A recusa de conformação do jurídico pelo económico: breves considerações a propósito da responsabilidade civil

Autor(es): Barbosa, Mafalda Miranda

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39816>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-1_15

Accessed : 26-Apr-2023 03:38:39

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo I

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

A RECUSA DE CONFORMAÇÃO DO JURÍDICO PELO ECONÓMICO

BREVES CONSIDERAÇÕES A PROPÓSITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1. A formulação do problema

Desde sempre, ou pelo menos desde que a economia ganhou foros de autonomia¹, que se questiona — quer num plano teórico, quer num plano praticamente comprometido — qual a relação que se estabelece entre aquela e o direito².

¹ Sobre o ponto, cf. PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 240, referindo que, na Idade Média, “o dominante não era o económico, mas o ético-religioso-jurídico”, e que, “nessa época, não se havia sequer autonomizado a economia”.

Veja-se, ainda, MÁRIO REIS MARQUES, *Introdução ao Direito*, vol. I, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 73, considerando que, no séc. XVIII, foi fundada a ciência económica pelos fisiocratas.

² Para uma síntese do tratamento que a questão foi conhecendo ao longo dos tempos, cf. MÁRIO REIS MARQUES, *Introdução ao Direito*, ..., cit., p. 73. Segundo explica o autor, na antiguidade, na Idade Média e na Idade Moderna, era dominante a ideia de que a ordem jurídica condiciona a economia. Com o Renascimento e a Reforma, a ordem económica ganhou visibilidade. E, com Marx e o pensamento marxista, dá-se a inversão da relação entre o direito e a economia (p. 74), embora a economia não seja o único factor determinante, porque, “sem que se

A resposta a tal inquirição tem, por seu turno, variado ao longo do tempo e de acordo com a intencionalidade subjacente ao pensamento de quem a procura encontrar. Para o marxismo, com mais ou menos cambiantes, o económico condicionava absolutamente o jurídico, na medida em que a infraestrutura seria determinante para a conformação da superestrutura³. No pólo oposto, encontramos um pensamento cuja principal preocupação seria atribuir ao direito foros de autonomia bastante, razão pela qual o procurou dotar de categorias pretensamente neutras e afastadas de qualquer valoração extrajurídica. Referimo-nos, como se percebe, à assepsia própria do positivismo, hoje já superado (ou em vias de superação), tal a inconcludência com que se apresentou. E, por isso, muito longe da índole do primeiro (pelos erróneos fundamentos em que assenta e pelas soluções para que caminha) e irremediavelmente afastados do segundo, somos instados a questionar, se quisermos realmente ser coerentes com o direito com que lidamos, qual a verdadeira relação que se estabelece entre o jurídico e o económico.

suprima o primado ontológico da infraestrutura, admite-se que esta está sujeita à reacção da superestrutura”, pelo que a “relação das duas é dialéctica, embora a infraestrutura acabe por se impor” (p. 76).

³ Cf., com amplo desenvolvimento sobre a questão, PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito ...*, cit., p. 238 e ss. Mostra-nos o autor que o economicismo linear que caracterizou o marxismo no seu estado puro foi abandonado para se afirmar “uma relação dialéctica entre (...) [os] dois planos, o que implicava o reconhecimento de uma certa autonomia à cultura (e, decorrentemente, também ao direito)”, razão pela qual se admitiam “interferências recíprocas entre a infra-estrutura e a super-estrutura”. Não obstante, em última instância, seria sempre a economia a ter o papel determinante.

No mesmo sentido, MÁRIO REIS MARQUES, *Introdução ao Direito...*, cit., p. 77.

O problema poderia ser equacionado à luz de inspirações várias, ou, e dito de outro modo, poderia levar-nos a dialogar com correntes do pensamento jurídico filosoficamente comprometido muito díspares. A abordagem a que nos propomos, contudo, é diversa. Num plano menos rarefeito, tentaremos, apenas, perceber em que medida os diversos critérios mobilizados pelo jurista são ou não economicamente densificados, por um lado, e são ou não interpretáveis de acordo com as categorias próprias da economia ⁴.

A questão torna-se tanto mais urgente quanto se reconheça hoje o domínio de uma mentalidade economicista ^{5 6} e tecnocrática, que tende a sobrevalorizar o ter em detrimento do ser, e que contamina toda a esfera de actuação política. O que, por seu turno, nos impedirá de ficar presos a uma perspectiva metodológica centrada na decisão judicativa e nos impelirá a analisar a própria influência da economia ao nível da prescrição legislativa, bem como a tecer breves considerações acerca da relação entre o direito e a lei.

⁴ Também PINTO BRONZE, que nesta fase inicial do nosso diálogo temos vindo a acompanhar, sentiu a necessidade de, no seu excursus acerca da possível redução do jurídico ao económico, deixar de lado a construção teórica para atentar nos factos comunicados pela história — cf. *Lições...*, cit., p. 240.

⁵ Como sublinha PINTO BRONZE, o económico passou a ser o referente decisivo com o capitalismo individualista e, “a ajuizar pelos *mídia*, deverá talvez reconhecer-se que a situação actual não é substancialmente diferente, pois o que fundamentalmente se releva são os sinais exteriores de uma riqueza travestida de desenvolvimento cultural (...)”.

⁶ Veja-se a este propósito a recente exortação apostólica do Papa Francisco, onde o Santo Padre aponta muitas das feridas das nossas sociedades e refere, claramente, que o mundo actual está dominado pela lógica do consumo e por uma economia de mercado onde, muitas vezes, impera a lei do mais forte. E diagnostica que na raiz de muitos males está a relação estabelecida com o dinheiro (<<http://www.news.va/pt/news/primeira-exortacao-apostolica-de-papa-francisco-te>>).

Em tudo o que, perfunctoriamente, fica dito vão assumidas algumas linhas de inteligibilidade do discurso. Acompanhando, aqui, como noutros pontos, PINTO BRONZE, podemos adiantar que, se “o direito não tem de ser necessariamente pensado como função dependente do económico”⁷, não podemos negar que “o económico seja uma importante dimensão do direito”⁸. Ou seja, reconhecemos, sob pena de padecermos de autismo obnubilador da realidade, que a dimensão económica não pode deixar de influenciar a juridicidade, mas não nos esquecemos que esta tem uma intencionalidade própria que não se pode deixar condicionar pela estrutura da economia. Por outro lado, a dialéctica a que se assiste entre os dois sistemas⁹ não nos condena à confusão intencional entre eles. O que procuramos perceber, portanto, não é a relação que, no plano normativo, se estabelece, mas a interpenetração de índoles problemáticas que se debate.

Para efeito desta reflexão, partiremos de um domínio dogmático específico: a responsabilidade civil aquiliana.

⁷ PINTO BRONZE, *Lições...*, cit., p. 244

⁸ O autor aduz, por isso, que não se enreda “num igualmente redutor discurso *naïf* contra o económico”. Cf. *Lições...*, cit., p. 245.

⁹ O direito exerce uma influência modeladora na própria realidade económica. Por outro lado, a estrutura da economia vai influenciar a normatividade, quer porque provoca a abertura do sistema, colocando sempre novos problemas, quer porque convida a normatividade a contemplar o próprio sistema económico com que tem de lidar. Mas isto não significa que a intencionalidade do jurídico tenha de se ver reduzida à intencionalidade efficientista, própria da segunda.

Cf., sobre o ponto, MÁRIO REIS MARQUES, *Introdução ao Direito*, vol. I, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 77: “se o direito recebe a influência do económico, a verdade é que muita da sua regulamentação se apoia em valorações especificamente jurídicas (...)”; e p. 81 e ss.

2. A prescrição legislativa

Ao nível da responsabilidade civil, é notório o impacto que a realidade económica teve, ao longo dos tempos, na modelação dos sistemas ressarcitórios. Ainda sob influência do pensamento individualista liberal, a constatação dos perigos decorrentes da utilização da máquina — fruto da Revolução Industrial — levou à consagração, nos diversos ordenamentos jurídicos, de hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. O argumento — assumido aqui, de forma não concludente, como um mero exemplo — não nos permite, contudo, concluir de forma absoluta pela influência dominante da economia na juridicidade. Várias são as razões para essa inconcludência de princípio. Em primeiro lugar, as situações de responsabilidade objectiva são conhecidas, embora de forma muito excepcional (excepcionalidade essa que, aliás, não deixou de patentear-se no período agora considerado), desde o Direito Romano, o que vem mostrar que não há entre a realidade e a construção dogmática uma relação de necessidade lógica. Em segundo lugar, ainda que a realidade económica tenha arrastado consigo novos problemas, isso não significa que a resposta que se procurou encontrar para eles tenha sido determinada pelos quadros economicistas estritos.

Pelo contrário, não só a percepção do próprio problema pressupõe a intuição do justo, como a solução consagrada em termos legislativos acaba por, desligando-se do que serviu de base ao seu surgimento, pensá-los em termos juridicamente densificados. *In fine*, a prescrição legislativa não vale no seu isolamento, antes se articulando intra-sistematicamente com outras normas e com os princípios normativos, pelo que, em rigor, será sempre ao nível do dever-ser que é (que constitui o direito, com a sua dimensão ética específica) — e não ao nível da realidade do ser (económico) — que nos moveremos. Com isto, relembramos que o direito não se confunde com

a lei e que, portanto, o teste decisivo da relação entre a economia e o direito se há-de jogar ao nível da decisão judicativa (analisando-se a específica racionalidade que a esse nível é mobilizada). Mas tal não nos desonera de perceber qual a intencionalidade específica da normatividade, ou, e dito de um modo mais simples, como deve ser perspectivada actualmente a lei.

A última questão formulada torna-se perceptível se atentarmos na ideia de que a economia domina hoje o pensamento político e que o poder político é o criador das leis. Embora estas não se confundam com o direito — mais amplo e mais denso —, o certo é que haverá que determinar o que elas são se quisermos ser concludentes no debate acerca da relação entre o direito e a economia. As leis são hoje instrumentos de prossecução de uma determinada política de governo do Estado. Nessa medida, elas necessariamente reflectem dados economicamente cunhados e procuram, por si mesmas, prosseguir determinados objectivos eficientistas. Contudo, isto não nos pode conduzir à assunção de que as normas têm incontornavelmente um conteúdo economicamente densificado e que, por isso, todo o ordenamento jurídico reflecte uma escolha valorativa assente em pilares tecnocráticos. Na verdade, e como sublinhado anteriormente, estamos longe do reducionismo que identificava a lei com o direito. Ora, isto significa não só que existem mais fontes da normatividade jurídica vigente para além das normas, como que estas têm de encontrar a sua legitimidade em algo que vá para além da força do poder politicamente legitimado para as produzir¹⁰. Dito de outro modo, as normas — ainda que

¹⁰ O problema não era assim perspectivado no período positivista. O direito identifica-se com a lei e esta, porque emanada do órgão politicamente legitimado para o efeito, legitimava-se a si mesma. Ora, como

busquem uma determinada solução em termos económicos ou ainda que visem induzir um comportamento mais eficiente — não se esgotam nesse comando, tendo de se mostrar conformes à juridicidade (e não só à constitucionalidade) e, portanto, a toda uma panóplia de princípios normativos que a estruturam e informam. Há uma clara dimensão de validade nos diversos comandos predispostos ou impostos pelo legislador. Ao mesmo tempo que estes têm de se mostrar expressão da juridicidade mais funda — embora dela não se deduzam em termos lógico-subsuntivos —, os princípios que integram o sistema acabam por modelar o próprio direito positivo na interpretação que dele se faça.

De nada nos adianta, por isso, no tocante à responsabilidade civil, ficar presos à génese histórica das hipóteses imputacionais independentes de culpa ¹¹. As múltiplas situações assentes no risco, aliás, demonstram à saciedade que não é a economicidade que subjaz à previsão, até porque, se há um inegável pendor distributivo no tipo de justiça que se almeja alcançar a esse nível, ele é concretizado por referência ao brocardo *ubi commoda, ubi incommoda*. Quer isto dizer que a responsabilidade pelo risco assenta, tradicionalmente, na articulação de dois vectores: a perigosidade da actividade e benefício que o responsável retira da própria actividade. Mas estamos longe de considerar que o proveito ou benefício a

bem se compreenderá esta legitimação resultaria, em última instância, numa legitimidade formal que não atendia ao conteúdo da normatividade. Nesta medida, o jurídico poderia, de facto, incorporar o económico, sempre que este fosse factor dominante da política, à qual o jurídico tenderia a reduzir-se.

¹¹ Outro argumento poderia ser deduzido nesse sentido. Na verdade, não postulamos uma interpretação subjectivista de tipo histórico que procure determinar qual a vontade do legislador histórico no momento em que emanou a norma legal.

que se referem as normas legais hão-de ser o proveito ou benefício económico, *stricto sensu*^{12 13}. A realidade económica pode aparecer como o factor impulsionador da descoberta de novas soluções para problemas, sejam eles também novos ou não. Mas não será ela — por si só — a fornecer a resposta para a questão que se enfrenta, porquanto a valoração há-de implicar o apelo a uma dimensão ético-axiológica¹⁴.

No fundo, a realidade económica — como dimensão da realidade — permite a abertura do sistema jurídico. Podemos, até, ir mais longe e dizer que ela — enquanto dimensão da realidade — faz parte integrante do próprio sistema jurídico, condicionando-o em múltiplos aspectos. Centrando-nos, uma vez mais, ao nível da responsabilidade civil, mormente no

¹² Cf., a este propósito, os artigos 500.º, 502.º e 503.º CC.

¹³ Discordamos, portanto, de todos os autores que olham para a responsabilidade pelo risco e procuram encontrar para ela um fundamento assente na distribuição da riqueza (pense-se, por exemplo, na teoria da *riqueza obriga*; ou na teoria segundo a qual deve ser imputado o dano àquele que está em melhores condições para contratar um seguro).

Discordamos, igualmente, de uma visão unificadora protagonizada por TRIMARCHI que vê na responsabilidade objectiva uma responsabilidade pelo risco da empresa. Cf. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè Editore, 1961.

Poder-se-á falar aqui da relação entre o risco e o benefício económico, desde que este seja assumido em termos latos, isto é, como utilidade que se pode retirar da actividade (sendo essa a mais-valia económica dela). Já não se poderá falar de benefício económico se o que quisermos significar identifique o proveito económico estrito do sujeito.

¹⁴ Esse impulso esteve, aliás, na origem da paulatina autonomização de determinados ramos do direito privado do seio do direito privado geral (direito civil). Pense-se, por exemplo, no direito comercial e no direito do trabalho. E note-se que, em qualquer destes domínios dogmáticos, é evidente o peso que as concepções político-económicas — já incorporadas pelo sistema jurídico — têm.

Cf. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, p. 25 e ss.

tocante à responsabilidade extracontratual, podemos dizer que o não reconhecimento, para este efeito, de uma eficácia externa das obrigações se pode explicar — entre outros factores — pela necessidade de salvaguardar uma lógica concorrencial do mercado, o que, por seu turno, nos aponta para uma dimensão economicamente cunhada ¹⁵.

Mas nada disto nos autoriza a ir para além do que aqui está inscrito. A economia convoca o sistema jurídico, provoca a sua abertura e condiciona a sua modelação ¹⁶. Porém, não esgota a intencionalidade normativa da juridicidade jurídica vigente. Até porque esta, se o quiser ser, há-de apelar não só a uma dimensão de eficácia — devidamente compreendida — como também de validade ¹⁷. Ora, isto significa que não é possível tentar substituir as categorias próprias da juridicidade pelas categorias tecnocráticas do eficientismo. Do ponto de vista metodológico, a norma não nos importa por referência à sua génese histórica — e à realidade económica que a condicionou ou que procura condicionar — mas por referência aos problemas que tipifica e aos princípios em que se louva. Na sua interpretação, ela há-de ser, pois, duplamente transcendida, na referência ao caso concreto e à juridicidade mais funda em que se tem de louvar, para ser legítima.

Com isto, são todos os movimentos alternativos que

¹⁵ Sobre o ponto, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 86 e ss.

¹⁶ Cf. PINTO BRONZE, *Lições...*, cit., p. 245

¹⁷ Cf. PINTO BRONZE, *Lições...*, cit., p. 245, evidenciando que o direito não é uma necessidade ou uma fatalidade, mas que se afirma como factor de humanização — “razão por que pressupõe, para emergir, um compromisso (...) do homem nesse sentido”, pelo que a condição fundamental para a sua emergência é a condição ética.

propõem a transformação do direito numa engenharia social de pendor economicista que caem por terra.

3. A decisão judicativa

Como acabámos de referir, na concreta realização do direito, a norma que se convoque como hipoteticamente aplicável ao caso há-de ser interpretada no confronto analógico com este (ou melhor com o problema que ele tipifica) e na sua remissão para os princípios normativos em que se louva. Por esta razão, toda a realização do direito — como não poderia deixar de ser — surge enervada por uma intencionalidade de pendor ético-axiológico, da qual não se pode abdicar se se pretender que ele seja efectivamente justo.

Afiguram-se, portanto, desvaliosos os movimentos metodológicos que procuram substituir a justiça pela eficiência, entendida em termos tecnocráticos. Falamos da *Law and Economics*, nas suas diversas variantes, que tanto êxito tem colhido quando em causa estejam problemas relacionados com a responsabilidade civil. Nessa medida, importa olhar para o seu contributo, a este nível, para tentar perceber como e porque se mostra falha.

A análise económica do direito fez escola nos Estados Unidos. Segundo os cultores desta corrente, “trata-se de analisar de um ponto de vista económico a eficácia das regras jurídicas que regulam os assuntos não visados directamente pela economia”^{18 19}.

¹⁸ VÍTOR GONÇALVES, *Análise económica do direito, Relatório do Seminário de Análise Económica do Direito (Law and Economics)*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2000, p. 3. Sobre a análise económica do direito, entre nós, *v.*, igualmente, SINDE MONTEIRO, “Análise económica do direito”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVII, 1981, p. 245 a 250

¹⁹ Para uma perspectiva evolutiva da análise económica do direito aplicada à responsabilidade civil, veja-se POSNER e LANDES, *The economic*

Orientados por uma racionalidade de tipo eficientista, os cultores da análise económica do direito acabam por recortar para a responsabilidade civil uma nova teleologia. Sendo a eficiência a palavra de ordem, a finalidade do instituto passa a ser a prevenção de novos e futuros comportamentos danosos — que aliam, ainda, as características de serem ilícitos e culposos —, e a sua essência apenas se cumprirá se e quando for apto a afastar as pessoas da prática de tais actos. A prevenção deixa de ser vista como um elemento dependente do ideal ressarcitório para passar a ser o denominador que tudo

structure of tort law, Harvard University Press, United States of America, 1987, p. 1 e ss.

A *positive economic theory of tort law* tem o seu início com o pensamento de BENTHAM ou mesmo com ADAM SMITH, embora os autores afirmem que se poderá talvez recuar até OLIVER WENDELL HOLMES. Mas verdadeiramente, a análise económica do direito só tem o seu início na década de 60 do século XX, com a publicação do artigo de COASE, sobre o custo social, e com o artigo de CALABRESI sobre responsabilidade civil.

Subjacentes a estas teorias estão ideias como a maximização da utilidade pelas pessoas, em todas as áreas da sua vida (ideia atribuída pelos autores a BENTHAM. Cf. POSNER e LANDES, *The economic...*, cit., p. 5); o conceito de externalidade ou custo social (atribuído a PIGOU); o teorema de COASE, segundo o qual, quando o custo de transacção é zero não releva a titularidade do direito.

Parte-se, igualmente, de uma ideia de *óptimo social* definido por KALDOR-HICKS. Segundo este autor, verifica-se uma situação de óptimo quando melhora a situação global, mesmo que isso implique que piore a situação de outra pessoa. Nestes termos, o conceito de eficiência de que se parte é menos exigente do que para PARETO. Segundo o óptimo de PARETO, haveria eficácia quando melhorasse economicamente a situação de uma pessoa, sem piorar a situação de ninguém. Em termos de responsabilidade civil, segundo KALDOR-HICKS, podemos dizer que só se deve impor o dever de indemnizar quando o custo esperado para a vítima seja superior que o custo de evitar o acidente ou o benefício que ele gera. Já para PARETO, nesta hipótese não se alcançava o óptimo (cf. POSNER e LANDES, *The economic...*, cit. p. 17; e VÍTOR GONÇALVES, *Análise...*, cit., p. 4).

determina. Com a consequência de a imposição de uma obrigação indemnizatória só ser legítima na medida em que garanta esse efeito dissuasor^{20 21}. Erige-se a eficácia (eficiência) em critério aferidor da necessidade de imputação de responsabilidade civil, numa óptica de prevenção de futuros comportamentos, e passa a olhar-se para o instituto como um sistema de incentivos para adoptar um comportamento eficiente²². Assim, sustenta-se que a imposição de uma obrigação ressarcitória só deve ocorrer naqueles casos em que o sujeito actuou com culpa entendida como o dever geral de diligência finalisticamente determinado a evitar a causação de um dano a alguém. Ora, a determinação desse nível de dili-

²⁰ Fazendo a ligação entre uma determinada concepção de direito e as finalidades que a responsabilidade civil é chamada a cumprir, cf. JÚLIO AGUIAR, “Abordagem económica do direito: aspectos epistemológicos”, *Lusíada — Revista de Ciência e Cultura*, Série de Direito, n.ºs 1 e 2, 2002, p. 181.

Também PANTALÉON conclui, assertivamente, que os cultores da análise económica do direito, ao procurarem, numa perspectiva axiológicamente neutra, a máxima eficiência, não podem ficar presos a uma finalidade indemnizatória da responsabilidade civil, porque esta é socialmente absurda sob o prisma adoptado — cf. PANTALÉON, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual También la de las Administraciones públicas”, *La responsabilidad en el derecho, Anuário de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, p. 167 a 191, p. 174. Note-se que o autor se mostra particularmente crítico deste sentido preventivo.

²¹ Cf. VÍTOR GONÇALVES, *Análise económica da responsabilidade ...* cit., p. 5.

²² Neste sentido, cf. ROBERT COOTER, UGO MATTEI, PIER GIUSEPPE MONATERI, ROBERTO PARDOLESÌ, THOMAS UDÉN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 372. Veja-se, ainda, na mesma linha de pensamento, GIUSEPPE CLERICO, “Attività economica e rischio di danno; Come la struttura del capitale e la priorità di rivalsa sul capitale sociale influenzano la precauzione dell’impresa”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, ano XVIII, 2000, p. 71 a 106.

gência deve ser levada a cabo segundo uma análise custo-benefício. Tendo em conta a relação entre a probabilidade de ocorrência do dano e o investimento na prevenção, entendem que, se o risco supera o investimento, haverá culpa. Já na hipótese inversa, em que o investimento iguala o risco, não haverá culpa, sendo o comportamento eficiente²³. Na linha do que tinha sido proposto por CALABRESI²⁴, passa a entender-se que a função da responsabilidade civil se traduz na diminuição dos custos dos acidentes, onde se inscrevem os custos primários, secundários e terciários²⁵.

Assim, os autores apresentam um conceito de culpa baseado na confrontação do comportamento do lesante com um *standard* mínimo de prevenção²⁶. Aceitando genericamente que, quanto maior for a prevenção — e consequentemente quanto maiores forem os custos com a mesma —, menor é a probabilidade de ocorrência de um dano, sustentam que, e tomando como ponto de referência o mencionado *standard*, aquele que investiu em prevenção num montante superior não actuou com culpa, ao invés daquele outro que, colocando-se num patamar inferior, deve indemnizar as vítimas. Porque o eventual lesante se exonera ao adequar a conduta com o ponto de prevenção tido como socialmente eficiente, passa a afirmar-se a precaução em termos bilaterais. Isto é, fixando-se um ponto médio de diligência tido como social-

²³ Cf. ROBERT COOTER, UGO MATTEI, PIER GIUSEPPE MONATERI, ROBERTO PARDOLESI, THOMAS UDEN, *Il mercato...*, cit., p. 374.

²⁴ GUIDO CALABRESI, *The costs of the accidents: a legal and economic analysis*, 1970, p. 26-31.

²⁵ Para CALABRESI, haveria, a par deste grande objectivo da responsabilidade civil, finalidades instrumentais, como sejam a prevenção, a distribuição dos danos e a eficiência administrativa — cf. IZHAK ENGLAND, *The philosophy of tort law*, Dartmouth, Aldershot, 1993, p. 33 e ss.

²⁶ Cf. ROBERT COOTER, UGO MATTEI, PIER GIUSEPPE MONATERI, ROBERTO PARDOLESI, THOMAS UDEN, *Il mercato...*, cit., p. 380 e ss.

mente eficiente — e nesta determinação exacta há que ter em conta não só o custo social marginal mas também o benefício social marginal²⁷ —, estabelece-se uma dicotomia entre uma zona de actuação permitida e uma zona de actuação proibida. O eventual lesado sabe, então, que, actuando ao abrigo da primeira, o eventual lesante verá sempre a sua responsabilidade exonerada, ainda que não aja segundo a máxima diligência possível, até porque ela pode ser socialmente ineficiente. Assim, tenderá a adoptar igualmente níveis de protecção adequados, o que implicará um decréscimo dos custos dos acidentes^{28 29}.

No fundo, o que vêm propor é a criação de regras de responsabilidade civil que sejam eficientes do ponto de vista da prevenção de futuros comportamentos causadores de danos, erigida como finalidade principal do instituto. É a ideia central de prevenção que alicerça um conceito de culpa, que, despindo-se de uma matriz eticamente cunhada, se define em termos de exigibilidade económica, para a qual se convoca uma perspectiva funcionalista³⁰.

²⁷ Cf. ROBERT COOTER, UGO MATTEI, PIER GIUSEPPE MONATERI, ROBERTO PARDOLESI, THOMAS UDEN, *Il mercato...cit.*, p. 402 e ss.

²⁸ Cf. ROBERT COOTER, UGO MATTEI, PIER GIUSEPPE MONATERI, ROBERTO PARDOLESI, THOMAS UDEN, *Il mercato...*, cit., p. 387 e ss.

²⁹ Pela mesma lógica explicam-se as hipóteses de responsabilidade objectiva — cf. ROBERT COOTER, UGO MATTEI, PIER GIUSEPPE MONATERI, ROBERTO PARDOLESI, THOMAS UDEN, *Il mercato...*, cit., p. 395 e ss. Porque nestes casos deixa de haver incentivos à prevenção por parte do potencial lesado, a previsão de situações de responsabilidade objectiva só se justifica quando estejam preenchidas três condições. A saber: a) a tecnologia da prevenção deve ser unilateral (isto é, só uma das partes deve ter capacidade tecnológica para reduzir a ocorrência e a gravidade da lesão); b) o ressarcimento da vítima deve ser perfeito; c) deve ser claro *ex ante* quem é o potencial lesado e quem é a potencial vítima.

³⁰ Para maiores desenvolvimentos acerca da operacionalidade da culpa na perspectiva economicista, alicerçada na fórmula de HAND, cf. WRI-

GHT, “The standard of care in negligence law”, *Philosophical foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 250 e ss.

Deparamo-nos, aí, com inúmeras críticas à *Hand formula* mesmo no quadro da *law and economics*, que o autor rejeita. Assim, justifica aquilo que anuncia como sendo *the unworkability of the utilitarian hand formula* com base em diversos argumentos: 1) para se identificar os níveis ótimos de precaução, temos de nos ater à consideração do incremento marginal dos custos e benefícios atribuíveis àquela e dificilmente os tribunais estarão preparados para levar a cabo tal análise (cf. p. 251); 2) utilizando a fórmula em questão, na medida em que, muitas vezes, há que prestar atenção à contribuição da vítima para a ocorrência ou agravamento do efeito lesivo, podemos chegar ao paradoxo de lançar mão do critério menos eficiente (p. 251); 3) os resultados a que com ela somos conduzidos ficam dependentes do grau de cognição do agente, resvalando, ou podendo resvalar, perante défices informacionais, na adopção do comportamento menos eficiente (p. 252). Donde conclui que, mesmo que admitíssemos hipoteticamente a aceitabilidade da perspectiva utilitarista, teríamos de rejeitar, pela sua imprestabilidade, a fórmula de que lançam comumente mão para aferir a negligência do agente perpetrador do dano. Adverte, contudo, para a possibilidade de se interpretar normativamente o critério de HAND. No fundo, tratar-se-ia de chamar à colação um critério de ponderação assente no risco criado e na utilidade gerada com uma conduta, com base no qual seria preenchido o conteúdo do princípio kantiano do respeito pelo próximo, tido como igual. WRIGHT mostra-se, então, muito crítico da visão expendida, sustentando que a mesma, ainda que o negue, apresenta uma sintonia perfeita com o utilitarismo e contraria o ideal kantiano que nos insta a tratar o outro como um fim e nunca como um meio. Em debate está, portanto, o critério de aferição da negligência, considerando alguns que ele se pauta pela avaliação da (des)conformidade da conduta com padrões exigíveis de cuidado tendo em conta a previsibilidade do dano e outros que, nessa sindicância, se há-de ponderar, igualmente, a utilidade daquela. Do autor, cf., ainda, RICHARD W. WRIGHT, “Hand, Posner and the Myth of the Hand Formula”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 4, 2003, p. 1-132, p. 6 e ss.

Veja-se, ainda, numa perspectiva crítica, R. EPSTEIN, *Takings: private property and the power of eminent domain*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985, p. 40. A *hand formula* permite a um lesante colher os benefícios que recebe da sua própria conduta contra os custos dos prejuí-

A responsabilidade civil é, então, entendida como um mecanismo de internalização de externalidades sociais, mobilizando-se uma racionalidade finalística quando se tem de lidar com o instituto. Na verdade, a prevenção que se invoca não tem unicamente em vista a relação entretecida entre lesante e lesado, mas o complexo social globalmente considerado, na medida em que, subjacente àquela ideia, bem como à de diminuição dos custos sociais, está, afinal, a finalidade primária de maximização do bem-estar social ³¹.

Não se pense, contudo, que a análise económica do direito a que temos vindo a fazer referência constitui um todo unitário ³². Sem querer entrar na pormenorização

zos que infligiu ao lesado. A pessoa imporia aos outros determinados níveis de risco, desde que o custo da prevenção excedesse o dano expectável.

Cf., também, ARTHUR RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law...*, cit., p. 59-60, contrapondo a sua visão da responsabilidade civil alicerçada no *risk ownership* ao pendor economicista com que vem entendida a *Hand Formula*.

³¹ Evidenciando como a compreensão do direito delitual à luz do *model of costs* não logra explicar algumas das regras sistematicamente consagradas, cf. SCOTT HERSHOVITZ, “Two models of Tort (and Takings)”, *Virginia Law Review*, vol. 92:6, p. 2 e ss.

³² Para uma perspectiva evolutiva da análise económica do direito aplicada à responsabilidade civil, veja-se POSNER e LANDES, *The economic structure ...*, cit., p. 1 e ss., e revise-se o que se disse na abertura deste ponto expositivo. Cf., no que respeita à ancoragem ou não da análise económica do direito, no pensamento e cultura do passado, FABRIZIO COSENTINO, “Analisi economica del diritto: ritorno al futuro?”, *Il foro italiano*, anno CXV, vol. CXIII, 1990, p. 153-156.

Cf., igualmente, KEITH N. HYLTON, “The theory of tort doctrine and the restatement of torts”, *Vanderbilt Law Review*, 54, 2001, <www.ssrn.com> e “Duty in tort law: an economic approach”, Boston University School of Law, Working Paper Series n.º 06-04, <www.ssrn.com/abstract_id=887147>; PATRICK BUROW, “Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts”, *Juristische Schulung*, 33. Jahrgang, Heft 1, 1993, p. 8 e ss.;

própria de quem acompanha os escritos de todos os autores que, total ou parcialmente, tornam operante este tipo de racionalidade, o simples confronto entre o pensamento de CALABRESI e de POSNER permite-nos antever isso mesmo. Enquanto o primeiro procura criar um sistema de responsabilidade civil que seja eficiente, do ponto de vista da prevenção, por forma a diminuir os custos dos acidentes^{33 34}, o

JOCHEN TAUPITZ, “Ökonomische Analyse und Haftungsrecht. Eine Zwischenbilanz”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 196, Heft 1/2, 1996, p. 114 e ss.; HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OFF, “Die ökonomische Analyse des Rechts — Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?”, *Juristenzeitung*, 43, Heft 5, 1988, p. 213 e ss.; PABLO SALVADOR CODERCH/FERNANDO GÓMEZ POMAR, *Clave de bóveda. Recensión a: Steven Shavell. Foundations of Economic Analysis of Law. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2004*, Barcelona, 2004, <www.indret.com>; VASCO RODRIGUES, *Análise económica do direito*, Almedina, Coimbra, 2007.

³³ Veja-se, a este propósito, embora com incidência processual, JESUS PINTOS AGER, “Efectos de la baremación del daño sobre la litigiosidad”, *Indret*, 2/2003, <www.indret.com>.

³⁴ Veja-se, ainda, GUIDO CALABRESI, “Toward a unified theory of torts”, *Journal of Tort Law*, vol. 1, issue 3, article 1, 2007, p. 1 e ss., onde se mostra defensor de uma perspectiva *system-builder*, por oposição ao prisma tradicional dos que vêem na *tort law* uma resposta a violações que não integram o domínio penal ou o domínio contratual [para o autor, o que caracteriza a *tort law*, situada a meio-termo entre os dois planos dogmáticos, é a *liability rule*, a permitir involuntárias transferências ou destruições de bens desde que seja satisfeito um preço determinado pela colectividade. E se a justiça correctiva, como alguns advogam, pode ser importante para cumprir ideias de responsabilidade nas relações interpessoais, o autor adianta que um sistema não baseado na atribuição de um direito à reparação poderia cumprir essa missão sem deixar de lado a finalidade da prevenção (*deterrence*)]. Do autor, veja-se, ainda, “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”, *The Yale Law Journal*, volume 70, number 4, 1961, p. 499 to 553; ID., “Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho”, *Anuário de Filosofía del Derecho*, Tomo II, Madrid, 1985, p. 219 a 228; ID., “The

segundo, como referido, afirma aceitar a existência, validade e importância da doutrina legal, não obstante analisá-la em termos económicos^{35 36}.

O que poderia ser unicamente uma análise crítica e positiva da disciplina da responsabilidade civil é verdadeiramente um sistema tecnocrático de regras de distribuição de custos sociais. Pensar que a opção por uma dada racionalidade deixa intocável o sentido do direito é cair no erro positivista de afirmar que o direito se esgota no direito dado³⁷. Não obstante, o facto de POSNER situar a construção do seu sistema

pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further”, *The Yale Law Journal*, volume 100, number 5, March 1991, p. 1211 a 1237.

Vinhe-se a importância central do estudo “Some thoughts on risk distribution and the law of torts” para a compreensão do pensamento de CALABRESI no tocante às finalidades da responsabilidade civil e bem assim ao tipo de racionalidade que modela o sistema por si cogitado. Na verdade, torna-se aí patente não ser a responsabilidade civil um fim, mas unicamente um meio para cumprir o *risk distribution*, pelo que o mesmo poderia vir a ser substituído por outro que se mostre em concreto mais eficiente. Mais se diga que, na discussão em que mergulha, não fica de fora o diálogo entre diferentes postulados éticos e económicos que, consoante sejam ou não aceites, podem configurar de uma maneira ou outra o modo como se alcança o objectivo. Alerta, portanto, CALABRESI que nessa discussão se deve deixar de fora quer o efeito preventivo, quer o alicerce da culpa.

³⁵ POSNER e LANDES, *The economic structure ...*, cit., p. 8-9. Veja-se, ainda, RICHARD POSNER, “Wealth maximization and Tort Law: a Philosophical Inquiry”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 99 e ss.

³⁶ Cf. Sobre a distinção entre as duas escolas que integram a *Law and Economics*, cf., novamente, PARDOLESI, “Analisi economica del diritto”, *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, I, Torino, 1987, p. 309 a 320, p. 309-311. Para uma veemente crítica a estas posições, cf. DWORKIN, “Is wealth a value?”, *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, 9.

³⁷ Cf. IZHAK ENGLAND, *The philosophy of tort ...*, cit., p. 37 e ss. O autor afirma que a teoria de POSNER não pode ser vista de um ponto de vista meramente positivo, considerando que o seu valor é sobretudo normativo.

no momento da decisão judicativa acaba por implicar que o acento tónico seja colocado na ideia de maximização do bem-estar da sociedade, sem, no entanto, encobrir uma finalidade preventiva^{38 39}.

Compreende-se isso claramente se acompanharmos alguns dos exemplos apresentados pelo autor, conjuntamente com LANDES.

No sistema em que se inserem, opera-se a distinção entre os chamados *property rights* e as *liability rules*. Os primeiros são direitos exclusivos ao uso, controle e fruição de determinados bens e recursos, o que implica que ninguém possa utilizar aqueles bens sem o consentimento do titular do direito,

³⁸ Para POSNER, o fundamento racional para a responsabilidade civil é a eficiência, pelo que o instituto é modelado no sentido de induzir as partes a adoptar medidas preventivas e maximizar o valor das actividades interdependentes. O objectivo da responsabilidade civil parece, então, ser o de obter um ideal de prevenção que seja economicamente eficiente — Cf. IZHAK ENGLARD, *The philosophy...*, cit., p. 40 e ss.

Veja-se, também, quanto ao ponto STEVEN SHAVELL, “Economics and liability for accidents”, *New Palgrave Dictionary of Economics*, STEVEN DURLAUF & LAWRENCE BLUME (eds.), 2nd edition, 2008, <www.law.harvard.edu/programs/onlin_center> (mostrando que ao nível da responsabilidade são considerados os seus efeitos como incentivos para a redução do risco, para o *risk-bearing* e ponderadas as relações securitárias e os custos administrativos, ao mesmo tempo que o instituto se compara com outros métodos de controle das actividades danosas, designadamente a fiscalidade correctiva e a regulação).

³⁹ Outra, se não mesmo a maior, diferença entre o pensamento de POSNER e de CALABRESI passa pelo facto de o último autor não absolutizar a responsabilidade civil. Ou seja, e dito de uma forma mais perceptível, para ele a ideia de eficiência ultrapassa a própria ideia de responsabilidade. Estando esta subordinada à primeira, se em concreto apurarmos que existem outros meios mais eficazes para diminuir os custos dos acidentes na sociedade, a responsabilidade civil deve ser preterida. Cf. IZHAK ENGLARD, *The philosophy...*, cit., p. 33.

independentemente de quaisquer argumentos sobre o bem-estar geral⁴⁰. Diferentemente, uma *liability rule* cria um direito a demandar alguém pelos danos causados por certas lesões aos recursos de que falámos. A diferença estabelecida soa estranha à luz dos nossos quadros de pensamento. De facto, podemos afirmar, *grosso modo*, que entre nós um direito de propriedade se caracteriza pelo direito ao uso exclusivo de uma determinada coisa. E é exactamente esse direito à exclusividade de uso que determina que o seu titular, uma vez lesado, possa demandar em juízo o agente provocador da lesão. As duas realidades são, para nós, indissociáveis.

Ora, não só a noção de *property right* não é equivalente à de direito de propriedade, na medida em que ele se pode referir a *land*, *personal property* ou *intellectual property protected by copyrights and patent*⁴¹, como não se confunde com a ideia de direito absoluto por nós veiculada. Na verdade, não está em causa o respeito *inter partes* ou *erga omnes* devido a uma dada posição subjectiva, mas a possibilidade ou não de se interferir com essa posição de acordo com as regras do mercado ou fora deste mecanismo de composição de interesses. Tudo isto a querer dizer que a grande dificuldade anunciada reside, afinal, na natureza muito mais económica do que normativa do quadro conceptual apresentado. Enquanto os *property right* garantem que a transferência de titularidade de um direito opere por via do mercado, as *liability rules* permitem que a transacção se efectue por via do sistema legal, independentemente do mercado⁴².

⁴⁰ POSNER e LANDES, *The economic...*, cit., p. 29.

⁴¹ POSNER e LANDES, *The economic...*, cit., p. 29.

⁴² Cf., igualmente, sobre esta distinção COLEMAN, *Risks and wrongs*, ..., cit., p. 183. A distinção remonta a CALABRESI e a MELAMED — “Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral”,

No exemplo apresentado pelos autores⁴³, uma locomotiva emite gases poluentes afectando uma quinta onde se cultivam determinados produtos. Através do recurso a diversas funções matemáticas, os autores concluem que, numa perspectiva marginalista por eles encabeçada, os lucros são maximizados até ao número de quatro comboios por dia. Sendo o dono da quinta e o explorador da locomotiva sujeitos racionais, que pretendem maximizar os lucros, através da combinação das duas actividades, os danos que a quinta sofre e que terão de ser cobertos pelo empresário devem ser vistos como um custo das duas empresas concertadas.

Assim, continuando a acompanhar o exemplo dos autores, se a quinta produzir diariamente \$10, fazendo circular apenas dois comboios por dia, o lucro da empresa será de \$6 e os danos do dono da quinta somarão apenas \$2. O que significa que o ganho social total é de \$14 e que, portanto, não existe qualquer externalidade. Não faz, portanto, sentido, nesta perspectiva, impor uma *liability rule*. São os interessados que autonomamente compõem os seus interesses, através do mecanismo do mercado.

Se quisermos introduzir outra das categorias autonomizadas pelos autores, a *nuisance*⁴⁴, veremos mais claramente a

Harvard Law Review, 85, 1972, p. 1089 e ss. Sobre o ponto, ver tb. EPSTEIN, «A clear view of the cathedral: the dominance of property rules», *The Yale Law Journal*, vol. 106, n.º 7, May 1997, p. 2091 a 2120. Note-se que o último autor citado terá abraçado a perspectiva da *law and economics* no seu artigo de 1993 — cf. “Holdouts, Externalities and the Single Owner: one more salute to Ronald Coase”, *Journal of Law and Economics*, 36, 1993, p. 553.

⁴³ POSNER e LANDES, *The economic...*, cit., p. 31 e ss.

⁴⁴ POSNER e LANDES, *The economic...*, cit., p. 41 e ss., em especial, p. 48 e ss. Nas páginas referidas, *nuisance* vem definida como a interferência com o uso e fruição de um bem, tendo normalmente uma duração

interferência de considerações de oportunidade social a determinar soluções que se pretendiam acima de tudo normativamente fundadas, embora sem desapego à materialidade subjacente ao caso concreto.

De facto, dizem-nos POSNER e LANDES que, normalmente, as situações conhecidas por *nuisance* provocam, pela sua natureza, elevados custos de transacção. Se A construir uma fábrica que emite fumos, reduzindo o valor das habitações envolvidas, os custos de transacção serão muito elevados em virtude do número de proprietários afectados⁴⁵. Assim sendo, impor a responsabilização do agente por qualquer dano que ele causasse seria economicamente ineficiente, até porque as externalidades são, na grande maioria dos casos, triviais. A forma mais barata de internalizar custos pode não ser a de considerar responsável o lesante, além de que, se toda a externalidade desse lugar a uma pretensão indemnizatória, haveria enormes custos administrativos na afectação dos recursos⁴⁶.

O caso paradigmático apresentado pelos autores mostra que, se A provocar um elevado nível de ruído num bairro habitacional, o problema pode ser solucionado se cada um

continuada. Contrariamente, um *tort of trespass* implica que se afecte a substância da coisa.

De acordo com os autores, a distinção entre *nuisance* e *tort of trespass* é correlativa à distinção entre *property right* e *liability rule*. Se B viola a propriedade de A, este pode exigir uma indemnização e a condenação de B a que jamais volte a violar a sua propriedade. Referem, igualmente, que esta indemnização é devida ainda que não se faça a prova dos danos, exactamente porque o que existe é um *property right* e o *tort of trespass* foi erigido para reforçá-lo. (cf. p. 42).

⁴⁵ POSNER e LANDES, *The economic...*, cit., p. 47.

⁴⁶ POSNER e LANDES, *The economic...*, cit., p. 48. Para tentar ser fidedignos ao pensamento tecnocrático dos autores, nem sempre perceptível a quem se habituou a lidar com categorias normativamente cunhadas, seguimos muito de perto a própria formulação do problema.

dos moradores insonorizar as suas casas. Acrescentam ainda que se as vítimas da *nuisance* forem sempre compensadas terão menos incentivos para adoptar medidas que minimizem o custo social⁴⁷.

Constata-se, portanto, que, mesmo estando subjacente ao discurso uma ideia de prevenção, é na maximização da riqueza e do bem-estar social que se centra a preocupação dos autores. Donde concluímos que a exacerbação da finalidade preventiva, aliada a imperativos economicistas, nos conduz afinal a um sistema que adopta como finalidade primária da responsabilidade civil a internalização de externalidades sociais⁴⁸.

O que se contesta, pois, é a transmutação do ideário de justiça num conceito de eficácia que se pretende atingir a todo o custo, conduzindo-nos a um sistema de direito onde o direito está ausente⁴⁹.

⁴⁷ POSNER e LANDES, *The economic...*, cit., p. 48.

⁴⁸ A relação entre a finalidade preventiva e a preocupação de internalização de externalidades positivas é acutilantemente sublinhada por autores como BUSSANI, PALMER e PARISI — *The comparative law and economics of pure economic loss*, in <www.gmu.edu/departments/law/faculty/papers/docs/01-27.pdf>. (cf., ainda, BUSSANI e PALMER, “The frontiers of tort liability: pure economic loss in Europe”, *Liability for pure economic loss: Frontiers of tort law*, 2001 e *Pure economic loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003), debruçando-se sobre as razões da não indemnizabilidade de princípio dos danos puramente patrimoniais, isto é, aqueles que ocorrem sem que se consiga dilucidar a violação de direitos absolutos ou interesses legalmente protegidos.

Cf., ainda, GIUSEPPE DARI-MATTIACCI, “Tort Law and Economics”, *Economic Analysis of Law. An European Perspective*, HATZIS ARITIDES (ed.), <www.law.uu.nl/eco/gdm.htm>.

⁴⁹ Cf. HONORÉ, “The morality of tort law — questions and answers”, *Philosophical foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 74.

A instrumentalização do direito pode conduzir a resultados verdadeiramente desastrosos, com total sacrifício da ideia de igualdade e segurança jurídica ⁵⁰, a segurança que se presa e que, quanto a nós, esteve na base da criação histórica dos modelos de responsabilidade civil de raiz germânica que ainda hoje conhecemos.

De acordo com a repercussão económica que um determinado dano acarrete, assim haverá ou não direito a uma indemnização, abrindo-se a porta a uma contingência incompatível com o Estado de Direito ⁵¹.

Acresce que, no que diz directamente respeito à responsabilidade civil, a perspectiva económica apresentada mostra-se inconsonante com a realidade das coisas. Não só a ideia de prevenção é irrealista na medida em que o cidadão concreto — longe dos grandes centros decisórios empresariais — não vai ponderar a relação custo/benefício antes de actuar ^{52 53},

⁵⁰ Cf., ilustrando o que aqui fica dito, porquanto mostre que o custo da precaução pode ser diferente consoante o tipo de lesado concretamente em causa, JUAN JOSÉ GANUZA e FERNANDO GÓMEZ, “Cuidado, niños! Responsabilidad por culpa y diversidad de víctimas”, *Indret*, 4/2003 (www.indret.com).

⁵¹ Cf., também, as críticas elencadas por ATILIO GORASSINI, “Análise económica del diritto: chiose sul ruolo attuale di un metodo nella responsabilità civile”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 11/2001, p. 174-188.

Veja-se também a análise crítica encetada por GEORG L. PRIEST, “The invention of enterprise liability: a critical history of the intellectual foundations of modern tort law”, *Journal of Legal Studies*, 14, 1985, p. 461 e ss.

⁵² Cf. PANTALEÓN, “Como repensar la responsabilidad civil (También la de las Administraciones públicas)”, *La responsabilidad en el derecho, Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, p. 167 a 191, p. 171.

⁵³ Cf. JOHN C. P. GOLDBERG, “Twentieth Century Tort Theory”, *Vanderbilt University Law School, Law and Economics*, <www.ssrn.com/

como não faz qualquer sentido, em termos de direito privado, pensar no bem-estar global, no ganho social para se discernir se se deve ou não imputar uma obrigação ressarcitória a uma esfera jurídica diversa daquela que sofreu o dano. De facto, o direito civil coloca frente a frente dois particulares, duas pessoas, que procuram compor autonomamente os seus interesses^{54 55}.

Ademais, afirmar que a responsabilidade civil deve ser vista como um mecanismo de internalização de externalidades ou custos sociais acaba por conduzir, não obstante a posição de louvor que os sequazes desta racionalidade manifestam relativamente ao mercado, ao colectivismo social. Isso mesmo é denunciado por MONATERI quando afirma que, eventualmente, as decisões a que se chegam com base na análise económica do direito podem fazer

abstract_id=3473340≥ (também publicado em *Georgetown Law Journal*, 2002) p. 51 e ss.

⁵⁴ A justiça que aqui releva é uma justiça comutativa e não distributiva. Neste sentido, cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 462. Afirmando que a justiça que a responsabilidade encerra é, sobretudo, uma justiça comutativa, cf. PANTALEÓN, “Como repensar la responsabilidad civil...”, ..., cit., p. 173, 175 e DEBORAH JONES MERRITT e KATHRYN ANN BARRY, “Is the tort system in crisis? New empirical evidence”, *Ohio State Law Journal*, vol. 60, n.º 2, 1999, p. 315 e ss. Cf., porém, GUIDO ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Il Mulino, 1991, p. 55-56. O autor afirma, inequivocamente, que o dano tem uma dimensão social. Embora critique CALABRESI e a sua crença no poder do mercado, GUIDO ALPA entende que o autor norte-americano teve o mérito de inovar em matéria de responsabilidade civil, mostrando que o seu problema ultrapassa as relações entre lesante e lesado para se afirmar como expressão de um sistema sócio-económico (p. 62, nota 108).

⁵⁵ Cf., quanto ao ponto, JULES COLEMAN, *Risks and Wrongs*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p. 374 e ss.

sentido à luz de uma teoria socialista do direito mas não da nossa^{56 57 58}.

Voltemos à distinção entre os *property rights* e as *liability rules*. COASE diz-nos que os primeiros são preferíveis quando os custos de transacção são baixos, isto é, quando são menores que os ganhos obtidos na transacção. Diferentemente, quando os custos de transacção são elevados precludem uma solução de mercado.

Pensem num exemplo concreto. A quer edificar uma fábrica altamente poluente junto do terreno de B. A laboração daquela instalação fabril provoca danos ao segundo proprietário. A lógica que preside à resolução do conflito passa

⁵⁶ GIUSEPPE MONATERI, “Risultati e regole. Un’analisi giuridica dell’analisi economica del diritto”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, ano XIII, 4, 1995, p. 605 a 619. Cf., porém, PARDOLESI, “Analisi economica del diritto”...cit., p. 313, onde o autor afirma que muitos, sob a matriz marxista, criticaram a análise económica do direito.

⁵⁷ Cf. POSNER, “Wealth maximization and tort law”, *Philosophical foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, o. 104. Torna-se, no decurso da exposição do autor, clara a assertividade da afirmação feita em texto e secundada pelo depoimento de MONATERI. Na verdade, o que está em causa é o abandono de uma visão estribada no óptimo de PARETO e a alternativa adopção do referente de maximização do bem-estar social de acordo com o conceito de eficiência de KALDOR-HICKS.

Afirma POSNER que o primeiro princípio, segundo o qual uma modificação é boa se tornar melhor a posição de uma pessoa sem agravar a posição de nenhuma outra, é um princípio liberal que protege as pessoas que as lesem. Mas, para o cultor da análise económica do direito, o óptimo de PARETO acaba por não conseguir explicar por que razão o sistema não sanciona todos os casos de *strict liability*.

⁵⁸ Cf., neste sentido, sublinhando a contrariedade entre as doutrinas utilitaristas da maximização do bem-estar social e a autonomia do ser humano, polarizada nos seus direitos, WRIGHT, “Right, Justice and Tort Law”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 161.

por saber qual o ganho e a perda social resultante da situação material. Se A ganhar 1000 com a fábrica e tiver de pagar a B, em virtude da negociação em mercado, 500, A, enquanto agente racional, maximizador do bem-estar, vai actuar nesse sentido. Aqui é benéfico existir um *property right*. Os custos de transacção são baixos e o mercado resolverá a situação. Pelo contrário, se A, pela negociação encetada, tivesse de pagar pela instalação da fábrica na vizinhança do terreno de B 2000, a solução não seria eficiente, havendo vantagens em estabelecer-se uma *liability rule*, que depois determinaria se conduzia ou não a uma indemnização, consoante os custos sociais concretamente apurados. Donde se conclui que, afinal, a teoria de POSNER potencia uma forma de expropriação privada. Em nome do aumento da riqueza e do bem-estar e utilidade social, os autores que advogam a análise económica do direito, não obstante partirem da defesa irrestrita do mercado, acabam por tocar a fronteira do colectivismo, ao negarem a importância da propriedade privada.

Não só em termos teóricos nos parece insustentável tal posição, fruto da ignorância do ser pessoa, matriz de todo o direito e em particular do direito civil, como em termos dogmáticos o modelo proposto é irrealizável por referência ao nosso sistema positivo⁵⁹.

Antes de mais, existindo um direito subjectivo polarizado num dado sujeito, em caso de violação ou ameaça de violação desse direito, apresentando ele as características da absolutidade, a par da responsabilidade civil que se gera, o lesado ou potencialmente lesado poderá recorrer aos mecanismos coercivos

⁵⁹ Cf. ATTILIO GORASSINI, “Analise economica del diritto: chiose sul ruolo attuale di un metodo nella responsabilità civil”, *Roma e America. Diritto Romano Comune — Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 11/2001, p. 175.

que o Estado coloca ao seu dispor para evitar a lesão ou para a fazer cessar. Acresce que, mesmo quando se gera uma situação de responsabilidade civil, a indemnização funciona como um último expediente, só convocável quando não é possível a reparação natural da lesão.

A absolutização da ideia de maximização do bem-estar não pode, portanto, em nosso entender, ser vista como a assunção da finalidade primária de uma obrigação indemnizatória.

E isso parece-nos ser suficiente para negar a elevação da análise económica a critério guia de interpretação das regras respeitantes ao instituto da responsabilidade civil. Na verdade, ainda que o intuito preventivo tenha estado presente na elaboração das normas pelo legislador, não podemos, a não ser que queiramos ficar presos a uma interpretação subjectivista histórica, ficar arreigados a essa vontade orientada por finalidades economicistas^{60 61}.

Por outro lado, não podemos olvidar o momento que nos orienta e simultaneamente nos condiciona. Situando-nos na fase da decisão judicativa, a pressuposição de uma racionalidade deste tipo, ainda que confinada à prescrição legislativa, redundante, afinal, na alteração da intencionalidade que deve presidir ao discurso do jurista decidente.

⁶⁰ Duvidamos, aliás, que essa tendência economicista possa ligar-se indubitavelmente à vontade do legislador. No puro domínio privado, a prevenção de ilícitos futuros conexas-se, ainda e sempre, com um ideal de justiça a alcançar e não com meras considerações tecnocráticas esvaziadas de sentido axiológico como seja a mera eficácia a que estes autores nos conduzem.

⁶¹ Para uma crítica da análise económica do direito aplicada à responsabilidade civil, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Lisboa-Porto, 2003, p. 453, nota 465. Veja-se, também, KARL-HEINZ FEZER, "Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts", *Juristenzeitung*, 43, Heft 5, 1988, p. 223 e ss.

Com efeito, quando colocamos — ainda que em termos tendencialmente teóricos — o problema das finalidades que à responsabilidade civil cumpre realizar, não nos esquecemos da dimensão prática do discurso jurídico. É em função dos casos concretos que o sistema é mobilizado e movimentado. Pelo que a discussão encetada apenas tem razão de ser se encarada, no seu resultado conclusivo, como um instrumento útil de interpretação de normas orientadoras do juiz na busca de uma solução para eventuais casos que possam emergir no seu horizonte discursivo, sobretudo se estes forem casos complexos, para os quais não se consiga discernir, *a priori*, uma solução líquida.

No fundo, o que aqui chamamos à colação, de forma incidental, é o problema dos objectivos da interpretação. Adequadamente compreendido, a solução concretamente propugnada para ele afastar-nos-á da consideração da finalidade preventiva enquanto escopo primacial da responsabilidade civil.

Na verdade, a partir do momento em que a norma que se interpreta (ou, no caso em apreço, o conjunto de normas sistematicamente ordenadas na modelação de um instituto jurídico) é a norma problema — e já não a norma texto —, deixa de fazer sentido a querela entre as doutrinas objectivistas e subjectivistas. Já não se procura determinar o sentido objectivamente incorporado pelo texto da lei, muito menos se tenta indagar qual a vontade psicológica do legislador histórico. O que verdadeiramente nos importa é a consideração da norma na sua intencionalidade problemática, duplamente transcendida pela convocação do caso concreto — que a reclama — e pela mobilização dos princípios em que se louva.

Centra-se, pois, o debate ao nível da opção entre uma interpretação dogmática e uma interpretação teleológica. Sem que elas se contraponham verdadeiramente. Com efeito, se pela interpretação dogmática devemos olhar a norma na sua

remissão para o sistema, não é menos certo que este, hodiernamente, seja entendido como um sistema-problema, pelo que é a sua intencionalidade problemática que entra em jogo. Por outro lado, ao nível da interpretação teleológica olha-se para a norma à luz dos seus fins. Mas, porque esses mesmos fins não são espúrios ao sistema, antes o entretecendo *ab initio*, o que, afinal, está em causa é a mesma busca pela intencionalidade problemática que caracteriza verdadeiramente o modo de ser juridicamente relevante ⁶².

A ideia de que a teoria posneriana é positiva e não normativa assenta numa falácia. A falácia de que a mobilização de uma *Zweckrationalität*, como aquela que é proposta, deixa imutável a decisão judicial, não pondo em causa as normas positivas vigentes, na medida em que ou sufragamos o formalismo próprio dos quadros mentais do positivismo jurídico e postulamos, a-problematicamente, que o juiz não constitui direito na sua decisão concreta, ou a simples assunção de uma racionalidade tecnológica, pela afirmação de um juiz que, embora vinculado à prévia previsão do legislador, deve contribuir para a busca da solução socialmente mais oportuna, vai interferir na modelação do direito e na sua realização concreta, através da qual, aliás, aquele se efectiva ⁶³.

⁶² CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 286 e PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 832.

⁶³ Numa tentativa de compatibilizar um cânone consequencialista com um ideário de justiça, cf. MARK A. GEISTFELD, “Efficiency and fairness in tort law”, *Law and Economics Research Paper, Series Working Paper n.º 06-12*, New York University School of Law, 2006, <www.ssrn.com/abstract=893061>, p. 3, afirmando que “a rights-based torts system can be fully compatible with the relevant requirements of welfare economics, contrary to the understanding one can easily gain from contemporary torts scholarship”; p. 33 e ss., considerando que, se o valor normativo da

Também a perspectiva de CALABRESI não nos pode satisfazer. Ainda que dirigida ao legislador, a sua proposta esgota-se nesse momento, não relevando para a decisão concreta do caso *sub judice* ⁶⁴.

Ainda que assim não fosse, dubitativa seria a ponderação meramente económica, orientada pela maximização da riqueza e do bem-estar da sociedade, na determinação do escopo ressarcitório.

Com efeito, não cremos sequer que fosse essa — ainda que ao nível da prescrição legislativa — a preocupação cimeira do legislador. Em diálogo confrontam-se dois particulares, pelo que o ideal de justiça há-de ser pautado por esta circunstância. Ou seja, e fazendo apelo a um debate que tem tanto de controverso como de longo, é a ideia de justiça comutativa que entra em cena ⁶⁵.

autonomia reside nas consequências produzidas pelo seu exercício, então o bem-estar individual será relevante para a formulação das *rights-based tort rules*, e abrindo as portas a uma posição consequencialista que, partindo daquelas regras, as perspectiva segundo os efeitos da sua aplicação.

Para uma crítica certaíra desta função complementar do cânone da consideração dos resultados sociais da decisão, cf., por todos, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, Coimbra, 1993, p. 196 e ss.

⁶⁴ Cf. SINDE MONTEIRO, “Análise económica do direito”..., cit., p. 249

⁶⁵ Para uma aprofundada análise da responsabilidade civil e seus objectivos, relacionando a temática com o tipo de justiça concretamente em causa no desenho do instituto, cf. IZHAK ENGLAND, *The philosophy...*, cit., onde podemos encontrar, ao longo de toda a obra, uma panorâmica geral acerca da dicotomia, além de múltiplas referências bibliográficas.

Considerando que a justiça presente ao nível da conformação dos sistemas de responsabilidade civil é essencialmente correctiva, cf. WRIGHT, “Right, Justice and Tort Law”, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 159 a 182, p. 165 e ss.; GEORGE P. FLETCHER, “Fairness and utility in tort theory”, *Harvard Law Review*, 85, 1972, p. 357 e ss.; RICHARD EPSTEIN, “A theory of strict liability”, *Journal of Legal Stu-*

Isto não obsta, num momento histórico em que os dois tradicionais grandes ramos do direito parecem confluir em pontos cada vez mais estreitos de contacto, a que possamos discernir uma intencionalidade diversa do mero confronto particular no seio da modelação dos regimes de responsabilidade civil⁶⁶. Falamos, sobretudo, da responsabilidade pelo risco ou responsabilidade objectiva. Prescindindo-se da

dies, 2, 1973, p. 151 e ss.; WEINRIB, *The idea of private law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, p. 56 e ss.; ID., “Toward a moral theory of negligence law”, *Law and Philosophy*, 2, 1983, p. 37 e ss.; ID., “Legal formalism: on the imminent rationality of law”, *Yale Law Journal*, 97, 1988, p. 949 e ss.; ID., “Understanding tort law”, *Valparaíso University Law Review*, 23, 1989, p. 485 e ss.; STEPHEN PERRY, “The moral foundations in tort law”, *Iowa Law Review*, 77, 1992, p. 449-514; ID., “Two models of legal principles”, *Iowa Law Review*, 82, 1997, p. 787-819; ID., “Responsibility for outcomes, risk and the law of torts”, G. POSTEMA (ed), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 72 e ss.

Para uma visão crítica das teorias contemporâneas acerca da responsabilidade, preferindo as que se alicerçam na tradição aristotélica, com base nas quais faz a sua defesa da imanência da justiça correctiva ao nível da responsabilidade civil, cf. JAMES GORDLEY, “Tort Law in the Aristotelian Tradition”, *Philosophical Foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 131 e ss.

⁶⁶ IZHAK ENGLARD — *The philosophy...*, cit., p. 66 —, referindo-se às teorias pluralistas de abordagem do fundamento da responsabilidade civil, nota que esse pluralismo, hodiernamente, pode significar que não se coloca o instituto nos extremos do direito privado, para que ele não seja total e radicalmente afastado do direito público. Do autor, *vide*, também, “The idea of complementary as a philosophical basis for pluralism in tort law”, *Philosophical Foundations of tort law*, DAVID G. OWEN ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 183 e ss. Cf., também, PETER CANE, “Justice and justifications for tort liability”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1982, 2, p. 30-62

Sobre a génese da distinção entre a justiça distributiva e a justiça comutativa, veja-se, também, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, p. 77 e ss.

culpa⁶⁷ como centro gravitacional de imputação delitual, a excepionalidade da responsabilidade objectiva tem sido explicada pela convocação do brocardo *ubi comoda, ubi incomoda*⁶⁸. Quer isto dizer que aquele que mantém uma fonte de risco deve suportar os danos que dela advenham, ainda que a sua actuação seja conforme ao direito. Não é, porém, uma simples ideia de risco e controlo do mesmo que está presente na regulamentação da matéria. Fosse tal verdade e não se perceberia o diferente tratamento dispensado aos danos provocados por animais pelos artigos 493.º e 502.º Nem tão pouco faria sentido a presunção de culpa que recai sobre todo aquele que leva a cabo uma actividade perigosa.

O cotejo dos citados preceitos faz-nos perceber, com clareza, que concorre na previsão de uma responsabilidade independente de culpa o proveito económico advindo da actividade levada a cabo^{69 70 71}.

⁶⁷ E também da apreciação da ilicitude. Cf. ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete und erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, p. 16 e ss. Do autor, cf. ainda p. 431, considerando que a responsabilidade pelo risco é uma *Wagnishaftung*, não prevendo qualquer ilicitude.

⁶⁸ Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações* em geral, vol. I, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 633. Veja-se, ainda, quanto ao ponto, CASTRO-NOVO, *La nuova responsabilità civile*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 199, p. 34 e ss. e tudo o que anteriormente referimos sobre a questão.

⁶⁹ Outros fundamentos justificativos da previsão de situações de responsabilidade objectiva são adiantados pelos autores, não se discernindo unanimidade entre eles.

⁷⁰ V., também, RUDOLF MÜLLER-ERZBACH, “Gefährdungshaftung und Gefahrtragung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 106, Heft 3, 1910, p. 309 e ss.; Band 109, 1912, Heft 1/2, p. 1 (“Gefährdungshaftung und Gefahrtragung II. Teil, Die tatsächliche Rechtsentwicklung”). Cf., ainda, MEDICUS, “Gefährdungshaftung im Zivilrecht”, *Jura*, 1996, p. 561 e ss.

⁷¹ Note-se que o proveito económico não implica, aqui, como referido *supra*, a ideia de obtenção de lucro com a actividade, mas — em

Parecem ser, pois, preocupações atinentes à justiça distributiva que são agora chamadas à colação⁷².

O que vem reforçar a ideia de que a maximização da riqueza da sociedade está, afinal, arredada da modelação concreta dos sistemas ressarcitórios. Na verdade, advogam os sequazes de uma análise económica do direito, aplicada à obrigação de indemnização, que se pode causar um dano menor se com isso se obtiver um ganho maior, desde que para evitar esse dano menor se tivessem de empregar esforços desmesurados. Ora, parece ser esta ideia que é contrariada ao

termos mais amplos — a ideia de que, com ela, aquele que a leva a cabo retira um benefício (que pode ser de ordem moral).

⁷² Neste sentido, entendendo que a responsabilidade civil coenvolve considerações de justiça distributiva, cf. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 2. Aufl., München-Berlin, 1969, p. 69 e ss. e p. 73-74. Do autor, veja-se, também, “Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts”, *Juristenzeitung*, 1953, p. 129 e ss. Cf., ainda e concordantemente, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch...* cit. II/2, p. 354; HANS JOACHIM MERTENS, “Verkehrspflichten und Deliktsrecht — Gedanken zu einer Dogmatik der Verkehrspflichtungsverletzung”, *Versicherungsrecht*, 1980, p. 397 a 405.

Vide, ainda, sobre o ponto, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...* cit., p. 116 e ss.; PETER CANE, “Corrective Justice and Correlativity in Private Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, 1996, p. 480-481 e “Responsibility and Fault: a relational and functional approach to responsibility”, *Relating to responsibility. Essays for Tony Honoré on his eightieth birthday*, edited by PETER CANE and JOHN GARDNER, Portland Oregon, Oxford, 2001, p. 105; T. HONORÉ, “Responsibility and luck: the moral basis of strict liability”, *Law Quarterly Review*, n.º 104, 1988, p. 530; PANTALÉON, “Cómo repensar la responsabilidad...”, ..., cit., p. 177. O autor considera que ao nível da responsabilidade objectiva é ainda a justiça comutativa, e não distributiva, que é chamada a operar.

Considerando que a justiça correctiva não explica totalmente a disciplina da responsabilidade civil, cf. KEITH MASON, “Fault, Causation and Responsibility: is tort law an instrument of corrective justice?”, FRECKELTON e MENDELSON (ed.), *Causation in Law and Medicine*, Ashgate, Dartmouth, 2002, p. 138-151, p. 138-151, aqui 141.

nível da responsabilidade pelo risco. Trata-se, em geral, de actividades que geram um benefício social e, não obstante, prescinde-se da avaliação da culpabilidade do agente, prescindindo-se, concomitantemente, da análise custo-benefício^{73 74 75 76}.

⁷³ Sustentando, também, que a perspectiva utilitarista contraria o ideal de justiça distributiva, cf., uma vez mais, IZHAK ENGLARD, *The philosophy...*, cit., p. 67. V., igualmente, NILS JANSEN, *Die Struktur...* cit., p. 77 e ss.

⁷⁴ Num sentido diverso, entendendo que a responsabilidade objectiva assegura a máxima prevenção, cf. VITOR MATAJA, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, Leipzig, 1888. Note-se que o que a divergência resulta do facto de não entrarem aqui considerações atinentes à maximização da riqueza da sociedade. Na verdade, o que os arautos da análise económica do direito advogam é que a prevenção não deve ser levada a extremos porque tal prejudicaria um óptimo social. Sublinhe-se, ainda, que, para os sequazes da *law and economics*, a responsabilidade pelo risco só seria desejável naqueles casos em que fosse de todo impossível ao eventual lesado adoptar medidas tendentes à não produção do dano, dado que, de outro modo, ela não seria eficiente, perdendo-se o óptimo de prevenção almejado. [Para uma análise do pensamento de MATAJA, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts...*, cit., p. 381]

A propósito da questão de saber se por via da responsabilidade objectiva é concretizável ou não o ideal preventivo, cf. GUIDO ALPA, *Responsabilità ...* cit., p. 59-60.

⁷⁵ Veja-se, contudo, quanto ao ponto, e tendo em conta o problema da finalidade preventiva ao nível da responsabilidade pelo risco, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrecht...* cit., p. 631 e ss.

⁷⁶ Veja-se, quanto ao ponto, a explicitação da *ratio* da opção entre a responsabilidade por culpa e a responsabilidade objectiva no quadro da *law and economics* oferecida por PABLO SALVADOR CODERCH, NUNO GAROUPA e CARLOS GÓMEZ-LIGÜERRE, *Scope of Liability: the vanishing distinction between negligence and strict liability*, 2004, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=640482>, p. 18 e ss. Em causa está o controlo do nível de cuidado e do nível de actividade. Sustenta-se, no âmbito da análise económica da responsabilidade civil, que a regra da negligência é útil para controlar os aspectos qualitativos do comportamento, como o nível de cuidado adoptado, embora inútil para influenciar os aspectos qualitativos, como o

Sem que, com isto, advoguemos uma ideia de justiça distributiva que sustente inelutavelmente, não como excepção, mas como regra, a responsabilidade civil^{77 78}. Não só em

nível de actividade, aspecto que se alcançaria com a responsabilidade objectiva. A solução passaria, portanto, pela distinção entre as actividades individuais e as actividades integradas em complexas estruturas organizacionais. É que, para as primeiras, o nível de actividade faz parte integrante do grau de cuidado, porque, por exemplo, a pessoa que trabalha horas a fio sem descansar está, segundo um padrão de razoabilidade, a desafiar as suas capacidades para lá do cuidado exigível. O mesmo não acontece com as actividades estruturadas de acordo com os princípios da divisão do trabalho (cf. p. 20), na medida em que a rotatividade dos trabalhadores numa empresa permite a continuidade da laboração, pelo que é possível cindir-se o dever de cuidado do nível quantitativo de actividade. Segundo os autores, estes dados devem ser ponderados quando o legislador preveja a submissão de certas hipóteses ao modelo de responsabilidade objectiva. Do mesmo passo, há outros factores que devem ser sopesados quando se tenha de escolher entre uma ou outra via ressarcitória. Porque a *strict liability* implica, segundo eles, uma determinação *ex ante* do escopo da responsabilidade, devemos preferi-la sempre que haja dificuldade na identificação *a posteriori* dos lesantes, razão pela qual, acrescentam, ela é tradicionalmente aplicada a a) indivíduos que desenvolvem actividades anormalmente perigosas, b) a agentes cujas actividades estão organizadas segundo os princípios da divisão do trabalho, de que é arquétipo a responsabilidade do produtor e da empresa, c) a agentes que, na vida social, desempenham papéis cuja monitorização seria demasiado onerosa, se não mesmo inoportável e inadmissível.

Cf., ainda, dos mesmos autores “El círculo de responsables. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva”, *Indret* 4/2005, <www.indret.com>.

⁷⁷ Relativamente à problematização da essência da responsabilidade objectiva, sob a óptica da dualidade excepção ao princípio da culpa ou verdadeiro princípio de imputação delitual, cf. ERWIN DEUTSCH, “Gefährdungshaftung: Tatbestand und Schutzbereich”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 21. Jahrgang, Heft 5, 1981, p. 317-325 (já citado *supra*), em especial p. 317

⁷⁸ Quanto ao ponto, veja-se a posição original de JULES COLEMAN em “The morality of strict liability”, *William and Mary Law Review*, vol. 18, 1976-1977, p. 263 e ss.

termos de direito positivo, o artigo 483.º, n.º 2 CC, é explícito a contrariar tal entendimento, como, do plano do dever ser que é, isso se afigura insustentável⁷⁹.

Efectivamente, a ideia de responsabilidade alicerça-se no entendimento que hodiernamente temos do direito e do princípio normativo que o caracteriza. Não se confundindo com a lei, o direito que é louva-se num determinado princípio normativo que lhe comunica uma dada intencionalidade. Ora, o princípio que informa todo o sistema redundava, afinal, na consideração da dignidade ética da pessoa humana. E o ser pessoa é, por definição, um ser de liberdade e responsabilidade. Pelo que a responsabilidade avulta como um dos pólos de desvelação da juridicidade.

4. Conclusão

Embora, obviamente, o direito não possa deixar de comunicar com a economia, não é possível que a juridicidade seja pensada a partir das categorias próprias da eficiência económica. Tal impossibilidade, mais do que observável em termos normativos — que o é —, resulta da necessidade de se pensar o direito para lá de uma mera forma ordenadora de condutas, ou seja, da necessidade de se cumprir a sua específica intencionalidade, entroncada na ideia de Justiça.

Resumo: Embora o direito não possa deixar de comunicar com a economia, não é possível que a juridicidade seja pensada a partir das categorias próprias da eficiência económica. No que respeita à responsabilidade civil, recusa-se a compreensão das suas categorias a partir da análise económica do direito e afirma-se, em alternativa, o sentido ético-axiológico, assente na liberdade da pessoa humana, do direito delitual.

⁷⁹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 6, 1996, p. 9 a 43, p. 14-15.

Palavras-chave: economia; direito; análise económica do direito; direito delitual.

The refusal of economic dominance over law: brief remarks concerning tort law

Abstract: Although law must communicate with economy, it is not possible to understand the legal discipline from the point of view of economic rationality. With regard to liability, we refuse to think the tort law categories through the eyes of economic analysis of law. Instead, we assume the ethical-axiological ground of tort law and read the normative discipline from that perspective.

Keywords: economics; law; economic analysis of law; tort law.

Mafalda Miranda Barbosa

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra