

PREFÁCIO DO LIVRO DE THAÍS GOVEIA PASCOALOTO VENTURI, *RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA* *

Fernando Araújo **

I.



tema da responsabilidade civil preventiva pode ser colocado através de duas ou três proposições elementares.

Uma é o velho adágio "*mais vale prevenir do que remediar*" – o que significa que, na ausência de outras ponderações, a prevenção de danos tem vantagem sobre a reparação de danos, ao menos porque a prevenção bem sucedida evita precisamente o dano, uma lesão decorrente da interferência não-autorizada em interesses alheios.

Um mundo no qual ocorram menos danos deverá ser melhor do que aquele em que os danos se multipliquem, mesmo que para cada um deles exista porventura a solução da reparação perfeita, a solução que "remove" os danos.

Outra proposição é a de que a presença de custos de prevenção pode inverter aquele adágio: se for muito caro prevenir, então torna-se preferível remediar.

Que significa ser preferível remediar? Significa ter-se por legitimada uma conduta colectiva na qual subsiste espaço para que o dano ocorra; significa que estamos numa sociedade na qual uma margem (maior ou menor) de interferência não-autorizada em interesses alheios é "tolerada".

Em que assenta, por sua vez, essa "tolerância"? De acor-

* Venturi, Thaís Goveia Pascoaloto (2014), *Responsabilidade Civil Preventiva. A Proteção contra a Violação dos Direitos e a Tutela Inibitória Material*, São Paulo, Malheiros

** Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

do com o senso comum, ela assenta principalmente em motivos políticos e jurídicos: o receio das restrições à liberdade que adviriam da imposição colectiva de níveis de segurança mais exigentes, o receio das soluções "securitárias" que sabemos acompanhar as distopias e as derivas totalitárias, fazem com que a tolerância à subsistência de níveis elevados de risco, ou correspondentemente a tolerância à prevenção, muitas vezes seja perspectivada como o preço do apego colectivo à liberdade.

De uma perspectiva económica, a tolerância ao risco resulta mais concretamente da já aludida ponderação de custos e benefícios de prevenção. Afastado o pressuposto "*coeteris paribus*", de indiferença entre as condições iniciais de prevenção e de não-prevenção, a ponderação pode determinar, como vimos, a vitória da não-prevenção, a predominância da via da reparação.

O que tem de peculiar a ponderação económica é que ela dissipa, ou permite dissipar, os receios colectivos associados à ideia de "prevenção a todo o preço": primeiro porque remete para a esfera privada, para o âmbito atomístico da decisão subjectiva, para a bilateralidade das interações, a decisão última sobre o "grau óptimo" de prevenção; e depois porque o faz apelando à lógica dos puros incentivos, ou seja, à enumeração de motivos explícitos, e tendencialmente mensuráveis, de adopção ou recusa de uma determinada conduta em função do seu risco, do seu potencial de dano; e apelando ao eventual estabelecimento de valores de ganho ou perda que, sem tolherem a liberdade individual, no entanto sejam susceptíveis de condicioná-la ao serviço daquilo que possa ter-se por "grau óptimo" de risco.

Por outro lado, a ponderação económica não é isenta de riscos, já que no seu fervor analítico ela "desnatura" um pouco as motivações e valores que gravitam em torno da instituição Responsabilidade Civil, contribuindo até para esbater as fron-

teiras com a Responsabilidade Criminal¹. Pense-se, por exemplo, no agnosticismo relativamente aos pressupostos da imputação e da culpa, arredados em favor da visão prospectiva, assente na ideia de que, sendo o dano um "custo histórico", um "*sunk cost*", irremediável e irrecuperável no momento em que é considerado, tudo está em ponderar-se, predominantemente se não exclusivamente, as implicações que o suporte desses custos terá em condutas futuras susceptíveis de produzirem ou prevenirem danos novos ou suplementares – sendo o "benefício social" precisamente a minimização desses danos futuros, e não a reparação dos passados².

O "*mais vale prevenir*" converte-se, em suma, numa indagação racional sobre a matriz de ganhos e perdas que baliza cada conduta específica – para futuro.

Tal matriz de ganhos e perdas pode servir-se de três institutos jurídicos na demanda de "afinação" do "risco socialmente tolerado", do "grau óptimo" de prevenção – o que equivale a dizer, do "nível óptimo" de dano. E esses institutos são o Contrato, a Propriedade (privada) e a Responsabilidade (civil).

O Contrato assegurará a prevenção sempre que os custos de contratar não ultrapassem o valor esperado dos danos. É através de acordos que as pessoas se prometem mutuamente comportamentos de cautela: seja assumindo deveres de abstenção face às esferas do interesse alheio, seja concedendo prévia autorização à interferência alheia em interesses próprios, retirando a essa interferência o carácter de "lesão"; seja ainda estabelecendo regras de partilha e transferência de riscos, como no Contrato de Seguro.

¹ Cooke, John (2009), *Law of Tort*, 9th ed., Harlow, Pearson Longman, 12-13; Visscher, Louis T., "Economic Analysis of Punitive Damages", in Koziol, Helmut & Vanessa Wilcox (orgs.) (2009), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wien, Springer, 229.

² Coleman, Jules, "Tort Law and Tort Theory. Preliminary Reflections on Method", in Postema, Gerald J. (org.) (2001), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, CUP, 185.

Quando os custos de contratar ultrapassarem em valor os danos esperados, é ainda possível recorrer a regras de titularidade de interesses para se estabelecerem critérios de demarcação mínimos, entre o que é "meu" e é "teu", entre o que é "tolerado" e o que é "não-tolerado".

Como a interferência não-autorizada num interesse "meu" é danosa se diminuir a utilidade que eu possa retirar desse interesse (se houver "rivalidade no uso"), então a respectiva titulação na minha esfera confere-me prioridade de acesso, se não mesmo exclusividade de acesso, a tal interesse; e simetricamente concede-me legitimidade prioritária, se não exclusiva, para reagir a essas interferências indesejadas (já que a ausência de uma reacção determinará que suporte prioritariamente, ou exclusivamente, os seus efeitos).

Por outras palavras, a ausência de contrato não significa ausência de regras supletivas de suporte, circulação ou repartição dos danos: e essas são regras de Propriedade (privada). A lesão de um interesse titulado leva a perguntar de imediato se se trata de um "mero infortúnio" à margem do direito, ou se pelo contrário o direito é convocado – porque, algures no espaço da intersubjectividade, uma conduta humana foi relevante para que o dano se produzisse ou não fosse evitado, e o prejuízo foi sentido num interesse adequadamente titulado³.

Finalmente, quando os custos de contratar sejam demasiado elevados, ultrapassando o valor esperado dos danos, e as regras de suporte residual desses danos pelo titular dos interesses afectados se revelem inadaptadas – nomeadamente por ultrapassarem a "disposição de suportar danos" que é associável à titularidade dos interesses (o que equivale a dizer, quando os custos de agir na protecção dos interesses sejam inferiores ao valor esperado dos danos) –, então deve ser a própria lei a estabelecer o modo de reparação daqueles danos que seria demasi-

³ Stone, Martin, "The Significance of Doing and Suffering", in Postema, Gerald J. (org.) (2001), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, CUP, 131ss..

ado caro prevenir, concedendo uma legitimidade reactiva à verificação do dano.

A lei estabelece então os pressupostos, medida e efeitos dessa reacção reparadora – a Responsabilidade (civil) extracontratual, assim denominada não apenas porque se forma entre partes que não têm que estar ligadas por contrato e não emerge da violação de deveres emergentes do contrato, mas também porque, uma vez verificado o dano, ela procurará colocar o lesado na posição de indiferença perante o dano em que ele se encontraria caso tivesse havido negociação prévia e nela ele tivesse autorizado a interferência nos interesses de que o lesado é titular – promovendo, da perspectiva económica, uma internalização das externalidades negativas que, dissuadindo através dos inerentes custos todos os excessos externalizadores futuros, promova um ponto de equilíbrio susceptível de convergir para o ponto óptimo de tolerância social ao dano⁴.

Significa isso, em suma, que nessa divisão de tarefas cabe à Responsabilidade (civil, extracontratual) tratar exclusivamente da reparação – servir de terapia a casos patológicos nas margens da harmonia social? Ou seja, significa isso que lhe cabe esperar pela produção de danos, para só então, verificada a insuficiência das barreiras da Propriedade ou dos arranjos do Contrato para ordenarem os interesses individuais no sentido da minimização de atritos e do risco de danos, promover uma situação que reponha, retroactivamente, o arranjo de interesses que teria prevenido com maior eficiência (a menor custo) tais danos?

Em larga medida sim, embora, na medida em que não se limita a constituir factó gerador de uma obrigação de reparar, a Responsabilidade Civil convoque juízos de imputação e de censurabilidade que, remetendo para a dimensão ética, visam já

⁴ Visscher, Louis T., "Economic Analysis of Punitive Damages", in Koziol, Helmut & Vanessa Wilcox (orgs.) (2009), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wien, Springer, 220.

confrontar cada um com a necessidade de assunção de consequências das suas acções – uma assunção susceptível de, pela interiorização de deveres e pela sedimentação de hábitos, contribuir para a generalização de "standards" elevados de prudência.

Tudo se passa como se a ordem jurídica formulasse uma advertência universal a todo aquele que quer tirar proveito dos contextos de proximidade e interdependência nos quais os riscos de dano se multiplicam: o agente será chamado a assumir pessoalmente os danos provocados pela sua actividade, em princípio sem possibilidade de diluir ou partilhar essa obrigação. Cabe-lhe então promover por si mesmo uma redução de riscos totais, seja através da adopção das alternativas menos arriscadas (a via qualitativa), seja através de uma simples redução da sua actividade arriscada (a via quantitativa)⁵.

Ora isso por si só constitui um poderoso dissuasor, com óbvias implicações preventivas – bastando contrastar uma situação dessas com uma outra em que o agente tivesse ficado exonerado de suportar o ressarcimento dos danos.

Em termos microeconómicos, a função reparadora, porque recai pessoalmente sobre o autor do dano, tem um alcance preventivo inequívoco – funciona como um preço que desincentivaré o agente em todos os casos em que esse preço ultrapasse a sua disposição de cobertura espontânea de danos, uma disposição que tenderá para o zero (não porque se presume que o agente se evade da sua responsabilidade moral, mas apenas porque tenta otimizar os ganhos disponíveis no jogo de "captura de renda" que preside à fixação do montante preciso da indemnização).

Encarando o tema de um outro prisma, diríamos que, no seu figurino clássico, a Responsabilidade Civil assenta, ao me-

⁵ Visscher, Louis T., "Tort Damages", in Faure, Michael (org.) (2009), *Tort Law and Economics. Encyclopedia of Law and Economics, 2nd Edition*, Cheltenham, Edward Elgar, 153.

nos supletivamente, na culpa – e esta, na sua acepção mais genérica, é caracterizada como uma falta à diligência mínima exigida, a diligência que evitaria a conduta danosa. O responsável é tido por culpado, em suma, porque não preveniu o dano – não empregou a diligência exigível na prevenção.

II.

O trabalho denso e profundamente reflectido que tenho a honra de apresentar, da Doutora Thaís Pascoaloto Venturi, pretende contudo ir muito mais longe, e responder ao repto doutrinário de adensamento da função preventiva a ponto de torná-la primacial na área da Responsabilidade Civil Extracontratual.

É um desafio científico da maior actualidade, visto que corresponde a apelos doutrinários surgidos nas áreas da *Law & Economics* e do Neopragmatismo, visando a refundamentação da Responsabilidade Civil de acordo com ideais de "engenharia social" que procuram a minimização do risco e dos danos através da promoção de mecanismos de coordenação, de partilha, de redistribuição, de promoção de níveis incrementados de informação e de racionalidade, de articulação daquela com os já referidos institutos complementares da Propriedade e do Contrato.

Pense-se, por exemplo, nas incidências dessa "economia da prevenção" na solução de "*hard cases*" de responsabilidade ambiental (que podemos tomar como paradigmas da "transindividualidade"), nos quais, antes da solução salomónica do "*command-and-control*" estadual ou da regulação, é possível redesenhar-se um "mercado de direitos" nos quais os danos possam ser mais eficientemente prevenidos por uma conjugação do Direito de Propriedade reconcebido (flexibilizado, segmentado, funcionalizado), do Direito dos Contratos adaptado a novas transacções (susceptível de traduzir mais fielmente "disposições de pagar" e "disposições de aceitar" reportadas a inte-

resses colectivos, mais apto a lidar com a bilateralidade das externalizações extra-mercado, reconduzindo-as ao mercado) e de um Direito da Responsabilidade mais sensível à manipulação dos incentivos à precaução, mais aberto à consideração integrada de objectivos reparadores e "punitivo-pedagógicos", mais fiel aos "novos danos", ou seja aos interesses colectivos tradicionalmente sub-representados nesta área do Direito⁶.

É verdade que se trata aqui de uma visão apenas entre várias possíveis sobre a Responsabilidade Civil: uma perspectiva caracterizada como "funcionalista" já que pretende subordinar todo o instituto à prossecução de certos objectivos definidos independentemente – no caso, o objectivo da redução de "custos de acidentes", e todas as "maximizações" e "otimizações" que tendam à respectiva promoção⁷; já que essencialmente se trata de, por um lado, reduzir os custos primários desses acidentes (os custos combinados da prevenção e dos danos que subsistem apesar da prevenção) e de, por outro lado, gerir os correspondentes custos secundários (de suporte dos danos) e terciários (de gestão administrativa e adjudicação judicial), promovendo a sua reafecção socialmente óptima (eventualmente repercutindo-os sobre os "*deepest pockets*" do Orçamento do Estado)⁸.

E é verdade que, por isso, os críticos da "funcionalização" monista apontam para os perigos de reducionismo que vêm abrigar-se nessas aparentes descon siderações da dimensão ética, da dimensão política, da tradição prescritiva reportada à demanda da "justiça distributiva" – quase presumindo que

⁶ Polinsky, A. Mitchell & Steven Shavell, "Punitive Damages", in Faure, Michael (org.) (2009), *Tort Law and Economics. Encyclopedia of Law and Economics*, 2nd Edition, Cheltenham, Edward Elgar, 228ss.

⁷ Postema, Gerald J., "Introduction: Search for an Explanatory Theory of Torts", in Postema, Gerald J. (org.) (2001), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, CUP, 4ss..

⁸ Visscher, Louis T., "Economic Analysis of Punitive Damages", in Koziol, Helmut & Vanessa Wilcox (orgs.) (2009), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wien, Springer, 219ss..

na percepção dos envolvidos não se descortina uma perturbação do "estado de coisas" a vitimizar alguém e a responsabilizar outrem⁹.

Reconheça-se que a excessiva ênfase na prevenção não apenas desconsidera outras finalidades que concorrem com aquela na configuração efectiva da Responsabilidade Civil – mas desconsidera até o contributo que estas outras finalidades representam necessariamente para a optimização da própria prevenção: pensemos na protecção (instantânea) dos interesses, na punição retributiva, na estigmatização do lesante, na reafecção (individual ou colectiva) do suporte dos danos, etc.¹⁰.

E não menos é verdade que é paradoxal que a "abordagem económica" aponte para modelos de engenharia social como formas de consumação do instituto da Responsabilidade Civil, em vez de apontar para o mais óbvio resultado da definição interactiva, dialógica, de pontos focais de justiça "correctiva" ou "comutativa", inadequados somente, porventura, para representar a Responsabilidade Civil nas relações de consumo¹¹.

Todos sabemos como o sonho nobilitante de uma sociedade solidária transporta consigo os seus próprios riscos, se ele implica a universalização e imposição de ideais de que as nossas sociedades abertas e plurais prescindiram, e insistem em prescindir, em nome da necessidade de preservação de espaços de liberdade e até da conservação da espontaneidade do que é centrípeto na nossa sociabilidade (uma tendência que, lamentavelmente, o movimento da "constitucionalização do Direito Privado" se obstina em contrariar).

⁹ Stone, Martin, "The Significance of Doing and Suffering", in Postema, Gerald J. (org.) (2001), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, CUP, 132ss..

¹⁰ Harpwood, Vivienne (2009), *Modern Tort Law*, 7th ed., London, Routledge-Cavendish, 13-14.

¹¹ Postema, Gerald J., "Introduction: Search for an Explanatory Theory of Torts", in Postema, Gerald J. (org.) (2001), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, CUP, 9.

Talvez reste então prosseguirmos esse sonho através de propostas pragmáticas que, sem apelarem à conversão das mentalidades, assegurem, através de melhoramentos institucionais, alguns resultados que sejam inequivocamente bons do ponto de vista colectivo: como precisamente a prevenção de danos, a atenuação dos factores de conflitualidade e de sofrimento na nossa existência partilhada, a superação de hábitos atávicos de vitimização e paralisia lamurienta que esperam da repressão das infracções o remédio para todas as imprudências, não apenas as do infractor como até as da própria vítima.

Isto sem se cair, por um lado, em excessos preventivos que buscassem erradicar até a margem de tolerância colectiva ao risco através de uma repressão securitária que, já paredes-meias com a lógica totalitária – como observámos inicialmente –, privilegiasse o combate ao risco abstracto em detrimento do respeito devido à liberdade de acção e de escolha – não podendo desconsiderar-se a principal vantagem que se abriga no "direito de danos", a de minimizar o espaço para um tal controle tutelar sobre as condutas, limitando-se a remediar, *après-coup*, "estados de coisas" que, sendo imputáveis à acção humana, se revelem imerecidos ou arbitrários¹².

E, por outro lado, sem deixar de considerar que o respeito pela liberdade e pela prudência recomendam que alguns infortúnios sejam colectivamente suportados, e que essa solidariedade é, ao menos na minimização das perdas máximas, o timbre da própria justiça "substancial" pela qual a excelência das nossas sociedades actualmente se afere – isto sem perder de vista os custos implícitos e explícitos que uma tal "socialização do risco" pode acarretar, começando pela perda de incentivos à prudência.

Nesse ponto, alguma "desfuncionalização" da Responsa-

¹² Postema, Gerald J., "Introduction: Search for an Explanatory Theory of Torts", in Postema, Gerald J. (org.) (2001), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, CUP, 7-8.

bilidade Civil pode ainda trazer a vantagem de conciliar uma consideração "externa" de eficiência com o "ponto de vista interno" dos operadores jurídicos que, arredados de considerações globalizantes e remotas sobre finalidades ulteriores, são capazes de promovê-las pela simples consideração da justiça particular que se abriga, como valor absoluto e pré-analítico, em cada adjudicação reparadora¹³.

Vão já longas estas considerações sobre alguns dos principais motivos de interesse e satisfação intelectual, mas também de relevância política, jurídica, económica, que descubro no magnífico texto que se segue, um contributo original para o progresso da Ciência Jurídica como devem sê-lo as melhores teses de doutoramento.



¹³ Coleman, Jules, "Tort Law and Tort Theory. Preliminary Reflections on Method", in Postema, Gerald J. (org.) (2001), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, CUP, 192ss..