociedade na qual a distribuição do excedente de riqueza produzido em favor dos cidadãos em pior situação fique a cargo de outras instituições, o papel do direito de danos se limita a assegurar que atividades potencialmente danosas sigam atendendo à justiça distributiva *ex post*, oferecendo reparação aos cidadãos em desvantagem quando eles estiverem entre as vítimas dessas atividades. O direito de danos pode ainda promover a internalização de custos necessária a que agentes preocupados apenas com a maximização da própria riqueza se abstenham de atividades que não produzam excedente de riqueza. Ele serve ainda, por fim, para informar os agentes (inclusive aqueles motivados ao cumprimento das regras) sobre as consequências de seus atos.

Tendo tudo isso em vista, o que dizer do princípio da reparação integral (*restitutio ad integrum*) estabelecido pelo art. 944, parágrafo único, do Código Civil brasileiro? Um direito de danos prioritarista não teria de abandonar esse princípio, conferindo direitos indenizatórios de valor superior ao do dano no caso em que a vítima pertença ao grupo dos em pior situação, e inferior ao dano no caso em que, ao contrário, o dever de reparação recaia sobre um desses indivíduos?¹⁰ Considere a hipótese em que um indivíduo em pior situação sofra o dano. Se a atividade causadora do dano é das que produzem excedente de riqueza e esse excedente é, em parte, entregue aos indivíduos em pior situação, então a vítima estará melhor *ex ante* com a atividade causadora do dano do que estaria se essa atividade não se realizasse. Além disso, para que a mesma atividade siga favorecendo à vítima *ex post*, basta que o dano seja integralmente reparado. É verdade que a vítima estaria em ainda melhor situação *ex post* caso lhe fosse concedido o direito a uma indenização de valor superior ao do dano. Qual seria a razão, contudo, para reconhecer um direito indenizatório que vá além da reparação e, ao fazê-lo, deixe a vítima em vantagem sobre os demais indivíduos do grupo ao qual pertence?

Por outro lado, se pensarmos no direito de danos como meio de internalização de custos destinado a evitar atividades diminuidoras da riqueza, então não há, de fato, razão para que a penalidade aplicada fique limitada ao dano. No caso em que parte das vítimas não exerce seu direito à reparação, a intervenção judicial que se

⁹ Talvez o melhor meio de prover informação sobre as consequências negativas de uma atividade seja conferir às vítimas o direito a reclamar do causador do dano uma reparação. O texto acima não tem a pretensão de negar isso, limitando-se a observar que a relação entre o argumento da informação e o direito da vítima contra o ofensor é meramente contingente.

¹⁰ Keren-Paz crítica o princípio da restituição integral em seu livro sobre responsabilidade civil e igualitarismo (2007, p. 67-69). Além disso, embora a discussão principal seja sobre uma redefinição (sensível a objetivos igualitários) do conceito de culpa, na conclusão do livro ele menciona a necessidade de revisão das regras de reparação, sendo uma das sugestões a esse respeito a de elevar as indenizações pagas aos pobres (p. 182).

limitar à reparação do dano nas vezes em que essa reparação for pleiteada internalizará apenas parte dos custos da atividade do réu. Em tais circunstâncias, a observância do princípio da reparação integral tornará o direito de danos insuficiente para prevenir atividades socialmente indesejáveis (se os agentes se comportarem de maneira autointeressada), podendo, ainda, deixar de prover informação acurada sobre os custos de atividades.¹¹ Essas razões, contudo, apoiam apenas de maneira contingente a concessão à vítima de uma recompensa de valor superior ao dano sofrido. Uma adequada internalização de custos pode se dar por outros meios que não o direito de danos ou, mesmo que tenha como ponto de partida a ação de reparação proposta pela vítima, ocorrer mediante mero aumento da penalidade aplicada ao causador do dano, sem qualquer proveito para a vítima (como no caso em que se conceda ao autor da ação apenas a reparação do dano sofrido, destinando-se o restante da penalidade a um fundo público).

Outra possibilidade a considerar é a de que uma atividade potencialmente danosa que não produza excedente de riqueza ainda assim beneficie os indivíduos em pior situação por ser realizada por esses próprios indivíduos.¹² Casos assim são complicados, primeiro, porque a riqueza social consumida com atividades potencialmente danosas é a que seria, em uma sociedade governada pelo princípio prioritarista, parcialmente distribuída em favor dos próprios cidadãos em pior situação. Ainda assim, é possível que os cidadãos desse grupo que realizem atividades com efeito deletério sobre a riqueza social estejam melhor com essas atividades do que estariam caso a riqueza que elas consomem fosse distribuída. Segundo, é preciso considerar que, entre as vítimas das referidas atividades, podem também estar cidadãos em desvantagem, aos quais teria de ser então concedida reparação a fim de que não fiquem em ainda pior situação com o exercício da atividade do que estariam sem ela. A maior dificuldade, no entanto, parece ser a dos limites: se uma sociedade justa segundo o prioritarismo deve permitir que os cidadãos em pior situação realizem em benefício próprio atividades destruidoras da riqueza social, quais dessas atividades devem ser permitidas? Toda e qualquer uma, desde que resulte em benefício (mesmo que ínfimo) a cidadãos em pior situação e não obstante as consequências (ocasionalmente devastadoras) para a riqueza social? Ou apenas algumas dessas atividades e, se apenas algumas delas, quais? Aqui o argumento contra a permissão à realização de atividades que diminuem a riqueza social pode ser o de que embora um cidadão em pior situação se beneficie de uma atividade assim, esse mesmo cidadão sairia perdendo ao fim e ao cabo com uma regra que permitisse não apenas a ele, mas também a outros pertencentes ao seu grupo empreender atividades similares.¹³

¹¹ Indenizações de valor superior ao dano como meio de prevenir uma insuficiente internalização de custos também são defendidas por razões de eficiência. Ver, sobre isso, Polinsky e Shavell (1998).

¹² Pode-se constatar que isso está longe de ser in comum quando se considera quem deve ser tratado como agente no sentido do texto. No caso de uma corporação, por exemplo, são agentes não apenas os acionistas, mas também os trabalhadores, fornecedores e até consumidores que, mediante o vínculo contratual com a companhia, apropriam-se de uma parte da riqueza produzida pela atividade empresarial, tornando-se, nesse sentido, sujeitos atividade em questão.

¹³ Tal argumento sugere, pois, que o critério prioritarista da distribuição justa seja aplicado não a atos (ou atividades), mas a regras que permitem ou proíbem esses atos. A respeito da questão enfrentada no texto, considere o exemplo de Keren-Paz (2007, p. 91): George, que é pobre, usa para aquecer sua casa um carvão barato que causa à sua abastada vizinha Elaine um custo em poluição de \$900 por mês. A poluição poderia ser evitada se George substituísse o carvão atual por outro de melhor qualidade, pelo qual, no entanto, teria de pagar \$600 a mais por mês. Keren-Paz argumenta que, apesar do uso do carvão mais barato reduzir a riqueza social, não deveríamos considerar George negligente e obrigá-lo a indenizar Elaine devido à enorme diferença de renda entre os vizinhos. Ele não é claro, porém, quanto ao que faríamos se o carvão não poluente custasse apenas \$60 a mais para George, ou se a poluição causada pelo

Similar argumento se aplica contra a ideia de reduzir a indenização a pagar quando o dano é causado por indivíduo pertencente ao grupo dos em pior situação (KEREN-PAZ, 2007, p. 182). Mesmo que a vítima do dano não faça parte desse grupo e, portanto, não esteja entre aqueles cuja situação seja primordial para fins de justiça, o pagamento de indenizações a menor é como regra indesejável do ponto de vista do prioritarismo caso constitua um estímulo ao exercício de atividades redutoras da riqueza social ou seja um entrave a que o direito de danos cumpra a sua função de informar. Embora essas atividades sejam, quando isoladamente consideradas, benéficas aos indivíduos em pior situação, a sua ocorrência em larga escala dificilmente o é¹⁴.

2 OUTRAS MÉTRICAS DE DISTRIBUIÇÃO

A presente seção trata das implicações para o direito de danos de se atribuir relevância a outros bens que não (ou que não apenas) a riqueza para fins de justiça distributiva. O problema de definir o bem ou bens cuja distribuição é relevante para a justiça – em outras palavras, o problema da métrica da igualdade, ou da “igualdade de que?” – é objeto de já longo debate (ver, por exemplo, BRIGHOUSE; ROBEYNS, 2010). Limitar-me-ei a seguir a pontos que são de especial importância para o direito de danos.

Antes do exame propriamente dito do problema da métrica da igualdade, no entanto, é conveniente observar como a solução dada a esse problema pode forçar uma revisão da análise encontrada na seção precedente. Isso se sujeita a ocorrer,

carvão mais barato tivesse um custo dez ou mais vezes maior para Elaine. Tampouco são consideradas as consequências de uma regra que permita a todos os cidadãos pobres como George empreender atividades que levem a riqueza social a decrescer. É verdade, por outro lado, que o argumento de Keren-Paz ganha apelo ao ter como referência uma sociedade distributivamente injusta, na qual é mais provável que pessoas como George não tenham sua casa aquecida se forem inibidas a usar um combustível com resultados subótimos para a riqueza geral.

¹⁴Os argumentos do texto corroboram, em linhas gerais, a preferência de Kaplow e Shavell (1994) pelo sistema de tributação combinada com transferências de riqueza mediante políticas de bem-estar como meio de realização da justiça distributiva. É conveniente, no entanto, ressaltar o seguinte. Primeiro, enquanto Kaplow e Shavell parecem ter em vista de fato apenas a riqueza, as conclusões acima são enunciadas de maneira provisória, sujeitando-se à revisão quando sejam levados em consideração outros bens que não a riqueza (ou além da riqueza) como métrica da igualdade. Segundo, enquanto os argumentos de Kaplow e Shavell são endereçados a sociedades atuais (e, portanto, a sociedades não ideais), os meus se restringem a sociedades ideais. Vale lembrar que uma sociedade ideal é, tal como a concebo, uma sociedade cujas instituições em geral, inclusive a legislação tributária e as políticas assistenciais características do Estado de bem-estar conformam-se, quando existentes, aos princípios da justiça (quaisquer que sejam). Não é pertinente para o que afirmo, portanto (mas o é no caso de Kaplow e Shavell), a objeção de que pode haver entraves políticos à realização da justiça distributiva por meio da tributação que justificam lançar mão da responsabilidade civil para esse desiderato. É importante, por fim, cotejar o que é dito acima com o importante argumento de Jolls (1998) em favor do uso do direito privado como meio de realização da justiça distributiva. Jolls alega, em suma, que regras cuja aplicação, ao invés de certa, é meramente provável (como é o caso das regras de responsabilidade civil antes da ocorrência do dano) são cognitivamente processadas de modo distinto e menos propenso a desincentivar a produção. Recorde-se que, em uma sociedade na qual a riqueza é distribuída de maneira conforme ao prioritarismo, os ricos são taxados à exaustão, isto é, até o ponto em que o benefício marginal da taxa para os cidadãos em pior situação é erodido por uma perda para esses mesmos cidadãos ocasionada pelo decréscimo da produção. Se, como Jolls sugere, o ponto ótimo de um certo meio de distribuição (no caso, o direito privado e, em particular, a responsabilidade civil) é o mais favorável aos indivíduos em pior situação, então esse é o meio a ser necessariamente empregado. À medida, no entanto, que o uso da responsabilidade civil com fins distributivos prevenir o exercício de atividades que, não obstante seu potencial lesivo, produzem excedente de riqueza, será preciso comparar o efeito da perda desse excedente para os indivíduos em pior situação com o ganho que lhes seria proporcionado por um programa distributivo com menor impacto sobre a produção.

basicamente, de duas maneiras. Pode-se afirmar que, embora haja um único tipo de bem relevante para a distribuição, esse bem não é a riqueza, mas algum outro, ou, diferentemente, que há não um, mas vários tipos de bens relevantes, entre os quais pode ou não estar a riqueza. Nesse segundo caso, uma possível complicação tem lugar caso se reconheça não apenas que a justiça governa a distribuição de mais de um tipo de bem, mas que a distribuição desses bens é regulada por diferentes critérios. Por exemplo, uma mesma concepção de justiça pode determinar que a distribuição de um tipo de bem ocorra segundo um critério de igualdade estrita e a de um outro tipo segundo um critério prioritarista ou sufficientista.¹⁵

Começarei com uma alternativa relativamente simples à análise feita acima, a qual consiste em tratar como único bem a distribuir a utilidade ao invés da riqueza. Isso conduz a uma reformulação do princípio antes exposto, cujo conteúdo passa a ser então o seguinte: uma atividade potencialmente danosa atende *ex ante* à justiça distributiva se produz um excedente de utilidade que decorra, ao menos em parte, de um aumento da utilidade dos indivíduos em pior situação. Saber se uma atividade potencialmente danosa produz um excedente de utilidade pode requerer comparações interpessoais de utilidade (nos casos em que o excedente se verifica pela perda de um e ganho superior de outros). Por ora, no entanto, presumirei que o problema dessas comparações possa ser resolvido. Uma complicação a examinar consiste em que, mesmo que uma atividade potencialmente danosa com excedente de utilidade seja *ex ante* benéfica aos indivíduos em pior situação, depois de verificado o dano alguns desses indivíduos, caso estejam entre as vítimas, provavelmente terão a sua utilidade reduzida. Além disso, diferentemente do que ocorre com a riqueza, pode não ser possível fazer a vítima retornar ao nível de utilidade anterior ao dano mediante o pagamento de indenização. A vítima de um acidente com sequelas para a saúde graves e irreversíveis talvez não possa retornar ao *status quo ante* se como tal entendermos o retorno ao nível de utilidade anterior ao acidente. Uma sociedade justa no sentido do prioritarismo parece então não ter saída senão proibir atividades com potencial para causar danos irreparáveis no sentido recém indicado até o ponto em que, devido à cessação dessas atividades, a utilidade dos cidadãos em pior situação se reduza ao mesmo nível em que estaria com acidentes cujas vítimas (algumas, ao menos) pertençam a esse grupo.

É impossível definir com exatidão as disposições legislativas em matéria de direito de danos capazes de atender ao critério de justiça distributiva em discussão. Pode-se definir, não obstante, quais diretrizes devem ser observadas por uma sociedade que pretenda se aproximar do ideal distributivo prioritarista (aplicado agora não mais à riqueza, mas à utilidade). Atividades com potencial para infligir perdas de utilidade incapazes de serem compensadas mediante o pagamento de indenização devem, de um modo geral, ser proibidas, ao invés de meramente sujeitar o causador do dano ao pagamento de indenização. A medida do risco tolerável é tão-somente aquela suficiente para a continuidade de atividades sem as quais a utilidade dos cidadãos em pior situação seria ainda mais baixa. Particular atenção deve ser dispensada, além disso, às atividades cujos riscos recaiam mormente sobre os indivíduos em pior situação. O prioritarismo torna esses riscos *ceteris paribus* menos toleráveis do que os riscos infligidos a todos

¹⁵A teoria de Rawls dá um exemplo disso. Rawls (1999) inclui entre os bens a distribuir diferentes tipos de bens, como as liberdades básicas e a riqueza. As primeiras têm a sua distribuição regida pelo primeiro princípio da justiça, um princípio de igualdade estrita; já a distribuição da riqueza se sujeita ao princípio da diferença e, em consequência, pode não se estritamente igual caso atendida a condição de que a desigualdade favoreça os cidadãos em pior situação.

igualmente ou que recaiam em maior medida sobre os cidadãos em melhor situação.¹⁶ É difícil que uma atividade cujas vítimas sejam cidadãos que já estão entre os de pior situação antes mesmo da ocorrência do dano redunde em um ganho geral suficiente para que até o nível de utilidade desses cidadãos seja elevado¹⁷.

3 CRÍTICAS À MÉTRICA DA UTILIDADE E O DIREITO DE DANOS

Gostaria agora de examinar algumas implicações para o direito de danos de concepções de justiça distributiva não baseadas na utilidade. Começo aludindo, para tanto, a certas objeções à utilidade como resposta para a questão “igualdade de quê?”, passando, logo depois, a tecer considerações sobre a importância dessas objeções para o direito de danos. Dados os limites de espaço, meus comentários sobre cada um dos tópicos tratados a seguir serão breves.

Parte do que leva igualitaristas contemporâneos a defender uma particular métrica da igualdade (bens primários no caso de Rawls, recursos no de Dworkin, capacidades nos de Sen e Nussbaum) tem a ver com razões para rejeitar a utilidade como métrica da igualdade. Entre essas razões estão as de que a métrica da utilidade:

- exime-nos de responsabilidade pelas nossas preferências (problema da responsabilidade pessoal) (DWORKIN, 2000, cap. 1; RAWLS, 1982, p. 168-169);
- é insensível ao fenômeno das preferências adaptativas (problema das preferências adaptativas) (NUSSBAUM, 2000, cap. 2)
- não dá a devida importância à liberdade (problema da liberdade) (SEN, 1992).

O problema da responsabilidade pessoal é um genuíno problema de uma concepção de igualdade cuja métrica seja a utilidade e, como tal, de um direito de danos que almeje fidelidade a essa concepção. Que algumas regras comuns de responsabilidade civil sejam indiferentes à utilidade é algo que se pode explicar não apenas pela dificuldade de apurar níveis de utilidade, como também pela inconveniência, do ponto de vista da justiça, de ter em vista esses níveis, inconveniência essa para a qual o problema da responsabilidade pessoal chama a atenção. Ao

¹⁶A esse respeito, a diferença entre o prioritarismo e o utilitarismo se escancara, já que essa última concepção trataria de prevenir tão-somente as atividades cujo custo geral de utilidade (inclusive o custo para as vítimas de acidentes) seja superior ao benefício. Para uma crítica ao critério de precaução propugnado em trabalhos de análise econômica da responsabilidade civil, segundo o qual a precaução ótima é aquela cujo custo marginal em riqueza equivale ao benefício marginal, ver Keating (2003). As afirmações feitas no texto acima se coadunam, em boa medida, com os dois critérios de precaução defendidos por Keating, da segurança e da exequibilidade. O primeiro desses critérios requer que se elimine todo e qualquer risco significativo de dano “devastador” (*devastating injury*), enquanto que o segundo tem como alvo os riscos significativos que podem ser tecnicamente eliminados sem que a atividade se torne inviável (p. 685). Um direito de danos fiel à concepção prioritarista de distribuição justa de utilidade poderia, contudo, tolerar riscos significativos sem os quais uma atividade que contribui substancialmente para a utilidade dos indivíduos em pior situação não fosse capaz de se realizar. Outra discrepância em relação ao que defendo acima se deve ao fato de os critérios de Keating não fazerem distinção entre riscos que afligem a todos e riscos que recaem (exclusivamente ou em maior medida) sobre indivíduos em pior situação.

¹⁷Há uma notável diferença, portanto, entre concepções distributivas do direito de danos que tenham em vista, respectivamente, a riqueza e a utilidade como bem a distribuir. Mesmo em se tratando de uma concepção prioritarista, o foco na riqueza pode atrair riscos para os indivíduos em pior situação, já que a perda de riqueza é em geral menor nos acidentes em que esses indivíduos são vítimas. Tal como argumentado acima, em contrapartida, o prioritarismo de utilidade submete as atividades que criam risco aos indivíduos em pior situação a um crivo especialmente rigoroso. Para a crítica segundo a qual regimes de responsabilidade civil com ênfase na reparação do dano patrimonial induzem atividades de risco que tenham como alvo os mais pobres, ver Keren-Paz (2007, p. 68); Abel (1990, p. 803).

determinar quais atividades potencialmente danosas são permitidas, regras de responsabilidade civil não costumam ter como critério o ganho de utilidade que essas mesmas atividades proporcionam. É até possível que uma análise sobre esse ganho de utilidade esteja por vezes entre as motivações para que algo seja ou não permitido, mas, quando isso acontece, o que se avalia é provavelmente um ganho comum (no sentido de “ordinário”) de utilidade, o que acaba fazendo com que certas preferências sejam simplesmente desconsideradas. Por exemplo, ao definir o limite de velocidade para o tráfego de automóveis, pensa-se geralmente nas vantagens da redução do tempo de deslocamento, mas não no prazer que a alta velocidade proporciona a alguns condutores. O fato de tanto a regra legal quanto as motivações que lhe estão à base se manterem indiferentes a preferências idiossincráticas pode ser entendido como uma resposta (conquanto parcial) do direito de danos ao problema da responsabilidade pessoal.

Algo similar vale para as indenizações que não têm como objetivo reparar perdas de riqueza. No Brasil, indenizações pela dor ou sofrimento (o “dano moral”) são rotineiramente concedidas pelos tribunais. Ao definir o montante indenizatório, contudo, os juízes se mostram alheios à particular suscetibilidade da vítima. Ao invés da real magnitude da dor, importam as características da conduta lesiva e a culpabilidade do agente. Chega-se, assim, até mesmo a negar o pedido indenizatório sob a alegação de que o comportamento do réu não chegou a causar mais do que “mero dissabor”.¹⁸ Tal como no que diz respeito à permissão ao exercício de atividades, a pouca disposição dos tribunais a estipular o montante indenizatório de acordo com a perda de utilidade sofrida pela vítima pode ser explicada pela dificuldade para apurar essa perda. Também é possível, não obstante, entender essa falta de disposição como corolário da ideia de que cada um é, em alguma medida, responsável por suas preferências.

Para fugir ao problema da responsabilidade pessoal, igualitaristas contemporâneos propõem outras métricas da igualdade que não a utilidade, tais como as dos bens primários (Rawls), recursos (Dworkin) e capacidades (Sen e Nussbaum). Essa substituição, porém, por si só não afasta o problema.¹⁹ Rawls é criticado pelo fato de o princípio da diferença tratar como cidadãos em pior situação aqueles em desvantagem na posse dos bens primários, não importando se, e em que medida, essa desvantagem seja de atribuir às suas escolhas (KYMLICKA, 2006, p. 94-98).²⁰ Para lidar com o problema da responsabilidade pessoal, Dworkin atribui à justiça igualitária o objetivo de abolir apenas as diferenças de recursos relacionadas à “sorte bruta” (DWORKIN, 2000, p. 73). Outras diferenças, como as decorrentes de riscos voluntários (“sorte bruta”) são, pois, toleradas. As métricas dos bens primários, dos recursos e das capacidades só se diferenciam da utilidade por se conservarem alheias à relação entre o bem considerado e a satisfação de preferências individuais, o que previne que os direitos de cada um segundo a justiça distributiva sejam uma função dessas preferências. O abandono da métrica da utilidade não basta, entretanto, para tornar a justiça sensível a escolhas por meio das quais cada um modifica o próprio lote dos bens a distribuir, sejam eles bens primários, recursos ou capacidades.

¹⁸ Ver, por exemplo, a decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.329.189, de 13 de novembro de 2012.

¹⁹ Vale também dizer que o problema da responsabilidade pessoal não exige ignorar quaisquer preferências (e, portanto, a utilidade entendida como satisfação dessas preferências), mas apenas aquelas preferências pelas quais cada indivíduo seja de fato responsável.

²⁰ Em resposta a essa crítica, Rawls (1974, p. 654) afirma que é possível incluir o lazer entre os bens primários cuja distribuição é regulada pelo princípio da diferença, fazendo, assim, com que esse princípio se torne sensível às escolhas dos cidadãos entre trabalho e lazer.

Como um direito de danos que tenha como objetivo promover a igualdade de bens primários, recursos ou capacidades pode fazer frente ao problema da responsabilidade pessoal? Para o prioritarismo, a solução consiste em tratar como pertencentes ao grupo em pior situação apenas os indivíduos que não sejam de se considerar responsáveis pela própria penúria.

Tal como o da responsabilidade pessoal, o problema das preferências adaptativas é parcialmente contornado sempre que a legislação se mostra alheia, seja pela dificuldade de obter informação, seja por razões de justiça, a variações individuais de utilidade. De um modo geral, não se proíbe o exercício de uma atividade sob a mera alegação de que, devido ao hábito de uma vida de servidão, assegurar liberdade a certos sujeitos resultaria em pouco ou nenhum ganho de utilidade. Tampouco é comum oferecer baixa indenização à vítima de um dano apenas porque, graças a preferências adaptadas a uma vida de sofrimento, seu nível de utilidade após o acidente é pouco diferente do de antes.

Porém, assim como com o problema da responsabilidade pessoal, a simples mudança de foco da utilidade para bens primários, recursos ou capacidades ataca somente em parte o problema das preferências adaptativas. É verdade que se atende a esse problema ao tornar a distribuição imune a diferenças nas funções individuais de utilidade. Contudo, uma métrica de igualdade alheia à utilidade não é suficiente para conter o efeito de preferências, inclusive adaptativas, sobre o quinhão de cada um, algo que é tão mais verdadeiro quanto mais a distribuição justa seja sensível às escolhas e, conseqüentemente, às preferências dos envolvidos. Quanto maior a atenção à responsabilidade pessoal, mais vulnerável uma concepção de justiça se torna ao problema das preferências adaptativas. Considere-se, para exemplificar, o caso de uma mulher que, graças a preferências em grande medida influenciadas pelos padrões de uma sociedade patriarcal, acaba por se dedicar inteiramente ao trabalho doméstico não remunerado e a dispor de pequena quantidade de bens primários como riqueza e renda. O simples fato de tratarmos a justiça como uma questão de distribuição de algum desses bens e de ignorarmos, portanto, que essa mulher é provavelmente feliz com o pouco que tem nada diz sobre ela ter ou não direito a uma cota de bens maior do que a atual.

O problema das preferências adaptativas suscita questões importantes para o debate sobre um direito de danos prioritarista em sociedades não ideais, a começar pelo de saber se indivíduos cujo quinhão é reduzido pela influência dessas preferências devem ser considerados pertencentes ao grupo dos em pior situação. Não é só, contudo. O direito de danos tanto pode se opor ao impacto de preferências adaptativas, ao incluir os indivíduos vítimas dessas preferências entre os de pior situação e, em consequência, coibir atividades potencialmente danosas que não favoreçam esses indivíduos, como servir de entrave às ações mesmas que alimentam as clivagens sociais das quais as preferências adaptativas são resultado. Trata-se aí, portanto, de, ao invés de aceitar preferências como dadas e apenas evitar submeter certos indivíduos às consequências das escolhas que fazem, combater os padrões sociais que são a matriz de preferências adaptativas e, logo, das diferenças na posse de bens (bens primários, recursos, capacidades) decorrentes dessas preferências. Para esse desiderato, pode ser particularmente importante que, ao invés da reparação, a ênfase recaia sobre a proibição a certas atividades, ao menos à medida que essa proibição seja compatível com as liberdades que uma ordem social justa deva preservar. A interdição a mensagens de menosprezo ou ódio pode ser um meio mais eficaz de prevenir o surgimento de preferências com efeito nocivo para as expectativas de certos indivíduos do que o

pagamento *a posteriori* de uma indenização que dependa do pedido da vítima, sujeita, ela própria, à influência dos padrões sociais estigmatizantes que se deseja abolir.²¹

Por fim, o problema da liberdade. Os igualitaristas são, em geral, sensíveis à crítica de que uma concepção de justiça distributiva que trate a utilidade como único bem a distribuir falha ao ignorar a importância da liberdade,²² mas respondem de maneira variada a essa crítica. Assim, enquanto Rawls inclui certas liberdades (as “liberdades básicas”) entre os bens a distribuir, concedendo, além disso, ao princípio que governa a distribuição dessas liberdades uma prioridade léxica sobre os demais (RAWLS, 1999, p. 53-54), Dworkin enaltece a liberdade como meio de revelar a importância de cada recurso para a vida das pessoas e, portanto, como condição para o sucesso de políticas distributivas que pretendam se mostrar sensíveis a essa importância (DWORKIN, 2000, cap. 3). Entre as teorias da justiça igualitárias, contudo, nenhuma confere papel mais proeminente à liberdade do aquelas, como as de Sen (1992) e Nussbaum (2000), nas quais a base para as comparações interpessoais relevantes para a justiça distributivas é a capacidade para certos “funcionamentos” (*functionings*), e não esses funcionamentos em si, o seu suporte material ou o ganho de utilidade que proporcionam.

Definir as implicações para o direito de danos de um prioritarismo cuja métrica (a única ou uma delas) é a liberdade não é tarefa simples. Limite-me, assim, a alguns comentários. Se um dos bens a distribuir é a liberdade, atividades com potencial para causar dano importam tanto no caso em que a faculdade para exercer essas atividades esteja entre as liberdades a ser distribuídas, como também à medida que as atividades em questão sejam uma ameaça à liberdade. Em relação ao primeiro ponto, se o exercício de atividades potencialmente danosas fizer parte do “pacote” de liberdades assegurado por uma certa concepção de justiça, então é incompatível com tal concepção não apenas proibir essas atividades como também, muito possivelmente, obrigar o à reparação do dano causado, já que a pena patrimonial constitui um cerceamento ao exercício da atividade. Em contrapartida, a salvaguarda da liberdade também pode requerer a proibição terminante (ao invés da mera cominação do dever de indenizar) de atividades que, pelo potencial lesivo, constituam uma violação da liberdade das potenciais vítimas.²³

Se a liberdade for um, mas não o único bem a distribuir, é preciso definir então o peso relativo da liberdade e, em consequência, o quanto o apreço pela liberdade modifica as prescrições relativas à distribuição de outros bens. Tomem-se os casos de concepções de justiça prioritaristas cuja métrica seja a riqueza e a utilidade. A proposição central dessas concepções quanto a atividades potencialmente danosas é,

²¹Seria importante, portanto, admitir a tutela preventiva, e não apenas reparadora, contra atividades propensas a alimentar a dominação contra certos grupos, bem como conferir a outros sujeitos que não as vítimas a legitimidade para requerê-la. Sobre isso, o título do Código Civil brasileiro no qual se reúnem as principais disposições sobre responsabilidade civil (arts. 927 a 954) não menciona a tutela preventiva. Essa tutela é prevista em outros lugares, como nos capítulos sobre direitos da personalidade (arts. 12, 20 e 21) e direitos de vizinhança (art. 1.277), mas com legitimidade para requerer a medida de interdição restrita à vítima do dano ou (no caso dos direitos de personalidade) à vítima e a alguns de seus familiares.

²²Concepções de justiça adstritas à utilidade podem, não obstante, reconhecer importância à liberdade. Por exemplo, se a utilidade é entendida como uma função da satisfação de preferências, a liberdade se tornará importante para a utilidade à medida que haja uma preferência pela liberdade. Isso, no entanto, provavelmente ainda é pouco. Podemos querer reconhecer importância à liberdade de maneira não contingente das preferências atuais dos sujeitos ou do quanto a liberdade proporciona prazer e outros estados mentais valiosos.

²³ Ver, sobre isso, Kordana e Tabachnick (2006, p. 1.309), segundo os quais certas regras de responsabilidade civil podem ser demandadas para proporcionar aos cidadãos a segurança requerida pelo princípio das liberdades básicas de Rawls.

como visto, que tais atividades se mostram desejáveis contanto que produzam um excedente (de riqueza ou utilidade) e que esse excedente (parte dele, ao menos) beneficie os indivíduos em pior situação. Acrescentar a isso uma atenção a problemas distributivos de liberdade pode então implicar, primeiro, tolerância a uma atividade potencialmente lesiva ainda que dela não decorra qualquer excedente, mas simplesmente pelo fato de que o exercício da atividade em questão constitui objeto de uma liberdade garantida. Outra implicação, agora no sentido contrário, é a proibição a atividades que produzam excedente mas atentem contra uma liberdade cuja distribuição a justiça regula.²⁴

CONCLUSÃO

Este trabalho examinou as implicações do prioritarismo para o direito de danos. De um modo geral, o critério de distribuição prioritarista recomenda permitir atividades que produzam um excedente do bem a distribuir (riqueza, utilidade, etc.), contanto que parte, ao menos, desse excedente favoreça os indivíduos em pior situação. Em sociedades cujas instituições se conformam à justiça, o direito de danos pode se limitar a permitir atividades que produzam excedente (e proibir as que não o façam), deixando para outras áreas da legislação a tarefa de usar esse excedente em benefício dos cidadãos em desvantagem. O direito de danos pode ser importante, também, para prover informação sobre as consequências danosas de certas atividades a agentes motivados a se comportar de acordo com os parâmetros da justiça.

Quanto ao bem a distribuir, o trabalho teve em vista inicialmente as versões simplificadas de um direito de danos prioritarista restrito à riqueza e à utilidade. Muitos igualitaristas, entretanto, defendem concepções de justiça distributiva não limitadas à riqueza e fazem ressalvas quanto à utilidade como métrica da igualdade. A parte final do texto teve em vista três críticas ou problemas com a métrica da utilidade, os problemas da responsabilidade pessoal, das preferências adaptativas e da liberdade. Por diferentes razões, a atenção a esses problemas complica a análise do direito de danos como meio de realização da justiça distributiva. Lidar com o problema da responsabilidade pessoal requer excluir do grupo dos indivíduos em pior situação aqueles cujo estado de penúria seja uma consequência das próprias escolhas. Já o problema das preferências adaptativas pode não apenas requerer que as vantagens e desvantagens de atividades potencialmente danosas sejam avaliadas independentemente dos seus efeitos sobre a utilidade dos envolvidos, como também que o direito de danos colabore para que as matrizes sociais de algumas dessas preferências sejam abolidas. Por fim, a atenção ao problema da liberdade força ora a garantir o exercício de certas atividades (quando tal exercício for objeto da liberdade a que o agente faz jus), ora a proibi-lo (quando o risco criado for incompatível com a liberdade assegurada às potenciais vítimas). Em qualquer dos casos, a inclusão da liberdade entre os bens a distribuir demanda uma revisão das conclusões baseadas em concepções prioritaristas de justiça cuja métrica exclusiva seja a riqueza ou a utilidade.

²⁴A inclusão de certas liberdades na lista dos bens a distribuir permite superar certa dificuldade de concepções adstritas à utilidade para lidar com atividades letais. Se o importante for a utilidade média dos indivíduos em pior situação, o fato de uma atividade ter como consequência a morte de algum desses indivíduos pode se mostrar irrelevante até mesmo para um ideal prioritarista de justiça. Quando a liberdade entra em cena, no entanto, o status de atividades potencialmente letais deixa de depender exclusivamente dos ganhos e perdas de utilidade. Dependendo do risco à vida que oferecem, essas atividades podem ser incompatíveis com a liberdade que a justiça assegura às suas potenciais vítimas.

O trabalho tira algumas conclusões importantes sobre as características gerais de um direito de danos prioritarista. Primeiro, e a exemplo de outras visões instrumentais, como a da análise econômica do direito, um direito de danos ocupado em maximizar a vantagem dos indivíduos em pior situação não atribui particular importância à reparação, chegando mesmo a prescindir dela quando desnecessária ao objetivo de que somente se realizem as atividades potencialmente danosas maximizadoras da vantagem dos indivíduos em pior situação. Segundo, quando aplicado ao direito de danos, o prioritarismo tampouco requer necessariamente que as condições da responsabilidade (por exemplo, os padrões de comportamento culposos) e o montante indenizatório variem de acordo com as posses do agente e da vítima. Ainda que favoreçam o litigante pobre, essas variações podem reduzir a riqueza e a utilidade gerais e não se mostram, ao fim e ao cabo, benéficas para os indivíduos em pior situação. Terceiro, à medida que o ideal de justiça que se aspire realizar imponha uma certa distribuição de liberdades (ou “capacidades”, no sentido de Sen e Nussbaum), é importante que o direito de danos seja visto como meio não tanto de reparação de danos, mas de garantia da liberdade, o que implica tanto uma possível negativa de reparação à custa do agente (quando o dever indenizatório for um fardo incompatível com a liberdade) como a tutela preventiva contra riscos.

REFERÊNCIAS

ABEL, Richard L. A critique of torts. **UCLA Law Review**, v. 37, n. 5, p. 785-831, jun. 1990.

BRIGHOUSE, Harry; ROBEYNS, Ingrid (orgs.). **Measuring justice: Primary goods and capabilities**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

COHEN, G. A. **Rescuing justice and equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue: The theory and practice of equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

JOLLS, Christine. Behavioral economic analysis of redistributive legal rules. **Vanderbilt Law Review**, v. 51, n. 6, p. 1.653-1.677, nov. 1998.

KAPLOW; Louis; SHAVELL, Steven. Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income? **Journal of Legal Studies**, v. 23, n. 2, p. 667-681, jun. 1994.

KEATING, Gregory C. Pressing precaution beyond the point of cost-justification. **Vanderbilt Law Review**, v. 56, n. 3, p. 653-750, abr. 2003.

KEREN-PAZ, Tsachi. **Torts, egalitarianism and distributive justice**. Hampshire: Ashgate Publishing, 2007.

KORDANA, Kevin A.; TABACHNICK, David H. On belling the cat: Rawls and tort as corrective justice. **Virginia Law Review**, v. 92, n. 7, p. 1.279-1.310, nov. 2006.

NUSSBAUM, Martha. **Women and human development: A capabilities approach.** Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

PARFIT, Derek. Equality and priority. **Ratio (new series)**, v. 10, p. 202-221, out. 1997.

POLINSKY; A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: An economic analysis. **Harvard Law Review**, v. 111, n. 4, p. 869-962, fev. 1998.

RAWLS, John. Reply to Alexander and Musgrave. **Quarterly Journal of Economics**, v. 88, n. 4, p. 633-655, nov. 1974.

RAWLS, John. Social unity and primary goods. In: SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard (orgs.). **Utilitarianism and beyond.** Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 159-185.

RAWLS, John. **A theory of justice.** Ed. rev. Cambridge: Belknap Press, 1999.

SEN, Amartya. **Inequality reexamined.** Cambridge: Harvard University Press, 1992.

SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law.** Cambridge: Harvard University Press, 1987.

VALENTINE, Laura. Ideal vs. non-ideal theory: A conceptual map. **Philosophy Compass**, v. 7, n. 9, p. 654-664, set. 2012.