

Economic Analysis of Law Review

Responsabilidade Civil, Análise Econômica e o Princípio da Diferença

Tort Law, Economical Analysis and the Difference Principle

Leandro Martins Zanitelli ¹

UFRGS

RESUMO

O trabalho examina se um regime de responsabilidade civil minimizador dos custos de acidentes como preconizado pela análise econômica do direito pode ser requerido ou, ao menos, mostrar-se compatível com o princípio da diferença de Rawls. As conclusões são as seguintes. Se o princípio da diferença for entendido como princípio que requer a maximização da riqueza dos cidadãos em desvantagem, então uma responsabilidade civil minimizadora de custos é parte necessária de uma ordem justa segundo o referido princípio. Há, todavia, algumas complicações decorrentes: a) da possibilidade de o princípio da diferença ser interpretado como princípio não maximizador; b) de uma discrepância entre os sentidos do termo “riqueza” em Rawls e na análise econômica do direito; e c) de o princípio da diferença regular a distribuição de outros bens além da riqueza. Essas complicações não descartam, contudo, a compatibilidade de uma responsabilidade civil minimizadora de custos com o princípio da diferença.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; AED; Princípio da Diferença; Rawls; Igualitarismo.

JEL: K13

ABSTRACT

The article considers whether a tort regime which minimizes accident costs in the way preconized by economic analysis of law may be required or, at least, deemed compatible with Rawls's difference principle. The conclusions are as follows. If the difference principle is understood as a principle requiring wealth maximization for the least favored citizens, a tort regime minimizing accident costs is a necessary component of a just institutional order according to such principle. There are, nevertheless, some complications accruing from: a) the fact that the difference principle may also be interpreted as a non-maximizing principle; b) a discrepancy between the meanings given to the term “wealth” by Rawls and economic analysis of law; and c) other types of goods beyond wealth whose distribution is also governed by the difference principle. These complications do not rule out, however, the compatibility between a cost-minimizing tort law and the difference principle.

Keywords: Tort Law; Economic Analysis of Law; Difference Principle; Rawls, Egalitarianism

R: 30/6/14 **A:** 11/3/15 **P:** 30/3/15

¹ E-mail: leandrozanitelli@gmail.com.

1. Introdução

A análise econômica do direito (doravante, AED) atribui à responsabilidade civil (doravante, RC) o objetivo de minimizar os custos de acidentes (e.g. Shavell, 1987). Como diz respeito aos custos globais, e não à maneira como esses custos são distribuídos, esse objetivo parece incompatível com a igualdade. Será?

No presente trabalho, trato das implicações de um dos princípios da teoria da justiça de Rawls (a “justiça como equidade”), o princípio da diferença (doravante, PD),² para a RC. Procuro verificar, mais exatamente, se uma RC minimizadora dos custos de acidentes tal como preconizada pela AED é requerida pelo PD ou, ao menos, pode se considerar não vedada por esse princípio.

A hipótese de que haja afinidade entre o PD e uma RC minimizadora dos custos de acidentes é importante porque contrasta com a opinião, ao meu ver comum, de que simpatizantes da igualdade devem evitar a AED. Se, no entanto, uma RC nos moldes da AED se mostrar sob certas condições compatível ou até exigida pelo PD, haverá uma boa razão para que igualitaristas se familiarizem com as prescrições da AED em matéria de RC.

O trabalho é organizado como segue. Na primeira seção, apresento a razão básica pela qual uma RC minimizadora dos custos de acidentes pode se ter como requerida pelo PD. Se esse último for entendido como princípio que determina a maximização da riqueza dos cidadãos em pior situação, o argumento da dupla distorção de Kaplow e Shavell leva de um modo geral à conclusão de que as instituições de uma sociedade justa no sentido de Rawls compreendem uma RC (ou algo equivalente) que contribui para o aumento da riqueza social mediante a minimização dos custos de acidentes e uma legislação tributária para taxação da renda até o ponto em que a vantagem dos cidadãos menos afortunados seja maximizada. Ainda nessa seção, explico por que algumas das objeções feitas ao argumento da dupla distorção são irrelevantes no que respeita ao PD.

As seções seguintes apresentam certas ressalvas à conclusão de que o PD requer uma RC tal como a defendida pela AED. Na seção 3, argumento que a mencionada conclusão só é válida sob a versão maximizadora do PD. Em contraste, se o PD for interpretado como princípio que, embora proibindo desigualdades que não favoreçam os cidadãos em pior situação, não exige a maximização da vantagem desses cidadãos, uma RC como a da AED deixa de ser obrigatória à luz do referido princípio. A minimização dos custos de acidentes segue, no entanto, permitida sob tais condições, já que, em sua versão não maximizadora, o PD é compatível com virtualmente qualquer regime de RC.

Na seção 4, o tema é o do bem, ou bens, cuja distribuição se sujeita ao PD. Mesmo em uma interpretação na qual esse princípio concerne apenas à riqueza, uma complicação para um rawlsiano disposto a defender uma RC nos moldes da AED é a que decorre da diferente acepção dada ao termo “riqueza” em Rawls e na AED. Além disso, há bons argumentos em favor da inclusão de outros tipos de bem além da riqueza entre os bens primários regulados pelo PD. A seção trata de dois desses outros tipos de bem, a proteção à vida contra o risco de acidentes e as faculdades físicas e mentais. De um modo geral, conclui-se que a consideração dada a outros bens que não a riqueza faz com que uma

² O PD é, na verdade, uma das duas partes do segundo princípio de justiça de Rawls (1999). O primeiro princípio é o das liberdades básicas, e o segundo tem como partes o PD e o princípio da equitativa igualdade de oportunidades. Rawls atribui ao primeiro princípio e à equitativa igualdade de oportunidades uma “prioridade léxica” sobre o PD, de modo que esse último só é aplicável quando não contrariar algum dos requerimentos dos dois primeiros. Como o presente trabalho se ocupa quase que exclusivamente do PD, é importante ressaltar que pode haver pontos de tensão entre a teoria de Rawls e uma RC minimizadora de acidentes além dos mencionados a seguir no texto, pontos esses relacionados aos demais princípios da justiça rawlsiana.

RC minimizadora dos custos de acidentes deixe de ser necessariamente obrigatória à luz do PD. Uma RC como a descrita pode, ainda assim, dependendo das circunstâncias, mostrar-se compatível com o PD ao oferecer (junto com outras partes da estrutura básica da sociedade) aos cidadãos em pior situação uma combinação de riqueza, proteção à vida e faculdades físicas e mentais não inferior à de qualquer outro dos arranjos institucionais possíveis.

2. Um rawlsiano economista? Razões para que a RC de Rawls se pareça à da AED

Esta seção enumera razões para suspeitar que a RC de uma sociedade rawlsiana se pareça à da AED. Começo descrevendo, para tanto as características gerais da RC preconizada em trabalhos de AED.

Para a AED, o objetivo último das regras sobre “acidentes”³ é a minimização de custos (e.g. Shavell, 1987), assim considerados não apenas os custos dos acidentes em si (isto é, as consequências danosas de certas atividades), como também os custos de precaução e de aplicação das regras (custos administrativos) (Calabresi, 1970). A primeira implicação disso é que, para a AED, não é necessário que exista a RC, se como tal entendermos um sistema de regras cujo efeito principal é atribuir ao agente causador do dano um dever de reparação em favor da vítima. Se, sob determinadas circunstâncias, a minimização dos custos de acidentes demandar a substituição da RC por um sistema de seguro social que não envolva direta transferência de recursos do agente causador do dano para a vítima, essa substituição será, sob o ponto de vista da AED, não apenas facultada como obrigatória. A RC para a AED é, em suma, contingencial. Segundo, quando a RC tiver de existir, suas regras devem ser delineadas de modo a minimizar os custos de acidentes. Determinar quais regras são, em cada circunstância, as que atendem a esse objetivo é em geral o tema dos trabalhos de AED aplicados à RC.

À primeira vista, o objetivo da minimização dos custos de acidentes mostra pouca afinidade com qualquer critério de justiça que envolva a distribuição ao invés da mera agregação de vantagens. O objetivo da minimização de custos não é distributivo, no sentido de que é indiferente à medida com que os sujeitos considerados individualmente se beneficiam ou são onerados. Minimização de custos no sentido da AED é, portanto, minimização dos custos totais de acidentes, e não dos custos de alguém ou algum grupo em especial.

Em contraste com isso, considere o PD de Rawls (1999). Como critério de justiça, o PD é distributivo, e não agregativo, já que não é alheio a lotes individuais⁴ de vantagens e ônus. Em uma das suas interpretações, o PD requer a maximização da riqueza dos cidadãos em pior situação. Um estado de coisas que maximiza a riqueza social contraria o PD, portanto, caso haja um estado de coisas alternativo em que a riqueza dos cidadãos mais pobres seja maior.

Como pode, então, um regime de RC que logra o objetivo de minimizar os custos de acidentes sem se preocupar em particular com ninguém (tampouco, pois, com os cidadãos em pior situação) atender ao PD? Sobre isso, é preciso ter em vista que o requerimento do PD se aplica à totalidade das instituições que compõem a estrutura básica da sociedade, e não a cada uma dessas instituições isoladamente (Kordana & Tabachnick, 2006, p. 1.307-1.308). As regras de RC são parte da estrutu-

3 Como o termo “acidente” sugere, restrinjo a minha análise aos danos não intencionais.

4 Para ser mais exato, o que o PD tem em vista são as perspectivas do grupo dos cidadãos em pior situação, e não desses cidadãos individualmente considerados (Rawls, 1999, p. 79-80).

ra básica da sociedade, mas não a sua totalidade.⁵ É possível, em consequência, que um conjunto de instituições em conformidade com o PD seja em parte constituído por regras de RC minimizadoras dos custos de acidentes. Mesmo que as regras em questão não atribuam qualquer peso especial aos interesses dos cidadãos em pior situação, outras instituições podem fazer com que a estrutura básica da sociedade como um todo seja de molde a maximizar a riqueza desses cidadãos.

O simples fato, porém, de que seja o conjunto das instituições de uma sociedade, e não cada uma dessas instituições isoladamente, que deva atender aos princípios de justiça de Rawls não chega, por si só, a dar uma razão para pensar que a RC de uma sociedade justa no sentido do PD deva ter como seu objetivo último a minimização de custos. Um razão assim pode ser encontrada a partir do argumento da dupla distorção de Kaplow e Shavell (1994), originalmente concebido com o intuito de demonstrar por que, por razões de eficiência, é preferível que fins distributivos sejam perseguidos por meio da tributação e não de regras de direito privado como as da RC. É preciso entender então por que esse argumento também é importante quando, ao invés da eficiência, o que se tem em vista é o PD.

O que Kaplow e Shavell (1994) designam como primeira “distorção” é o desincentivo à produção decorrente de toda regra legal de taxaço de renda.⁶ Esse desincentivo se verifica na mesma medida, assim presumem os autores,⁷ quer essa taxaço ocorra “diretamente”, isto é, mediante regras de tributação da renda, quer indiretamente, como seria o caso de uma regra de RC que fizesse variar o montante da indenização a pagar de acordo com a renda do réu (isto é, quanto mais rico, mais paga). Para uma análise baseada na eficiência, o desincentivo em questão constitui uma distorção porque dá lugar a um declínio da produção. Do ponto de vista de uma teoria igualitária como a de Rawls, em contrapartida, a taxaço da renda é bem-vinda (e não, portanto, uma “distorção”) no ponto em que maximiza a vantagem dos cidadãos em pior situação. A afirmação de que a taxaço da renda desincentiva a produção, de todo modo, é empírica e, correta ou não, é alheia à divergência entre defensores da eficiência e da igualdade.

Se o desincentivo à produção provocado pela taxaço da renda é o mesmo quer ela se dê pela tributação quer pela RC, há um outro efeito perverso que só se verifica no segundo caso e corresponde ao que Kaplow e Shavell (1994) designam como segunda distorção. Considere novamente o exemplo de uma regra de RC que faça o montante da indenização variar de acordo com as posses do réu. Em contraste com a tributação da renda pura e simples (isto é, independente da atividade por meio da qual a renda é auferida), uma regra de RC faz com que a taxaço da renda deixe de ser insensível à atividade exercida, e isso pelo simples fato de que nem toda atividade é igualmente propensa a causar dano. Em consequência, se o instrumento usado para a taxaço de renda é a RC, disso decorre um incentivo para o exercício de atividades menos propensas a causar dano. Atividades menos propensas a causar dano não são, entretanto, necessariamente atividades mais produtivas, o que permite então falar em uma distorção (a segunda, sob a ótica da eficiência) peculiar à taxaço de renda levada a cabo mediante a RC.

Conclui-se, assim, pela preferibilidade, em termos de eficiência, da tributação sobre a RC como meio de taxaço de renda. Enquanto a tributação (considerando-se sempre o caso da tributa-

5 Ou, ao menos, assim presumo. Para argumentos em favor da ideia de que o direito privado não é parte das instituições a que o PD se aplica, ver Ripstein (2004). A meu juízo, os argumentos de Ripstein são corretamente refutados por Kordana e Tabachnick (2006).

6 Como deve ficar claro, uso a expressão “taxaço da renda” para me referir à expropriação da renda por qualquer meio legal, seja a tributação, seja alguma das áreas do direito privado como, por exemplo, a RC.

7 Para um argumento contrário a essa presunção, ver Jolls (1998).

ção da renda pura e simples) causa uma distorção, um regime de RC favorável aos pobres causa duas. Tendo isso em vista, fica fácil entender por que a RC de uma sociedade justa à la Rawls talvez não só possa como deva ter como fim último a minimização dos custos de acidentes. Se o mesmo nível de taxação da renda resulta em uma produção maior quando o meio de taxação empregado é a tributação, basta que esse excedente de produção beneficie, ao menos em parte, os cidadãos em pior situação para que o PD requeira deixar de lado a RC como meio de taxação. A vantagem dos cidadãos em pior situação não é maximizada quando se abre mão, em parte em detrimento desses cidadãos, da riqueza resultante da combinação do uso exclusivo da tributação como meio de taxação e de uma RC voltada à minimização dos custos de acidentes.

Vale notar que o rawlsianismo é imune a uma das objeções levantadas contra o argumento da dupla distorção. Segundo essa objeção, ainda que o uso exclusivo da tributação como meio de taxação seja idealmente preferível, pode haver muitas vezes uma resistência a tornar a legislação tributária tão favorável aos mais pobres quanto deveria ser, o que tornando o emprego de outros meios, mais imperfeitos, de taxação a única saída para a igualdade (Keren-Paz, 2007, p. 53-54). Essa objeção é irrelevante se, como faz Rawls (1999) na maior parte do tempo, o que estamos considerando é uma sociedade ideal cujos cidadãos aceitam e atuam em conformidade com os princípios de justiça e na qual não há, em consequência, entraves políticos à realização da igualdade.

Tampouco é relevante a objeção de que políticas distributivas baseadas exclusivamente na tributação dificilmente são superiores, no sentido de Pareto, à distribuição mediante regras de direito privado (Avraham, Fortus & Logue, 2004). Basta, de fato, que os indivíduos sejam heterogêneos em algum ponto relevante no que toca à aplicação das regras de direito privado para que a substituição dessas regras pela tributação como meio de tributação dificilmente deixe de fazer com que alguns fiquem em pior situação (contrariando, assim, o critério de Pareto). Veja o exemplo da heterogeneidade quanto à propensão a causar acidentes. Se os indivíduos forem heterogêneos quanto a essa propensão, a substituição de uma regra de RC igualitária pela tributação será, uma vez mantido o mesmo nível geral de taxação, desvantajosa para os pobres com maior propensão a causar acidentes (os quais são particularmente beneficiados por uma RC que, por exemplo, faça a indenização variar de acordo com a riqueza do réu). A única maneira de evitar tal resultado seria delinear as regras de tributação da renda de modo a torná-las sensíveis a diferenças na propensão a causar acidentes. É pouco provável, entretanto, que o legislador possua informação suficiente para tornar regras como as do imposto de renda sensíveis a diferenças como a citada. Assim, à medida que tais diferenças existam, uma política distributiva que empregue exclusivamente a taxação terá de ou superar um enorme déficit informativo ou então abandonar a pretensão de ser paretianamente superior à distribuição realizada por meio do direito privado.

A objeção recém exposta é fatal para o argumento da dupla distorção à medida que argumento de fato pretenda defender a superioridade da tributação sobre o direito privado como meio de distribuição em termos paretianos. Esse não é o caso, porém, quando o que se tem em vista é a aplicação do PD, para a qual a questão fundamental consiste em saber quais instituições maximizam as perspectivas do grupo de cidadãos em pior situação, e não de cada um dos cidadãos desse grupo. Não serve, em consequência, como argumento contra uma determinada ordem institucional o de que alguns dos cidadãos menos favorecidos estariam melhor sob alguma ordem alternativa. Assim, se o argumento da dupla distorção levar à conclusão de que um arranjo institucional no qual a RC minimiza os custos de acidentes e a riqueza assim acumulada é distribuída mediante um sistema de tributação e transferência é o mais vantajoso para os cidadãos em pior situação como um todo, isso basta para que, de acordo com o PD, a ideia de uma RC que abra mão do objetivo de minimizar custos a fim de alcançar objetivos distributivos tenha de ser rechaçada.

Outra objeção se refere, por fim, ao fato de o argumento da dupla distorção ter em vista apenas desigualdades de renda. Outras desigualdades, contudo, também podem importar para a justiça distributiva, e o argumento da dupla distorção não prova que o direito privado seja inferior à tributação quando se trata de fazer frente a essas outras desigualdades (Sanchirico 2001; Logue & Avraham 2003). Para avaliar a importância dessa objeção à luz do PD, contudo, é preciso enfrentar a questão de saber se esse princípio é atinente à distribuição de algum outro bem primário que não a renda. Como essa questão será objeto de uma das seções seguintes do trabalho, abstenho-me de fazer, por ora, mais observações a respeito.

O argumento da dupla distorção parece, portanto, levar à paradoxal conclusão de que uma RC rawlsiana deve ter como objetivo primordial a minimização dos custos de acidentes. Mais ainda, e também em consonância com a AED, uma sociedade cuja estrutura básica se conforma ao PD de Rawls pode nem mesmo conter regras de RC se, dadas as circunstâncias, uma solução institucional alternativa (como o seguro social) for superior à RC no que se refere ao objetivo mencionado.

Será? Nas seções seguintes, examino duas objeções à ideia de que uma RC rawlsiana se parece à dos economistas. A primeira afirma que, contrariamente ao que venho supondo, o PD não é um princípio que requeira a maximização da vantagem dos cidadãos em pior situação. De acordo com a segunda, os receituários da AED e de Rawls para a RC divergem porque, enquanto a primeira se preocupa exclusivamente com a riqueza, o PD de Rawls governa também a distribuição de outros bens primários.

3. PD e maximização

Na seção anterior, argumentei que, uma vez interpretado como princípio que requer a maximização da riqueza dos cidadãos em pior situação, o PD parece preconizar que as regras de RC, quando existam, sejam delineadas de maneira a minimizar os custos de acidentes. Para as perspectivas dos cidadãos em pior situação, é preferível um direito de acidentes que minimize custos a outro pelo qual se abra mão desse objetivo a fim de beneficiar os mais pobres, já que a riqueza excedente obtida com o primeiro pode ser usada em favor dos menos afortunados com uma tributação combinada a políticas de transferência de renda.

Esta seção tem três objetivos. Primeiro, apresento uma nova interpretação de acordo com a qual o PD não é um princípio de maximização. Segundo, refiro que razões há para preferir essa interpretação rival. Terceiro, e último, examino as implicações de uma versão não maximizadora do PD para a RC.

A fim de apresentar a versão não maximizadora do PD, é útil lançar mão da hipótese simples de uma sociedade dividida em dois grupos (cujo tamanho, para simplificar, presumirei constante), ricos e pobres. No primeiro cenário, a riqueza dos primeiros é duas vezes superior à dos segundos. Além disso, qualquer medida para redução da desigualdade traria consigo também a redução da riqueza absoluta dos pobres. Para facilitar a exposição, representarei as riquezas de pobres e ricos sob esse cenário com os números 5 e 10, respectivamente (situação de distribuição nº 1).

Embora não seja possível reduzir a desigualdade entre ricos e pobres sem perda para esses últimos, imagine agora que é possível aumentar a desigualdade mediante reformas com o emprego de políticas que também teriam como resultado a melhora da situação dos pobres em termos absolutos. Essas reformas levariam, então, a um segundo cenário, em que a riqueza dos pobres é inferior à metade da dos ricos mas superior à do primeiro cenário. Digamos então que, nesse segundo cenário, as

posses de ricos e pobres sejam representadas pelos números 13 e 6 respectivamente (situação de distribuição nº 2).

Admitindo-se que 1 e 2 sejam as únicas situações possíveis, a questão é: o PD exige o deslocamento da situação 1 para a 2? Na versão maximizadora do princípio, sim, já que, nessa versão, o PD requer a maximização da riqueza dos cidadãos menos favorecidos, e a riqueza desses cidadãos é maior em 2 do que em 1. Consideremos agora uma versão não maximizadora do PD (Williams, 2011), de acordo com a qual diferenças necessárias a beneficiar os cidadãos em pior situação são meramente permitidas (ao invés de exigidas). Nessa versão não maximizadora, o que importa é saber se a diferença entre ricos e pobres nos dois cenários acima imaginados beneficia esses últimos, isto é, se não há em relação a cada um deles um outro cenário possível no qual a desigualdade entre ricos e pobres seja menor e os pobres possuam mais em termos absolutos. Admitindo-se que 1 e 2 sejam as únicas situações de distribuição factíveis, a resposta à questão recém formulada é “não” para as duas situações. De acordo com essa nova interpretação do PD, não se pode acusar 1 de contrariá-lo tendo em vista a realizabilidade de 2, porque em 2 a diferença entre ricos e pobres não é menor do que em 1. Por outro lado, tampouco se pode dizer que 2 contraria o PD por causa de 1, já que, embora a desigualdade entre ricos e pobres seja menor, esses últimos não estão melhor em 1 do que em 2 em termos absolutos. 1 e 2 são, portanto, segundo a versão não maximizadora do PD, situações de distribuição igualmente justas.⁸

Que razões há para preferir a interpretação não maximizadora do PD? Em *A Theory of Justice*, Rawls afirma que somente uma sociedade em conformidade com a versão maximizadora do PD é perfeitamente justa (Rawls, 1999, p. 68). Não obstante, ele designa como “justa em geral” (“just throughout”) uma sociedade que satisfaça tão-somente à versão não maximizadora do princípio, acrescentando que, todo o resto sendo igual, para uma sociedade é um erro mais grave (“a greater fault”) tolerar uma desigualdade não benéfica aos menos afortunados do que deixar de atender à exigência de maximização (Rawls, 1999, p. 68).

Mais importante, no entanto, do que saber o que Rawls pensava sobre a interpretação não maximizadora do PD, é averiguar as razões pelas quais um rawlsiano deveria preferir essa interpretação. Sobre isso, Williams (2011) afirma que o que torna a versão maximizadora do PD pouco plausível é o fato de esse princípio (como ele presume) dizer respeito apenas à distribuição da riqueza. Para Williams (2011, p. 401), depois que as diferenças de riqueza que não beneficiam o grupo em pior situação são abolidas, são as preferências dos cidadãos que deveriam governar a escolha entre um maior acúmulo de riqueza (na direção da maximização da riqueza dos que têm menos) e outros objetivos (para um argumento similar, ver Queral, 2013).

Outro argumento contra a interpretação maximizadora do PD é que ela torna o princípio de justiça entre gerações de Rawls, o princípio da poupança justa (PPJ), um princípio demasiadamente exigente (Queral, 2013). O PPJ impõe a cada geração o dever de propiciar que futuras gerações vivam sob uma ordem justa. No entanto, se uma ordem justa for concebida como aquela que, entre outros requisitos, satisfaz ao PD como princípio maximizador, então o dever decorrente do PPJ é um dever de propiciar a máxima riqueza possível aos cidadãos em desvantagem das gerações futuras. Cada geração estaria absurdamente obrigada, em outras palavras, a consumir apenas o estritamente necessário para sua subsistência e a poupar o restante com o fim de maximizar a riqueza dos mais pobres das gerações seguintes.

⁸ Além das expostas acima, outras interpretações do PD podem ser distinguidas depois de se abrir mão da presunção de que os destinos de ricos e pobres estão “atados” (close-knit) no sentido de que qualquer alteração na riqueza de uns tenha consequências para a riqueza de outros. Ver, sobre isso, Van Parijs (2003).

Penso que nenhum dos dois argumentos contra a versão maximizadora do PD deva ser aceito sem mais. O primeiro, tal como observado, supõe que o PD seja exclusivamente um princípio de distribuição da riqueza, suposição essa que, como veremos na próxima seção, é duvidosa.⁹ Quanto ao segundo argumento, o fato de atribuir ao PPJ uma consequência absurda pode ser uma razão não para preferir uma ou outra interpretação do PD, mas para revisar a própria interpretação do PPJ que, combinada com a versão maximizadora do PD, acarreta a referida consequência.

O que mais importa aqui não é, contudo, argumentar em favor de uma ou outra das interpretações do PD, mas sim examinar quais seriam as implicações para a RC de uma interpretação não maximizadora. Na seção anterior, argumentei que a versão maximizadora do PD leva à conclusão de que a RC, se existir, deve ter como objetivo último a minimização dos custos de acidentes. O que dizer, então, se o PD for entendido como princípio que requer não a maximização, mas tão-somente que desigualdades de riqueza favoreçam os cidadãos em pior situação?

Para responder, proponho que imaginemos um direito da RC contrário ao objetivo da minimização de custos, a fim de verificar se ele seria compatível com o PD na versão não maximizadora (doravante e até o final desta seção, sempre que me referir ao PD terei em vista, salvo aviso, a versão não maximizadora do princípio). A RC pode deixar de atender ao objetivo da minimização de custos de vários modos, como, por exemplo, ao induzir precaução insuficiente, excesso de precaução, níveis de atividade cujo custo é inferior ao benefício e litigância cujos custos administrativos são maiores do que o de meios alternativos para o tratamento de acidentes.

Pode uma RC cujas regras são ineficientes por uma ou algumas das causas recém enumeradas fazer parte de um conjunto de instituições que atenda ao PD? Considere a principal causa para que haja desigualdade de riqueza conforme ao PD, os incentivos (sob a forma de renda) oferecidos a certos cidadãos para que empreguem sua força de trabalho de modo socialmente mais apreciado (o que inclui não apenas o incentivo a trabalhar mais, como também a escolher ocupações nas quais o produto do trabalho tem maior valor social). Esses incentivos são compatíveis com o PD sempre que satisfaçam a duas condições, a saber, a de que serem necessários ao aumento do valor social da produção e a de que o excedente de produção assim obtido favoreça os cidadãos em pior situação. Pois bem, note então que as instituições de uma sociedade estarão aptas a limitar os incentivos ao incremento da produção de maneira a atender às duas condições recém mencionadas ainda que façam parte dessas instituições regras de contradizem o objetivo da minimização de custos. Isso porque sempre que uma eventual imperfeição das regras de RC for de molde a induzir o exercício de atividades em desconformidade com alguma das condições em questão (como no caso em que a RC não internaliza custos adequadamente e, em consequência, estimula atividades das quais não resulta qualquer excedente de riqueza), a estrutura básica da sociedade como um todo dispõe de outros meios para suprir a falha (por exemplo, a tributação)¹⁰ e, ao fim e ao cabo, manter a desigualdade nos limites tolerados pelo PD.¹¹

9 O próprio Queralt (2013, p. 135-136) reconhece isso. Ele insiste, entretanto, que mesmo uma interpretação mais sofisticada dos bens cuja distribuição o PD regula não é capaz de evitar que a interpretação maximizadora do princípio implique o sacrifício a certos objetivos que seria legítimo uma sociedade democrática perseguir.

10 Note que não é mesmo afirmar que outras instituições podem anular o incentivo excessivo (sob a ótica do PD) que a RC oferece a algumas atividades e afirmar que outras instituições sejam capazes de suprir a ineficiência das regras de RC. Enquanto a tributação pode limitar o incentivo (que, de outro modo, seria excessivo) ao exercício de certas atividades, regras tributárias dificilmente seriam capazes de evitar todos os desperdícios oriundos de uma RC ineficiente, tais como os relacionados à precaução ou à litigância excessivas.

11 Considere, para ilustrar, o caso de um produto nocivo à saúde como o tabaco. Em muitos países, entre eles o Brasil, há relutância em imputar responsabilidade à indústria tabagista pelos danos relacionados ao consumo dos seus produtos, o EALR, V. 5, nº 2, p. 188-204, Jul-Dez, 2014

A conclusão do parágrafo anterior pode ser generalizada da seguinte maneira. Tendo em vista que a única exigência do PD na versão que estamos considerando é que desigualdades, quando existam, favoreçam os cidadãos em pior situação, quaisquer das variantes conhecidas do direito da RC podem ser encontradas na estrutura básica de uma sociedade conforme ao PD. Pense, de um lado, no caso de uma RC particularmente rigorosa por causa da abrangência e da magnitude das sanções que comina, a qual, devido ao rigor, previna o exercício de grande número de atividades. Por si só, no entanto, o fato de as instituições de uma sociedade assim inibirem a produção não contraria o PD, que se limita a requerer que a desigualdade na distribuição dos frutos da produção, caso exista, seja tal que beneficie os cidadãos em pior situação. De outro lado, se uma sociedade possui regras de RC acentuadamente lenientes, que não constituam obstáculo nem mesmo ao exercício de atividades que são causa de desigualdades não permitidas pelo PD, é possível fazer, não obstante, com que esse princípio seja atendido graças ao auxílio de outras instituições (por exemplo, a tributação) capazes de inibir as atividades em questão.

Conclui-se, em síntese, o seguinte. Se, como argumentei na seção anterior, a versão maximizadora do PD impõe o uso da RC para a minimização dos custos de acidentes, a versão não maximizadora desse princípio, em contrapartida, não tem a mesma implicação. Na versão não maximizadora, entretanto, o PD não apenas deixa de prescrever como objetivo último a minimização de custos, como se torna completamente indeterminado em relação à RC. Mediante o auxílio de outras partes da estrutura básica, um amplo espectro de regimes de RC é capaz de manter as desigualdades em algum dos diversos níveis que o PD em sua versão não maximizadora tolera.

4. PD, riqueza e outros bens

Na seção anterior, viu-se que a afirmação segundo a qual o PD requer que a RC (ou, mais precisamente, a área da legislação aplicável aos acidentes) atenda ao objetivo de minimizar os custos de acidentes é correta apenas para a versão maximizadora desse princípio. Outra possível objeção à ideia de que um rawlsiano deva ter simpatia pela análise econômica da RC está relacionada a discrepâncias quanto ao bem ou bens a maximizar. A presente seção examinará duas versões dessa objeção. De acordo com a primeira delas, o PD e a AED divergem porque, embora ambos tenham declaradamente em vista a riqueza, o sentido do termo “riqueza” não é o mesmo nos dois casos. A segunda versão da objeção, em contrapartida, afirma que o PD é incompatível com a AED porque regula a distribuição de outros bens que não apenas a riqueza (para um exemplo dessa segunda versão da objeção em relação ao direito contratual, ver Kordana & Tabachnick, 2005, p. 617-618).

4.1.As “riquezas” de Rawls e da AED

Um problema para a afirmação de que uma sociedade ideal segundo o PD minimiza os custos de acidentes à maneira preconizada pela AED é se o sentido econômico de minimizar custos não coincidir com aquilo que o PD requer que seja maximizado para os cidadãos em pior situação. Admi-

que, sob certas condições, pode acarretar um nível excessivo de produção. A tributação, no entanto, serve muitas vezes de contrapeso à leniência das regras de direito privado, podendo reduzir o incentivo à fabricação de produtos do tabaco da maneira requerida pelo PD.

tindo-se que o PD requeira a maximização da riqueza, haverá um problema, em outras palavras, se os custos de acidentes que a AED almeja minimizar não são custos em riqueza no mesmo sentido com o qual esse termo é usado por Rawls.

E há, de fato, razão para afirmar que o termo “riqueza” tem sentidos diferentes para Rawls e para a AED. Rawls (1975, p. 540) define riqueza como “poder (legal) sobre bens comercializáveis para a satisfação de necessidade e interesses humanos” (“[legal] command over exchangeable means for satisfying human needs and interests”). Em contraste com a definição mais abrangente que ele atribui a Mill, segundo a qual a riqueza abarca toda a sorte de coisas usadas para a realização de fins, Rawls ressalta que os bens da riqueza são, para ele, apenas os comercializáveis ou “aqueles bens que normalmente possuem valor de troca” (“those things that normally have an exchange value”). Pois bem, não há dúvida de que o sentido da palavra “riqueza” para a AED está muito mais próximo do sentido abrangente de Mill do que de um sentido restrito a bens com valor de troca. Para a AED, os bens da riqueza são todos aqueles pelos quais alguém está disposto a pagar certa quantia (ainda que mínima) em dinheiro (e.g. Posner, 1998), ainda que sobre o bem em questão não haja comércio de fato. Por exemplo, se estou disposto a pagar certa quantia para preservar uma espécie animal em extinção, então essa preservação constitui, no sentido da AED, riqueza.

Aos dois sentidos do termo “riqueza”, o estrito de Rawls e o lato da AED, correspondem, como não é de surpreender, duas ideias também distintas sobre em que consiste o objetivo de minimizar os custos de acidentes. No sentido de Rawls, o custo em riqueza de um acidente é dado exclusivamente pelos bens com valor de troca que esse acidente consome. No caso, por exemplo, de acidentes que resultam em morte, isso leva a uma mensuração de custos bastante distinta da que é prescrita pela AED, mesmo considerando que a força de trabalho é um bem com valor de troca. Enquanto, na acepção estrita de Rawls, o custo do acidente letal é apenas o da força de trabalho que esse acidente elimina, a AED também incluiria entre esses custos o da vida, com valor calculado de acordo com a disposição a pagar por ela.¹²

A AED é muitas vezes atacada por tratar a vida e outros bens não comercializados, como a saúde, recursos naturais e o patrimônio histórico e cultural, como riqueza cujo valor é quantificável com base no critério da disposição a pagar (e.g. Ackerman & Heinzerling, 2002). É curioso, pois, se a teoria de Rawls tiver, no que respeita a isso, uma implicação até mais brutal. Pior do que tratar os bens citados e o dinheiro como bens comensuráveis é afirmar que, em relação à regulação de atividades que submetam esses bens a risco, o objetivo primordial é a minimização de custos, desconsiderando-se, para o cálculo de tais custos, tudo o que não sejam bens com valor de troca. É possível, pois, que uma RC minimizadora de custos se mostre excessivamente leniente com atividades de risco à medida que, de um lado, essas atividades sejam criadoras de riqueza e, de outro, que o risco em questão recaia sobre bens sem valor de troca.¹³

Talvez, no entanto, essa conclusão, bastante contraintuitiva, possa ser evitada se considerarmos o efeito de desincentivo de uma legislação pouco rigorosa com atividades de risco. O fato de a

12 Não é o caso de tratar aqui sobre o modo de cálculo do valor da vida, questão sobre a qual há abundante literatura econômica. Para uma sinopse, ver Lindenbergh & van Kippersluis, 2009, p. 223-224.

13 Convém observar que certa proteção contra atividades de risco pode ser determinada pelo princípio das liberdades básicas. Mesmo, portanto, que seja correta a interpretação segundo a qual o PD requer minimização dos custos de acidentes entendidos como custos de riqueza em sentido estrito, isso não significa que a teoria de Rawls como um todo não tenha recursos para se opor, em alguma medida, a atividades que ponham em risco a vida e outros bens usualmente não comercializados. Não há dúvida, por outro lado, de que o princípio das liberdades básicas não pode ser considerado anteparo contra toda e qualquer atividade de risco, o que mantém vivo o problema de o PD ignorar outros custos dessas atividades além dos relacionados à riqueza em sentido estrito.

minha vida e a de meus familiares estarem um tanto quanto vulneráveis a atividades de risco pode influenciar negativamente minhas decisões sobre como e o quanto trabalhar, surtindo, assim, um efeito deletério sobre a riqueza social. Mas quanto a isso é preciso ressaltar, primeiro, ser uma questão empírica a de saber qual dos efeitos de uma RC permissiva é mais importante tendo em vista a maximização da riqueza, se esse, recém referido, do desincentivo à produção para as potenciais vítimas de atividades perigosas ou o do incentivo, graças à falta ou suavidade da sanção, ao exercício dessas mesmas atividades. Segundo, e relacionado com o primeiro, talvez seja de qualquer modo pouco confortável para um rawlsiano constatar que a única razão para que, à luz do PD, a legislação coíba atividades que põem em risco a vida, a saúde e outros bens que não constituem riqueza no sentido estrito de Rawls tenha a ver com o efeito da insuficiente proteção a esses bens sobre a riqueza social.¹⁴

O PD pode, porém, não ter as implicações recém aludidas se for entendido como princípio que atribui à RC o objetivo de maximizar não a riqueza apenas, mas um índice de bens primários do qual a riqueza é apenas um dos componentes. O item a seguir trata dessa sugestão.

4.2.O PD regula mais do que a distribuição da riqueza?

Pode ser útil começar este último item recapitulando parte do que foi dito até aqui. Assim, comecei afirmando que, se o PD for entendido como princípio que requer a maximização da riqueza dos cidadãos em pior situação, então as instituições de uma sociedade ideal governada por esse princípio devem incluir uma RC (ou algo que a substitua) que promova a minimização dos custos de acidentes, deixando-se para outras áreas da legislação o encargo de empregar a riqueza obtida com a minimização desses custos da maneira mais favorável para os cidadãos em pior situação. Uma RC nos moldes de Rawls se assemelharia, assim, à RC da AED, cujo fim último também é, como se sabe, a minimização dos custos de acidentes. Há, entretanto, como visto no item precedente, uma diferença nos conceitos de riqueza de Rawls e da AED, já que, enquanto o primeiro trata como riqueza apenas os bens que são usualmente comercializados, para a AED, em contrapartida, os bens da riqueza são todos aqueles pelos quais alguém esteja disposto a pagar certa quantia em dinheiro, por mínima que seja. Devido a essa diferença, uma RC que procure minimizar custos no sentido de Rawls propende a ser mais tolerante com atividades com potencial para causar danos não patrimoniais.

Isso pode não ser toda a história, contudo, se a riqueza em sentido estrito não for o único bem cuja distribuição é regulada pelo PD. No que segue, examinarei quais são as implicações para a RC de se tratar o PD como princípio que requer a maximização não da riqueza, mas de um certo índice de bens primários do qual a riqueza é apenas um dos componentes.

Se não é a riqueza, mas sim um índice de bens primários dos cidadãos em pior situação que deve ser maximizado, então não há, à primeira vista, nenhuma razão para que a RC se ocupe apenas em minimizar os custos de acidentes. Uma coisa é propugnar que a RC contribua para o acúmulo de riqueza e deixe para outras áreas da legislação a tarefa de fazer com que a riqueza dos cidadãos em pior situação seja a maior possível; outra é atribuir a essas demais partes da estrutura básica a tarefa de

¹⁴ Outro ponto que conspira contra a restrição a atividades de risco por uma legislação disposta a maximizar riqueza no sentido de Rawls é o do efeito de desincentivo que essa restrição pode ter mesmo ainda não recaia sobre atividades criadoras de riqueza. À primeira vista, poder-se-ia pensar que uma RC minimizadora de custos não teria por que deixar de coibir passeios de jet-ski à beira-mar em uma praia bastante frequentada, já que o passeio de jet-ski não cria riqueza alguma e põe em risco a força de trabalho dos banhistas. Ocorre, no entanto, que a restrição a atividades de lazer perigosas pode influenciar as decisões sobre trabalho dos cidadãos com preferência por essas atividades. O efeito dessa restrição sobre a produção de riqueza é incerto, mas pode ser negativo. Se meu hobby me sujeita a uma sanção, o efeito disso pode tanto ser a substituição de tempo de lazer por trabalho como o contrário.

maximizar um índice de bens nos quais se inclui, entre outros, a riqueza. O fato de não haver contradição entre uma RC minimizadora de custos e a maximização da riqueza dos cidadãos em pior situação não significa que não haja contradição entre uma RC nesses moldes e esse outro objetivo distinto. Isso porque, ao minimizar custos de acidentes, pode ser que a RC leve a ordem institucional como um todo a prover aos cidadãos em pior situação uma quantidade de certo bem primário que não a riqueza incompatível com o PD tal como agora entendido.

A questão fundamental é, pois, a de saber qual ou quais bens primários cuja distribuição se sujeita ao PD podem ser garantidos em medida insuficiente aos cidadãos em pior situação caso a RC se ocupe exclusivamente com a minimização dos custos de acidentes. Essa questão pressupõe, naturalmente, uma outra, que é a de saber quais bens primários (além da riqueza) têm a sua distribuição regulada pelo PD.

No que toca à primeira questão, considerarei outros dois possíveis tipos de bens primários: a proteção à vida contra o risco de acidentes e as faculdades físicas e mentais.¹⁵ Embora haja, é claro, outras hipóteses a considerar, penso que os argumentos acerca desses dois tipos de bens cubram uma boa parte do terreno relativo às consequências para a RC de uma versão mais sofisticada (porque não restrita à riqueza) do PD.

4.2.1. Proteção à vida contra o risco de acidentes

A proteção à vida contra o risco de acidentes é, ao que tudo indica, um bem que, se for incluído entre os bens primários sujeitos ao PD, põe em xeque a ideia de atribuir à RC o objetivo primordial de minimizar os custos de acidentes. Suponha que o PD exija a maximização de um índice de bens primários como a riqueza e a proteção à vida contra o risco de acidentes. Uma situação de distribuição na qual, embora a riqueza seja maximizada, a vida dos cidadãos menos afortunados é frequentemente posta em risco pode violar o PD, mostrando-se inferior a um outro estado de coisas factível em que os cidadãos em pior situação desfrutariam de menos riqueza mas mais segurança.

A constatação recém feita será, contudo, irrelevante no que concerne à aplicação do PD se a proteção à vida contra o risco de acidentes não puder ser considerada um dos bens primários cuja distribuição se subordina a esse princípio. Há, a esse respeito, dois pontos a demonstrar, a saber, primeiro, o de que a proteção à vida é um bem primário e, segundo, o de que é um bem primário pertencente ao âmbito do PD e não de algum outro princípio de justiça lexicamente superior a ele. Sobre o primeiro ponto, não creio haver maior dúvida de que, embora Rawls não a mencione, a proteção à vida contra o risco de acidentes, ao menos se entendida como proteção

¹⁵ Alguns autores (e.g. Pogge, 1989, p. 162-163) incluem as bases sociais do autorrespeito como bem primário cuja distribuição se sujeita ao PD, algo que o próprio Rawls, sob certas condições, admite (1999, p. 478-479). Afirma-se que a exigência de maximizar a vantagem dos cidadãos menos afortunados em relação à riqueza e às bases sociais do autorrespeito limita a desigualdade de riqueza permitida pelo PD, já que uma ordem institucional que desencadeia grande desigualdade material falharia em proporcionar aos mais pobres as bases sociais do autorrespeito. Deixo de considerar acima essa proposição porque, mesmo que correta, não parece que ela tenha alguma implicação relevante para o desenho da RC em uma sociedade justa nos moldes de Rawls. O mesmo argumento da dupla distorção que apresenta a tributação como meio de taxaço da renda preferível à RC também leva à conclusão de que, caso essa taxaço deva se acentuar de modo contrário ao objetivo de maximizar a riqueza dos cidadãos em pior situação (mas em conformidade com o objetivo de maximizar um índice de bens primários como a riqueza e as bases sociais do autorrespeito), essa taxaço de renda adicional (em comparação com a requerida por uma versão simples do PD adstrita à riqueza) deve ter lugar por meio da tributação e não do direito privado.

legal, isto é, como proteção cuja medida varia de acordo com a maior ou menor tolerância legal a atividades que põem a vida em risco, é um bem primário. Primeiro, essa proteção é, por certo, um “meio para todo fim” (*all-purpose mean*), isto é, algo que os cidadãos, independentemente da particular concepção de bem de cada um, geralmente quererão ter mais e não menos (Rawls, 1999, p. 54). Segundo, a proteção à vida contra o risco de acidentes é de fácil aferição, de modo que sua inclusão no rol de bens primários não atenta contra a praticabilidade de uma concepção de justiça (Rawls 1993, p. 182).¹⁶

Mesmo, no entanto, que haja razões para considerar a proteção à vida contra o risco de acidentes como bem primário no sentido de Rawls, essa proteção será irrelevante para o PD se estiver entre os tipos de bem cuja distribuição se subordina a outro princípio lexicamente superior. Há, como se sabe, dois princípios cuja aplicação é prioritária em relação ao PD, o princípio das liberdades básicas e o da equitativa igualdade de oportunidades (Rawls, 1999). Devido, no entanto, a certos problemas com o princípio da equitativa igualdade de oportunidades, em particular o de justificar sua primazia em relação ao PD (Arneson, 1999), limitar-me-ei a seguir a tratar da relação entre a proteção à vida contra o risco de acidentes e o princípio das liberdades básicas. Quanto a isso, é de reconhecer que há, sem dúvida, uma certa medida de proteção à vida que pertence ao rol de liberdades garantidas pelo primeiro princípio como parte da “integridade da pessoa” (Rawls, 1993, p. 291). Mas é importante notar que o requerimento do primeiro princípio não vai além de um “adequado esquema” de liberdades que proveja condições para o pleno exercício do que Rawls designa como duas faculdades morais (*moral powers*) fundamentais, as capacidades para a justiça e para o desenvolvimento de uma concepção do bem (Rawls, 1993, p. 302). Ora, se é certo que a permanente sujeição a um alto risco de vida pode se considerar aterrorizante e, como tal, impeditiva do pleno exercício das faculdades em questão, o mesmo não se deve dizer de um risco baixo ou ocasional como o que todos nós enfrentamos. Com exceção das circunstâncias de anormalidade, portanto, pode-se dizer que os acidentes que põem a vida em risco não pertencem ao âmbito do princípio das liberdades básicas.

Tendo em vista, assim, que a proteção à vida contra o risco de acidentes possui as características em geral atribuídas aos bens primários e não é em sua inteireza garantida pelo princípio das liberdades básicas, é plausível afirmar que ela deva estar entre os bens primários cuja distribuição é regulada pelo PD. Disso decorre que uma RC ocupada exclusivamente em minimizar os custos de acidentes pode desatender ao PD ao contrariar o objetivo de maximização da vantagem dos cidadãos em pior situação, entendendo-se essa vantagem como uma combinação de riqueza e proteção à vida contra o risco de acidentes. Note-se, todavia, que a inclusão da proteção à vida entre os bens primários sujeitos ao PD é potencialmente menos antagônica a uma RC tal como a defendida pela AED do que a uma RC maximizadora da riqueza em sentido estrito. A RC da AED não deixa de oferecer alguma proteção à vida ao sancionar, em alguma medida, atividades com potencial letal. Além disso, essa proteção é, tendencialmente, maior do que a de RC maximizadora da riqueza no sentido estrito que Rawls dá a esse termo, já que a RC da AED inclui a perda de vidas entre os custos de atividades perigosas.

Pois bem, se concebermos o PD como um princípio que requer a maximização de um índice de bens primários como a riqueza e a proteção à vida contra o risco de acidentes, é possível

16 Por outro lado, é verdade que o eventual fato de o PD se aplicar a um índice de bens e não apenas à riqueza levanta uma complicação e, ao fazê-lo, contraria outro dos requisitos para a praticabilidade da justiça como equidade, o da simplicidade. A complicação em questão é, todavia, admitida pelo próprio Rawls (1993, p. 181-182) quando cogita adicionar ao âmbito do PD bens primários como o lazer e a ausência de dor física.

que a situação de distribuição justa seja uma na qual nem a riqueza (em sentido estrito) e nem a proteção à vida dos cidadãos em desvantagem estejam maximizadas. Essa situação de distribuição será, ainda assim, considerada superior às demais por oferecer aos cidadãos menos afortunados uma combinação dos dois tipos de bens superior às das demais alternativas. Tendo em vista, além disso, a incomensurabilidade da riqueza e da proteção à vida, não é de descartar que duas ou mais situações de distribuição sejam incomparáveis à luz da versão do PD ora em discussão, proporcionando aos cidadãos em desvantagem lotes desses bens ao mesmo tempo distintos e não superiores um ao outro. Em casos assim, nenhuma das situações de distribuição mencionadas será particularmente requerida pelo PD.

É possível, em consequência, que um arranjo institucional que reúna uma RC maximizadora da riqueza no sentido da AED (isto é, riqueza em sentido amplo) e transferências de riqueza baseadas exclusivamente na tributação ofereça aos cidadãos em pior situação o maior lote alcançável de riqueza (em sentido estrito) e proteção à vida, caso no qual o estado de coisas em questão será demandado pelo PD. É também possível que, embora não superior, a vantagem dos cidadãos em pior situação sob o referido arranjo tampouco seja inferior à de outros mundos factíveis, o que tornaria uma RC nos moldes da AED compatível (conquanto não demandada) pelo PD.¹⁷

4.2.2. Faculdades físicas e mentais

Começo aqui explorando a tensão entre uma RC tal como preconizada pela AED e um PD que inclua faculdades físicas e mentais no rol de bens primários a serem distribuídos. Uma estrutura básica da qual faça parte uma RC minimizadora dos custos de acidentes pode desatender a um PD assim concebido por oferecer aos cidadãos em pior situação um lote de bens inferior ao de outras distribuições possíveis em termos não de riqueza, mas de faculdades físicas e mentais. Essa deficiência poderá ser verificada devido não apenas a uma excessiva tolerância a atividades perigosas, como também ao não pagamento de indenizações capazes de fazer com que as vítimas de acidentes se reabilitem. Tendo em vista que o tema da tolerância ao risco já foi objeto do item anterior (ainda que restrito ao risco de vida), considerarei a seguir o problema de uma RC minimizadora dos custos de acidentes ser insuficientemente reabilitante.

Vale referir que o problema recém aludido pode se mostrar particularmente grave tendo em vista a resistência da literatura econômica a prescrever a reparação de danos não patrimoniais. Mesmo que bens não comercializáveis como a vida e a saúde não sejam, à luz da AED, destituídos de valor, o pagamento de indenização pela perda desses bens é frequentemente desaconselhado sob o argumento de que favorece pessoas para as quais a utilidade marginal do dinheiro foi reduzida devido ao acidente (e.g. Calfee & Rubin, 1992). Nos casos em que a RC faz às vezes de um seguro (isto é, em que são as próprias potenciais vítimas de acidentes que custeiam o pagamento das indenizações), conceder indenização por acidentes que reduzem a utilidade marginal do dinheiro corresponde a forçar transferências de recursos de um estado de coisas anterior ao acidente no qual esses recursos têm mais utilidade para outro (após o acidente) no qual têm menos.

¹⁷ Argumento similar ao que acaba de ser exposto acima poderia ser usado para outros riscos que não à vida, como os riscos de dano à saúde e incapacidade. O argumento sobre a proteção à vida está, no entanto, livre de dificuldades que surgem em outros casos, como a de que certos riscos (por exemplo, o risco de uma fratura na perna) têm pouca ou nenhuma importância para a realização de um grande número de razoáveis concepções de bem.

Para ter uma ideia mais exata sobre a potencial discrepância entre uma RC relutante em conceder indenização por acidentes incapacitantes e o PD, é importante considerar uma rara passagem em que, fazendo frente a críticas de Sen acerca da métrica dos bens primários, Rawls trata do caso dos acidentes (Rawls, 2001, p. 168-176). Nela, há três afirmações importantes. Primeiro, Rawls (2001, p. 170) lembra que, para ele, o problema da justiça política consiste em definir termos equânimes de cooperação social, o que pressupõe pessoas cujas faculdades físicas e mentais não sejam reduzidas a ponto de impedi-las de atuar como “membros contributivos da cooperação social” (*“contributive members of social cooperation”*). Segundo, e em contrapartida, Rawls diz que isso não impede que o índice de bens primários cuja distribuição é regulada pelos princípios de justiça, entre eles o PD, seja sensível aos casos de pessoas temporariamente incapacitadas para a cooperação por causa de acidentes. De acordo com ele, o PD pode requerer a provisão de recursos para atender a necessidades que aflorem em decorrência de acidentes até o ponto em que a ajuda às vítimas (por causa do seu custo) implique piorar as expectativas dos cidadãos em pior situação como um todo (Rawls, 2001, p. 173). Terceiro, Rawls aduz que a ajuda às vítimas de acidentes é de maior importância (sendo, inclusive, requerida pelo princípio da equitativa igualdade de oportunidades) quando se trata de restaurar a sua capacidade para atuar como membros cooperativos da sociedade (2001, p. 174).

Deixando-se de lado o que se refere ao princípio da equitativa igualdade de oportunidades e a defendida prioridade da reabilitação dos temporariamente incapacitados de cooperar, as afirmações recém reproduzidas tem uma clara implicação para a ideia de uma RC nos moldes da AED como parte das instituições de uma sociedade justa no sentido de Rawls. Uma RC minimizadora de custos pode deixar de prover às vítimas de acidentes indenizações necessárias a arcar com as despesas de reabilitação, algo que, considerado isoladamente, corre o risco de violar o PD tal como interpretado por Rawls no trecho em discussão. Uma opinião definitiva sobre a relação entre a RC da AED e o PD nessa última interpretação precisa ter em vista, contudo, o fato de que o atendimento às vítimas de acidentes pode ficar a cargo de outras instituições que não a RC. Em outras palavras, a função de custear o cuidado às vítimas de acidentes pode ser exercida por outros meios que não o pagamento de indenização. Além disso, entre dois meios de assistência às vítimas igualmente eficazes, é provável que o interesse de todos, inclusive dos cidadãos em pior situação, recomende a escolha do mais barato. Pode ser, portanto, que a falta ou insuficiência da indenização em certos casos não seja um empecilho a que uma RC minimizadora de custos esteja entre as instituições de uma sociedade justa.

5. Conclusão

Este trabalho enfrentou a questão de saber se uma RC minimizadora dos custos de acidentes nos moldes da AED pode ou deve fazer parte das instituições de uma sociedade justa tal como concebida por Rawls.

Entre as razões para pensar que a RC da sociedade bem ordenada de Rawls pode ou até deva seguir as recomendações da AED para essa área da legislação está o requerimento de maximização da riqueza dos cidadãos em pior situação feito pelo PD (em uma das suas interpretações). Devido à dupla distorção a que se referem Kaplow e Shavell (1994), a maximização da riqueza dos cidadãos menos afortunados depende de uma RC que incremente a riqueza geral mediante a minimização dos custos de acidentes, combinada a medidas de tributação pelas quais a renda dos mais ricos seja taxada até o ponto considerado ótimo à luz do PD.

Algumas ressalvas foram feitas, no entanto, à conclusão de que o receituário rawlsiano no que concerne à RC (e aos acidentes em geral) coincide com o da AED. Observou-se, em primeiro lugar,

que o PD também pode ser interpretado como princípio que, embora coibindo diferenças não benéficas aos cidadãos em pior situação, não requer a maximização da vantagem desses últimos. Na versão não maximizadora do princípio, a RC da AED não é prescrita pelo PD, mas (e a exemplo de regimes de RC não minimizadores de custos) é compatível com ele.

Outras ressalvas são as que dizem respeito a diferenças entre a concepção de riqueza da AED e os bens cuja distribuição o PD regula. O sentido dado por Rawls ao termo “riqueza” é mais restrito do que o da AED, já que trata como riqueza apenas os bens que possuem valor de troca. Em consequência, há uma discrepância entre uma RC atrelada ao objetivo de maximizar a riqueza geral no sentido de Rawls e a RC minimizadora dos custos de acidentes da AED. Pode-se, além disso, entender o PD como princípio regulador da distribuição de outros bens primários além da riqueza. A esse respeito, o artigo examinou as implicações para a RC de se incluírem outros dois bens (junto com a riqueza) entre os bens sujeitos ao PD, a saber, a proteção à vida contra o risco de acidentes e as faculdades físicas e mentais. Sobre isso, concluiu-se, de um modo geral, que o fato de o PD se aplicar a distribuição desses outros tipos de bens além da riqueza ainda torna a compatibilidade entre a RC da AED e a justiça rawlsiana possível, mas dependente das circunstâncias.

6. Referências bibliográficas

- Ackerman, F. & Heinzerling, L. (2002). Pricing the Priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection. *University of Pennsylvania Law Review*, 150(5), pp. 1.553-1.584.
- Arneson, R. H. (1999). Against Rawlsian Equality of Opportunity. *Philosophical Studies*, 93(1), pp. 77-112.
- Avraham, R., Fortus, D. & Logue, K. (2004). Revisiting the Role of Legal Rules and Tax Rules in Income Redistribution: A Response to Kaplow & Shavell. *Iowa Law Review*, 89(4), pp. 1.125-1.158.
- Calabresi, G. (1970). *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press.
- Calfee, J. E., & Rubin, P. H. (1992). Some Implications of Damage Payments for Nonpecuniary Losses. *Journal of Legal Studies*, 21(2), p. 371-412.
- Jolls, C. (1998). Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules. *Vanderbilt Law Review*, 51(6), pp. 1.653-1.677.
- Kaplow, L., & Shavell, S. (1994). Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income? *Journal of Legal Studies*, 23(2), pp. 667-681.
- Keren-Paz, T. (2007). *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*. Hampshire: Ashgate Publishing.
- Kordana, K., & Tabachnick, D. H. (2005). Rawls and Contract Law. *The George Washington Law Review*, 73(3), pp. 598-632.
- Kordana, K., & Tabachnick, D. H. (2006). On Belling the Cat: Rawls and Tort as Corrective Justice. *Virginia Law Review*, 92(7), pp. 1.279-1.310.
- Lindenbergh, S. D., & van Kippersluis, P. P. M. (2009). Non Pecuniary Losses. In: M. Faure (Ed.), *Tort Law and Economics* (pp. 215-227). Cheltenham: Edward Elgar.
- Logue, K., & Avraham, R. (2003). Redistributing Optimally: Of Tax Rules, Legal Rules, and Insurance. *Tax Law Review*, 56(2), pp. 157-258.
- Pogge, T. (1989). *Realizing Rawls*. Ithaca: Cornell University Press.

- Polinsky, A. M., & Shavell, S. (1998). Punitive Damages: An Economic Analysis. *Harvard Law Review*, 111(4), pp. 869-962.
- Posner, R. (1998). *Economic Analysis of Law* (5ª ed.). Nova York: Aspen Publishers.
- Queralt, J. (2013). The Place of the Market in a Rawlsian Economy. *Analyse & Kritik*, 2013(1), pp. 121-140.
- Rawls, J. (1975). Fairness to Goodness. *Philosophical Review*, 84(4), pp. 536-554.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice* (ed. rev.). Cambridge: Belknap Press.
- Rawls, J. (2001). *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge: Belknap Press.
- Ripstein, A. (2004). The Division of Responsibility and the Law of Tort. *Fordham Law Review*, 72(5), pp. 1.811-1.844.
- Sanchirico, C. W. (2001). Deconstructing the New Efficiency Rationale. *Cornell Law Review*, 86(5), pp. 1.003-1.089.
- Shavell, S. (1987). *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Van Parijs 2003. Difference Principles. In: S. R. Freeman (Ed.) *The Cambridge Companion to Rawls* (pp. 200-240). Cambridge: Cambridge University Press.
- Williams, A. (2011). Linguistic Protectionism. In: A. Gosseries & Y. Vanderborght (Eds.), *Arguing About Justice: Essays for Philippe Van Parijs* (pp. 395-402). Louvain-la-Neuve: Presses Universitaires de Louvain.