

**RESPONSABILIDADE CIVIL, JUSTIÇA E REGIME INSTITUCIONAL: UMA
COMPARAÇÃO ENTRE O ESTADO DE BEM-ESTAR E A DEMOCRACIA
ECONÔMICA**

**TORT LAW, JUSTICE AND INSTITUTIONAL REGIME: A COMPARISON BETWEEN
THE WELFARE STATE AND ECONOMIC DEMOCRACY**

*Leandro Martins Zanitelli**

RESUMO: o trabalho diferencia dois tipos de regime institucional – o Estado de bem-estar e a democracia econômica, e procura determinar as características gerais da responsabilidade civil mais consentâneas com cada um deles. Argumenta-se em favor de duas afirmações centrais, a saber, primeiro, a de que a tendência à objetivação da responsabilidade civil verificada no direito brasileiro é adequada ao modo de produção do Estado de bem-estar e, segundo, a de que essa objetivação também se coaduna com a democracia econômica, regime sob o qual o problema das externalidades relacionadas ao volume da produção se abranda, mas não desaparece. Com isso, o artigo também ilustra uma maneira (“indireta”) de aplicar a justiça a problemas de direito civil, a qual consiste em verificar inicialmente qual o tipo de regime institucional mais propenso à realização dos princípios da justiça, para então inquirir sobre as características do direito civil mais congruentes com esse regime.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia econômica. Estado de bem-estar. Externalidades. Justiça. Responsabilidade civil.

ABSTRACT: The paper distinguishes two types of institutional regime, welfare state and economic democracy, and attempts to determine which tort rules are most suited to each one of them. It argues in favor of two central claims, namely, that a tendency for the adoption of strict liability rules in Brazilian law coheres with welfare state’s capitalist way of production, and that strict liability rules are also required by economic democracy, a kind of institutional regime in which the problem of externalities, though probably minored, still exists. In so doing, the paper also illustrates a (“indirect”) way of examining issues of private law through the lens of justice, which consists in first electing the type of institutional regime most prone to the realization of the principles of justice and inquiring thereafter about which rules of private law are fitted for that regime.

KEYWORDS: Economic democracy. Externalities. Justice. Tort law. Welfare state.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). *Email:* leandrozanitelli@gmail.com

INTRODUÇÃO¹

Tem-se debatido recentemente sobre o tipo de regime institucional mais consentâneo com os princípios da justiça de Rawls.² Embora a obra do próprio Rawls dedique muito mais atenção aos princípios em si do que às instituições encarregadas da sua realização, o problema do tipo de regime institucional é mencionado ocasionalmente. Em *Justiça como Equidade: uma Reformulação*, Rawls distingue cinco desses tipos – o “capitalismo de *laissez-faire*”, o “Estado de bem-estar”, o “socialismo de estado”, a “democracia de cidadãos proprietários” (*property-owning democracy*) e o “socialismo liberal” (RAWLS, 2001, parte IV). Segundo ele, somente os dois últimos são capazes de atender aos princípios da sua concepção de justiça (a “justiça como equidade”) (RAWLS, 2001, p. 138).

Como “regime institucional”, deve-se entender aqui a descrição de um certo conjunto de regras, geralmente formais ou legais, bem como de seus efeitos³. Trata-se, em cada caso, de um ideal do qual as instituições de fato existentes em determinada época e lugar podem se aproximar em maior ou menor medida. Além disso, ao menos em relação aos regimes a que Rawls alude (e, em particular, àqueles a serem considerados ao longo do presente trabalho), a atenção é circunscrita, de um modo geral, às instituições que regulam a produção de bens e a sua distribuição.

Levando-se em conta a possibilidade de investigar a relação entre justiça e regime institucional, há pelo menos duas maneiras de aplicar a justiça a problemas de direito civil (assim como, provavelmente, aos de outras áreas do direito). Uma delas é “direta”, isto é, procura averiguar diretamente a compatibilidade das regras de direito civil com um ou mais princípios da justiça. Por exemplo, pode-se inquirir se o casamento entre pessoas do mesmo sexo é permitido ou até mesmo demandado por algum dos princípios da justiça (no caso dos princípios da justiça de Rawls, a resposta é, provavelmente, afirmativa). Outra estratégia, em contrapartida, é tomar um certo regime institucional que se considere o mais apto a realizar os princípios da justiça, examinando então o papel do direito civil (de todo ou de uma parte dele) nesse regime. Embora discussões sobre regime institucional (e, em particular, as discussões que têm ocorrido acerca de um

¹ O autor agradece a dois avaliadores anônimos pelas observações feitas a uma versão anterior deste trabalho.

² Ver, por exemplo, VALLIER, Kevin. A Moral and Economic Critique of the New Property-Owning Democrats: On Behalf of a Rawlsian Welfare State. *Philosophical Studies*, v. 172, ed. 2, 2014, p. 283-304; FREEMAN, Samuel. Property-Owning Democracy and the Difference Principle. *Analyse & Kritik*, n. 01/2013, 2013, p. 9-36 e a coletânea de artigos em O’NEILL, Martin; WILLIAMSON, Thad (Org.). *Property-Owning Democracy: Rawls and Beyond*. Edição Google Play. Malden: Blackwell, 2012.

³ Um regime institucional também pode incluir instituições ditas não formais, tais como costumes ou um *ethos* largamente compartilhado. No caso dos regimes mencionados acima, todavia, trata-se em geral de propriedades formais, como regras constitucionais ou de definição de direitos de propriedade.

dos regimes preferidos de Rawls, o da democracia de cidadãos proprietários⁴) nem sempre cheguem a tratar de questões de direito civil, pode-se pensar em como delinear regras de direito civil de um modo que seja o mais ajustado a um certo regime institucional. Isso corresponde a aplicar a justiça a questões de direito civil de maneira indireta, tratando de determinar, primeiro, qual o tipo de regime mais conforme à justiça e, em seguida, as implicações desse regime para o direito civil.

No presente artigo, proponho-me a exemplificar o uso desse método de investigação “indireto”. Para tanto, faço inicialmente uma exposição de dois tipos de regime institucional, o do Estado de bem-estar e o da democracia econômica. Esse último, que possivelmente corresponde a uma das versões do que Rawls teve em mente ao se referir ao tipo de regime do “socialismo liberal”, será tomado aqui à maneira descrita por Schweickart (2011; 2012). A seguir, discuto a conformação geral de uma importante área do direito civil, a responsabilidade civil, sob cada um dos regimes. Meu objetivo com isso será, primeiro, demonstrar que certa característica atual da responsabilidade civil no Brasil é própria do Estado de bem-estar e, segundo, indagar sobre que mudanças, se houver, em relação a essa conformação atual seriam requeridas pela democracia econômica.

1 TIPOS DE REGIME INSTITUCIONAL: ESTADO DE BEM-ESTAR E DEMOCRACIA ECONÔMICA

As principais características e diferenças entre os regimes do Estado de bem-estar (doravante, EBS) e da democracia econômica (doravante, DE) giram em torno dos seguintes tópicos: propriedade dos meios de produção, investimento, trabalho, mercado e políticas redistributivas. Trato, a seguir, de cada um desses tópicos separadamente.⁵

1.1 PROPRIEDADE DOS MEIOS DE PRODUÇÃO

No EBS, a propriedade dos meios de produção é privada. Além disso, embora trabalhadores também possam ser capitalistas, isso ocorre apenas ocasionalmente. De maneira geral,

⁴ Ver Freeman (2013) e O’Neill e Williamson (2012).

⁵ Para o que segue, guio-me fundamentalmente por SCHWEICKART, David. *After Capitalism*. 2. ed. (Edição Kindle). Lanham: Rowman & Littlefield, 2011. Schweickart realiza uma comparação entre a DE e a democracia de cidadãos proprietários que é útil para meus propósitos acima, já que esse último regime compartilha certas características com o EBS (SCHWEICKART, David. Property-Owning Democracy or Economic Democracy? In: O’NEILL, Martin; WILLIAMSON, Thad (Org.). *Property-Owning Democracy: Rawls and Beyond* (Edição Google Play). Malden: Blackwell, 2012, cap. 10). Para uma apresentação da ideia de democracia econômica em linhas em geral concordantes com o encontrado acima, ver também MALLESON, Tom. Economic Democracy: The Left’s Big Idea for the Twenty-First Century? *New Political Science*, v. 35, n. 1, 2013, p. 84-108.

a titularidade do capital e o trabalho estão dissociados. Na DE, diferentemente, as empresas são controladas pelos trabalhadores (SCHWEICKART, 2011, posição 1.464), que repartem os lucros entre si. A sociedade, a quem o capital dessas empresas pertence, é remunerada mediante o pagamento de um tributo. Além disso, os trabalhadores devem reservar uma parte dos ganhos para fazer frente à depreciação dos meios de produção que controlam (SCHWEICKART, 2011, posições 1.479 a 1.485).

1.2 INVESTIMENTO

O investimento é eminentemente privado no EBS e público na DE. No EBS, o investimento se baseia na poupança privada, tendo lugar mediante empréstimos feitos por bancos privados ou compra de ações, seja por investidores individuais ou por fundos de investimento. O investimento público é, em geral, quase que restrito à provisão de bens públicos, mas pode ganhar um pouco mais de vulto quando usado em políticas anticíclicas. Em todo caso, seu papel é secundário. Na DE, em contrapartida, não há investimento com a compra de ações de companhias, cujo capital pertence, como já observado, a toda a sociedade. O investimento é feito pelo Estado diretamente ou por meio de bancos públicos (SCHWEICKART, 2011, seção 3.1.3).

1.3 TRABALHO

Além da propriedade exclusiva dos trabalhadores sobre os meios de produção, as empresas da DE são geridas à maneira das cooperativas de trabalho, isto é, segundo a regra “uma pessoa, um voto” (SCHWEICKART, 2011, posição 1.478). Essa e as demais diferenças entre o EBS e a DE quanto à propriedade dos bens de produção e o investimento têm certos efeitos esperados sobre o trabalho (SCHWEICKART, 2011, seção 4.1). Há, em primeiro lugar, uma tendência a formas menos hierarquizadas de trabalho sob a DE, já que a observância à regra “uma pessoa, um voto”, muito embora não requeira o envolvimento dos trabalhadores em todas as decisões da empresa, torna-os soberanos em relação aos gestores.

Segundo, há um efeito esperado quanto à duração da jornada e à qualidade do trabalho, algo que se relaciona com o maior ou menor incentivo ao uso intensivo da força de trabalho sob cada regime. Quanto maior a jornada de trabalho, menor o número de trabalhadores empregados e, em consequência, menores os custos de treinamento. Embora essa relação entre duração da jornada de trabalho e eficiência da produção valha tanto para o EBS quanto para a DE, a diferença é que, no primeiro, o imperativo da eficiência é maior. Empresas eficientes não apenas são mais lucrativas,

como também propensas a ganhar mercado e, todo o restante sendo igual, quanto maior o mercado, maiores os lucros e, em consequência, mais atrativa uma empresa se torna para os investidores. No EBS, a busca pela eficiência é, por isso, ao mesmo tempo uma chave para o sucesso e uma manobra defensiva contra concorrentes permanentemente dispostos a aumentar a sua fatia de mercado.

Algo diferente se dá na DE. Como os lucros pertencem aos trabalhadores, qualquer aumento da produção que requeira novas contratações somente se mostrará vantajoso se trouxer consigo algum ganho de escala (SCHWEICKART, 2011, posição 2.595). Isso faz com que, em uma DE, haja uma disputa menos acirrada por fatias de mercado (muito embora, como ficará claro no item seguinte, essa disputa não deixe de ocorrer) e, em decorrência, uma preocupação menor com a eficiência. Aliado à gestão democrática, isso contribui para que os trabalhadores tenham mais liberdade para definir a duração da jornada, ainda que com algum sacrifício da eficiência. Raciocínio similar vale, ainda, quanto à qualidade do trabalho (SCHWEICKART, 2012, p. 255-6). Ganhos de eficiência frequentemente demandam uma divisão de tarefas que torna desinteressante o trabalho de muitos. Na DE, uma exigência relativamente menor de eficiência combinada com a subordinação da gestão à vontade dos trabalhadores é, portanto, propensa a melhorar a distribuição do trabalho significativo.⁶

1.4 MERCADO

No EBS, subordinam-se ao mercado o consumo, o trabalho e o investimento; na DE, apenas o consumo e o trabalho, já que, como dito acima, o investimento nesse regime é controlado pelo estado (SCHWEICKART, 2011, posição 1.495). Tanto o EBS como a DE contêm políticas regulatórias para fazer frente a falhas de mercado decorrentes de externalidades e informação imperfeita.

O fato de a DE deixar que o consumo e o trabalho sejam governados pelo mercado tem consequências. Considere-se, primeiro, o consumo. As empresas (sob controle dos trabalhadores) devem procurar atender às demandas dos consumidores e, quando não conseguem, sujeitam-se à falência. Não há previsão de compra, pelo Estado, da produção excedente.

Quanto ao trabalho, as empresas de uma DE, assim como no EBS, disputam trabalhadores, podendo oferecer vantagens, inclusive de remuneração, para atrair e manter trabalhadores talentosos (SCHWEICKART, 2011, posições 1.467 e 2.428). Diferenças de renda entre trabalhadores de uma

⁶ Refiro-me acima à primeira parte da definição de Arneson (ARNESON, Richard J. *Meaningful Work and Market Socialism. Ethics*, v. 97, n. 3, 1987, p. 517-45), segundo a qual trabalho significativo é o “interessante, que requer inteligência e iniciativa” [“*interesting, calling for intelligence and initiative*” (Ibid., p. 517)].

mesma empresa são, portanto, permitidas, embora sem prejuízo da estrita observância à regra “uma pessoa, um voto”.

1.5 POLÍTICAS REDISTRIBUTIVAS

A crucial diferença entre o EBS e o capitalismo de *laissez-faire* reside, como se sabe, nas políticas de redistribuição, encontradas apenas no primeiro. O EBS compartilha com o capitalismo de *laissez-faire* a propriedade privada dos meios de produção, o investimento privado e o trabalho assalariado, mas provê ajuda aos mais pobres mediante políticas assistenciais baseadas na taxaço da riqueza e da renda.

Na DE, a divisão menos desigual da propriedade dos meios de produção pode reduzir a necessidade de políticas redistributivas, mas não a elimina. Além de infortúnios naturais, como a morte e a doença, desigualdades de riqueza e renda podem se verificar devido à sorte dos empreendimentos (cujo sucesso depende das decisões dos consumidores) e dos esforços das empresas para atrair e manter os trabalhadores mais talentosos (SCHWEICKART, 2011, posições 1.467 e 2.428; 2012, p. 253-4). Tendo isso em vista, a DE é, a exemplo do EBS, caracterizada por políticas de taxaço e transferência destinadas a assistir aos cidadãos de má sorte e a impedir a concentraço da riqueza tanto ao longo da vida como de geraço a geraço.

2 ESTADO DE BEM-ESTAR, DEMOCRACIA ECONÔMICA E RESPONSABILIDADE CIVIL

Como observado acima, uma das questões que concepções de justiça como a de Rawls levantam consiste em saber qual tipo de regime institucional é o mais propenso à realizaço da justiça. Tendo em vista essa questão, o problema da justiça para uma determinada área do direito pode ser então entendido como o de verificar quais atributos a área em questão deve apresentar a fim de se ajustar ao regime mais justo (ou mais propenso à satisfaço dos princípios da justiça). Nesta seção, exemplifico o método de análise recém-referido com a responsabilidade civil, setor da legislação que procurarei tratar inicialmente em consonância com o EBS e, em seguida, com a DE. Pretendo, com isso, primeiro, demonstrar que certa característica atual da responsabilidade civil no Brasil se mostra coerente com o EBS e, segundo, averiguar que mudanças, se houver, seriam, de modo geral, requeridas para a responsabilidade civil pela DE.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL E ESTADO DE BEM-ESTAR

O que o EBS demanda, em geral, da responsabilidade civil (doravante, RC)? Viu-se na seção anterior que, no EBS, há um incentivo a que as empresas aumentem o volume da sua produção. Isso é uma decorrência, primeiro, da dissociação entre capital e trabalho, que torna o crescimento da empresa vantajoso para os seus donos ainda quando não há ganhos de escala e, segundo, do investimento privado, por força do qual, a fim de atrair investidores, uma empresa deve procurar ser o mais lucrativa possível. O incentivo ao crescimento ilimitado da atividade empresarial é um problema devido às externalidades,⁷ isto é, aos danos que a empresa causa a terceiros (por exemplo, à comunidade vizinha ou ao meio ambiente).⁸ A RC é um dos meios de se fazer frente a esse problema e, como tal, inclui-se entre as medidas para correção de falhas de mercado próprias do EBS.

Para lidar com o problema das externalidades, a RC deve incentivar não apenas a tomada de medidas de precaução, mas também o controle da atividade empresarial, para que esta não se amplie de modo a fazer com que, apesar das medidas de precaução, os danos dela decorrentes alcancem um patamar intolerável. Enquanto uma regra de responsabilidade subjetiva (isto é, condicionada à culpa) é, à primeira vista, suficiente para que medidas de precaução tenham lugar, o mesmo não se dá em relação a um nível de atividade desejável. A responsabilidade subjetiva, em outras palavras, interfere sobre a maneira como se produz (ou sobre os cuidados observados na produção), mas não sobre o volume da produção.⁹ A responsabilidade objetiva (independente de culpa) é, por isso, um meio mais eficaz de combate às externalidades, já que não apenas induz à tomada de medidas de precaução, mas serve também de anteparo ao incremento exagerado do nível de atividade.¹⁰ Ao fazer com que, em circunstâncias ideais¹¹, todos os custos da atividade

⁷ Outros danos relacionados à atividade empresarial não são externalidades no sentido tradicional, porque recaem sobre pessoas às quais a empresa está contratualmente vinculada, direta ou indiretamente (isto é, por meio de alguma de suas parceiras), tais como trabalhadores e consumidores. A dificuldade de informar essas potenciais vítimas sobre o risco a que estão sujeitas, no entanto, pode fazer com que, no limite, o problema dos danos que lhes são infligidos se equipare ao de uma externalidade.

⁸ A RC não se limita, é claro, aos danos relacionados à atividade empresarial. Trato acima desses danos porque as diferenças entre o EBS e a DE são, como visto, diferenças em relação ao modo de produção. Como não se trata, além disso, de comparar pormenores, mas sim as principais características da RC sob cada regime, uma análise restrita aos danos oriundos da produção se mostra suficiente.

⁹ Sobre a inaptidão da responsabilidade subjetiva para induzir um nível ótimo de atividade (entendido, no caso, como nível eficiente), ver SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. p. 23-24.

¹⁰ Cabe lembrar, a esse respeito, duas ressalvas encontradas em trabalhos de análise econômica da RC. A primeira é que a responsabilidade objetiva não induz as potenciais vítimas de dano à tomada de medidas de precaução (SHAVELL, op. cit., p. 11). Esse efeito somente se obtém se a responsabilidade for total ou parcialmente excluída pela culpa da vítima, mas, mesmo nesse caso, a regra legal é inapta a controlar o nível de atividade das potenciais vítimas (Ibid., p. 28). Por isso, em circunstâncias nas quais o referido controle se mostrar importante, a responsabilidade objetiva, mesmo acompanhada de uma excludente pela culpa da vítima, pode não ser a melhor solução. Segundo, a responsabilidade

empresarial sejam internalizados (e não apenas os decorrentes de comportamento culposos), a responsabilidade objetiva desestimula a expansão da produção sempre que essa expansão vem acompanhada de um aumento maior do que proporcional das externalidades.

Se o EBS tem como consequência fazer com que as empresas se vejam permanentemente estimuladas a aumentar o montante da sua produção, a responsabilidade objetiva constitui, então, uma resposta ao problema das externalidades particularmente adequada para esse regime institucional em questão. Isso condiz com o caso brasileiro atual, no qual se verificam, de modo geral, as características do EBS juntamente com uma tendência à objetivação da RC.¹² O Código Civil de 2002 reproduziu a disposição do código anterior sobre a responsabilidade por ato culposo (art. 186 combinado com o art. 927, *caput*), mas acrescentou a essa disposição uma outra, de alcance ainda bastante indefinido, de responsabilidade independente de culpa (art. 927, parágrafo único). No que se refere à responsabilidade das corporações pelos atos de seus empregados, o art. 932, III, também torna a responsabilidade objetiva (no sentido de não condicionada à culpa *in eligendo* ou *in vigilando*).¹³ Há, por fim, uma regra de responsabilidade objetiva das empresas pelos danos causados por produtos (art. 931), similar à que já se encontrava no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, art. 12 e 14). Fora do Código Civil, além da recém-mencionada responsabilidade por danos de produtos há ainda regras especiais de responsabilidade objetiva para danos ambientais (Lei 6.938/1981, art. 14, § 1º) e para atividades particularmente perigosas, como transporte aéreo (Lei 7.565/1986, título VIII) e produção de energia nuclear (Lei 6.453/1977, art. 4º).

Se a proliferação de regras de responsabilidade objetiva no Brasil se mostra adequada às características da produção capitalista do EBS, o mesmo não se pode dizer, à primeira vista, quanto à definição do montante indenizatório, que o art. 944, *caput*, do Código Civil limita ao dano sofrido pelo autor (segundo o parágrafo único do mesmo artigo, a depender da gravidade da culpa, a indenização pode ter valor inferior ao do dano, mas não superior). Essa limitação pode evitar a

objetiva das organizações pelos atos de seus agentes, ainda que adequada ao controle do nível de atividade, pode deixar de ser recomendável, por incentivar certos comportamentos indesejáveis de diretores e empregados, além de aumentar os custos com litigância. Para uma síntese dos argumentos contrários à atribuição de responsabilidade às organizações pelos atos de seus prepostos, ver KRAAKMAN, Reinier H. Vicarious and Corporate Civil Liability. In: FAURE, Michael (Org.). *Tort Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 134-49.

¹¹ Mesmo com a responsabilidade objetiva, a completa internalização de custos pode não ter lugar caso algumas das vítimas não demandem a reparação ou caso ocorram erros na aplicação da lei.

¹² Os comentários no texto acima se limitam ao direito brasileiro, ao qual se faz referência aqui a título de ilustração. Reservadas as peculiaridades de cada caso, a objetivação da RC verificada no Brasil também pode ser observada em muitos outros países cujas características institucionais correspondem, de modo geral, às do EBS.

¹³ No Código Civil de 1916, a responsabilidade dos patrões pelos atos de seus empregados era condicionada à culpa dos primeiros (art. 1.523), culpa essa que, no entanto, de acordo com a jurisprudência (Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal), era presumida.

completa internalização dos custos da atividade quando houver casos em que a empresa escape à responsabilidade.¹⁴ Há uma tendência, no entanto, a que o limite do art. 944, *caput*, seja compensado pelo aumento do valor das condenações pelos ditos danos não patrimoniais (ou “morais”). Além disso, é preciso considerar que os custos da atividade também podem ser internalizados mediante sanções penais, administrativas e até pelo abalo à reputação verificado com a ocorrência do dano.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E DEMOCRACIA ECONÔMICA

No item anterior, argumentei que a tendência à objetivação da RC observada no direito brasileiro se conforma às características do EBS. Valerá algo distinto para a DE? Se entendermos a RC como não apenas um incentivo à precaução, mas como aparato legal de combate às externalidades em geral, inclusive as que são uma consequência do aumento do volume da produção ou do nível da atividade (e não do modo como essa atividade é exercida), então será preciso reconhecer que a responsabilidade objetiva também tem lugar na DE, já que esse tipo de regime não elimina o risco de uma expansão indesejável (do ponto de vista das externalidades) da atividade empresarial.

Antes de entrar em detalhes, gostaria de considerar paralelamente dois problemas do EBS – o do lazer e o dos danos, ou acidentes – e a maneira como a DE responde a esses problemas. No EBS há, como observa Schweickart (2011, posição 2.706), uma má distribuição do lazer, uma vez que, enquanto o desemprego leva alguns trabalhadores a ter tempo livre demais, a duração da jornada de trabalho faz com que outros (os que estão empregados) tenham-no de menos. Essa má distribuição do tempo para lazer provavelmente corresponde, no caso do EBS, a um problema de ação coletiva: de um modo geral, gostaríamos que alguns dispusessem de mais tempo para o lazer e outros (os atualmente desempregados) menos, mas não conseguimos coordenar nossas ações de modo a alcançar esse resultado.¹⁵ Essa coordenação é dificultada, por sua vez, pela dissociação

¹⁴ Para que a completa internalização de custos tenha lugar, recomenda-se que a indenização seja igual ao valor do dano dividido pelo percentual estimado dos danos não levados a juízo ou pelos quais o agente não seja condenado. Por exemplo, se esse percentual é de 50%, o valor da condenação deve ser o do dano causado ao autor dividido por 50% (isto é, multiplicado por 2). Ver POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economic Analysis. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 4, 1998, p. 869-962.

¹⁵ Ignorar a possibilidade do problema de ação coletiva aludido acima é a falha do argumento de Maitland contra provisões legais de garantia de trabalho significativo. Maitland alega que um mercado competitivo acaba oferecendo aos trabalhadores exatamente a quantidade de trabalho significativo que eles desejam (isto é, pela qual estão dispostos a arcar mediante uma redução do salário), e que qualquer interferência legal a respeito constitui, portanto, uma ofensa à autonomia dos trabalhadores. No entanto, se o que foi dito sobre o lazer vale também para o trabalho significativo, é possível que os trabalhadores desejem e estejam dispostos a pagar por uma distribuição mais equânime desse trabalho

entre capital e trabalho. Tendo em vista que a redução da jornada de trabalho sacrifica a eficiência,¹⁶ a tendência é que os administradores das empresas não a queiram se não puderem contar com que seus concorrentes façam o mesmo, o que, de fato, não podem.

Na DE, em contrapartida, o que aumenta a chance de solução (muito embora não a assegure) para o referido problema de ação coletiva é a democratização da gestão empresarial. Como é definida pelos próprios trabalhadores segundo a regra “uma pessoa, um voto”, é provável que a duração da jornada de trabalho seja mais sensível ao interesse dos trabalhadores pelo lazer. Em parte, isso pode decorrer de uma “miopia”, já que a perda de eficiência ocasionada pela redução da jornada de trabalho sujeita a empresa cooperativa a ser superada pelas concorrentes. Entre o interesse de curto prazo no aumento do tempo livre disponível e o de longo prazo na continuidade da empresa, pode ser que os trabalhadores se inclinam a decidir pelo primeiro. Tal decisão não terá, contudo, os efeitos temidos a longo prazo se, como é de esperar, for imitada nas empresas concorrentes (também geridas por trabalhadores), caso em que o resultado será um aumento geral duradouro do tempo disponível para o lazer, à custa de um certo sacrifício (também geral) da eficiência. O problema de ação coletiva é, assim, resolvido.

Considere agora o problema dos acidentes. Tal como ocorre com a jornada de trabalho, os danos decorrentes da atividade produtiva no EBS podem constituir um problema de ação coletiva: gostaríamos que o volume de externalidades da atividade empresarial fosse menor (ainda que a redução das externalidades implique consumir um pouco menos), mas fracassamos em coordenar nossas ações de maneira a que esse resultado se verifique. A questão consiste então em verificar se, tal como em relação ao lazer, a DE provê condições para que o problema de ação coletiva dos acidentes seja superado. Aqui surge uma complicação, já que, enquanto o aumento do tempo disponível para o lazer atende ao interesse dos trabalhadores e, como tal, é um resultado a esperar da gestão democrática da produção (aliada a uma possível “miopia” que leve a privilegiar o interesse imediato pelo lazer ao interesse mediato pela continuidade da empresa), algo distinto se passa com a prevenção de acidentes. É verdade que, em alguma medida, essa prevenção beneficia os trabalhadores, que podem ser, eles próprios ou seus familiares, as potenciais vítimas dos danos ocasionados pela empresa para a qual trabalham.¹⁷ Além disso, é possível que, em comparação com

do que a que o mercado é capaz de oferecer. Ver MAITLAND, Ian. Rights in the Workplace: A Nozickian Argument. *Journal of Business Ethics*, v. 8, 1989, p. 951-4.

¹⁶ É, ao menos, o que presumo acima. Se a redução da jornada de trabalho e o conseqüente aumento do número de trabalhadores contratados não forem nocivos à eficiência, não há, aparentemente, empecilho a que essa redução se verifique nas empresas capitalistas do EBS.

¹⁷ Como trata de externalidades, a passagem acima não tem em vista os acidentes sofridos pelos trabalhadores no exercício de suas funções. Pode ser, no entanto, que as decisões coletivas dos trabalhadores sejam menos suscetíveis a

os investidores do EBS, os trabalhadores da DE tenham mais consideração com essas potenciais vítimas caso elas vivam próximo ao local da produção e sejam, portanto, suas vizinhas. Feitas essas ressalvas, é preciso, não obstante, reconhecer que parte das externalidades de uma empresa recai sobre terceiros anônimos cujo interesse provavelmente não mereceria maior consideração nas decisões das empresas democraticamente geridas da DE do que nas empresas de gestão subordinada aos interesses dos acionistas do EBS.¹⁸ A conclusão a tirar é que a RC, a exemplo do que ocorre no EBS, tem um papel regulador a cumprir na DE, e que a tendência à objetivação da responsabilidade, importante, como visto, para o combate a externalidades relacionadas ao nível da atividade empresarial, também se mostra congruente com a DE.

E quanto à diferença entre o EBS e a DE no que se refere ao crescimento da empresa? Vimos anteriormente que, na DE, o incentivo a esse crescimento é menor, já que, à medida que requer a contratação de novos trabalhadores, o aumento da produção somente se mostrará vantajoso quando trazer consigo ganhos de escala (SCHWEICKART, 2011, posição 2.595). No EBS, em contrapartida, como os lucros pertencem aos acionistas, a expansão da empresa pode ser atraente ainda quando implique aumentar o número de trabalhadores e não o valor da produção de cada trabalhador individualmente considerado. Em si mesma, entretanto, essa diferença não faz com que o problema das externalidades decorrentes do nível de atividade (em contraste com as que se relacionam ao modo como a atividade é exercida) seja mais brando na DE do que no EBS. O problema que se tem em vista é o das externalidades provocadas pelo nível geral de atividade, e não pelo nível de atividade da empresa *A* ou *B*. Pouco importa, pois, que a produção ocorra em algumas poucas grandes empresas (como é a tendência no EBS) ou em um número consideravelmente maior de pequenas ou médias (a tendência na DE). Se, em ambos os casos, o volume da produção for o mesmo, o risco de externalidades excessivas devido ao nível de atividade será também igual. O que pode, isto sim, amenizar o problema das externalidades na DE é uma redução geral do volume da produção devida à preferência dos trabalhadores por maior tempo disponível para lazer (ou por uma divisão mais equânime do trabalho significativo) com sacrifício da renda e, conseqüentemente, do consumo.¹⁹ Expliquei acima por que a DE facilita a redução da jornada e, portanto, propicia condições para a substituição do consumo por tempo para lazer. É impossível, todavia, determinar

erros decorrentes de informação imperfeita, e que a gestão democrática da empresa acabe, assim, tendo influência sobre a prevenção e a frequência desses acidentes.

¹⁸ Maior atenção aos interesses das potenciais vítimas de acidentes poderia ser esperada de uma gestão controlada não apenas por trabalhadores, mas por eles e outros *stakeholders*. Para uma defesa do direito de participação de outros grupos na tomada de decisões da empresa (muito embora não calcada no problema dos acidentes), ver MORIARTY, Jeffrey. Participation in the Workplace: Are Employees Special? *Journal of Business Ethics*, v. 92, 2010, p. 373-84.

¹⁹ Para um argumento sobre as vantagens da DE no que se refere às externalidades ambientais, ver Schweickart (2012, p. 257-61).

de antemão a medida com que essa substituição de fato ocorreria, o que torna também impossível prever o quanto o problema das externalidades atreladas ao nível de atividade é menor em uma DE.

Outro ponto é o que respeita ao fato de os lucros da empresa pertencerem, na DE, aos trabalhadores. Pode isso fazer alguma diferença no que se refere aos danos causados pela atividade empresarial? Sobre essa questão, é importante ter em vista que danos ou acidentes relacionados à empresa são comumente atribuídos, em parte, a decisões sobre a gestão da empresa e em parte ao comportamento dos trabalhadores no exercício das suas funções. Por exemplo, um acidente de trânsito provocado por um empregado de uma transportadora pode ser em certa medida ocasionado pela imprudência do condutor e em certa medida por uma decisão dos gestores sobre os prazos de entrega a observar. Pois bem, quanto àquilo em que as externalidades podem ser atribuídas a decisões sobre a gestão, valem as observações feitas anteriormente. Na DE, as empresas também se sujeitam à competição e, por causa disso, não se deve esperar que as decisões de gestores responsáveis perante os trabalhadores sejam substancialmente diferentes das tomadas em circunstâncias análogas no EBS, a não ser, provavelmente, no que toca aos interesses dos trabalhadores mesmos. É possível, ainda, que as decisões empresariais na DE demonstrem maior consideração para com potenciais vítimas de acidentes que estejam próximo ao local da produção, e isso, novamente, tendo em vista o fato de essas decisões estarem subordinadas aos interesses dos trabalhadores (e não de investidores distantes).

Observações menos otimistas se aplicam àquilo em que os danos da atividade empresarial podem ser atribuídos ao modo como cada trabalhador exerce suas funções. Tanto quanto os do EBS, os trabalhadores das empresas cooperativas da DE podem ser tentados a executar suas funções de maneira menos árdua para si e, ao mesmo tempo, mais descuidada e propensa a resultar em acidentes. Além disso, sempre que a precaução trouxer consigo um aumento de custos, os trabalhadores da DE têm um incentivo óbvio para abrir mão dela. É verdade que os trabalhadores da DE podem ser motivados a prevenir acidentes cujas potenciais vítimas sejam eles próprios, seus familiares ou vizinhos. Isso, entretanto (naquilo, repare, em que o risco de acidente se relaciona ao comportamento dos trabalhadores em si mesmo, e não a decisões de gestões às quais eles estão subordinados), é tão verdadeiro para a DE quanto para o EBS.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, procurei demonstrar que a tendência à objetivação da responsabilidade civil (RC) verificada no Brasil é adequada às características do Estado de bem-estar (EBS). A RC é parte

de um arsenal regulatório destinado à correção de falhas de mercado. A objetivação faz com que a RC sirva para o controle do nível de atividade, algo particularmente importante no caso do EBS devido ao incentivo à expansão da atividade empresarial.

Argumentei, também, que uma RC adequada a um tipo de regime institucional alternativo ao EBS, a democracia econômica (DE), não é substancialmente distinta. Ao instituir a gestão democrática (segundo a regra “uma pessoa, um voto”) da empresa pelos trabalhadores, a DE ajuda a superar problemas de ação coletiva próprios do EBS, atendendo a certos interesses dos trabalhadores, como a redução da jornada de trabalho e uma melhor distribuição do trabalho significativo. As características da DE que levam à superação dos referidos problemas, contudo, não possuem, ao menos diretamente, qualquer efeito sobre as externalidades da atividade empresarial, salvo no caso em que a redução dessas externalidades seja de interesse dos trabalhadores – por exemplo, quando eles próprios, seus familiares e vizinhos estiverem entre as potenciais vítimas dessas externalidades. O problema dos acidentes ou danos relacionados à atividade empresarial só se ameniza sob a DE à medida que as preferências dos trabalhadores pela redução da jornada de trabalho (ou por uma divisão mais equânime do trabalho significativo) em detrimento da renda tragam consigo uma redução do consumo e, em consequência, do volume total da produção.

O trabalho também ilustrou um método de abordagem de problemas de direito civil à luz da justiça. Em vez de aplicar princípios de justiça diretamente à solução desses problemas, é possível tentar definir, primeiro, qual tipo de regime institucional é mais propenso à realização da justiça, para, após, inquirir sobre o regramento de direito civil mais congruente com esse regime. O resultado, como se percebe com base nas considerações feitas acima, pode ser substancialmente diverso do de uma aplicação direta. A DE é um tipo de regime institucional com efeitos alegadamente muito mais igualitários do que o EBS²⁰. Esses efeitos, entretanto, não dependem de regras de RC com viés favorável aos cidadãos em desvantagem, tais quais as defendidas em trabalhos recentes como os de Keren-Paz (2007) e Logue e Avraham (2002). Pode-se pensar, em outras palavras, em uma RC igualitária, pois congruente com um regime institucional mais propenso à realização da igualdade, cujas regras não estejam, todavia, atreladas a algum objetivo distributivo particular.

²⁰ Se a DE é, de fato, um tipo de regime institucional mais conforme a uma concepção igualitária de justiça como a de Rawls, é questão com a qual não me ocupei aqui. Para argumentos em favor da DE como o regime mais consentâneo com a justiça de Rawls (mais até do que a democracia de cidadãos proprietários), ver Schweickart (2012). Para uma defesa do EBS contra regimes alternativos alegadamente mais igualitários, ver Vallier (2014).

REFERÊNCIAS

- ARNESON, Richard J. Meaningful Work and Market Socialism. *Ethics*, v. 97, n. 3, 1987, p. 517-45.
- FREEMAN, Samuel. Property-Owning Democracy and the Difference Principle. *Analyse & Kritik*, n. 01/2013, 2013, p. 9-36.
- KEREN-PAZ, Tsachi. *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2007.
- KRAAKMAN, Reinier H. Vicarious and Corporate Civil Liability. In: FAURE, Michael (Org.). *Tort Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 134-49.
- LOGUE, Kyle; AVRAHAM, Ronen. Redistributing Optimally: Of Tax Rules, Legal Rules, and Insurance. *Tax Law Review*, v. 56, n. 2, 2002, p. 157-258.
- MAITLAND, Ian. Rights in the Workplace: A Nozickian Argument. *Journal of Business Ethics*, v. 8, 1989, p. 951-4.
- MALLESON, Tom. Economic Democracy: The Left's Big Idea for the Twenty-First Century? *New Political Science*, v. 35, n. 1, 2013, p. 84-108.
- MORIARTY, Jeffrey. Participation in the Workplace: Are Employees Special? *Journal of Business Ethics*, v. 92, 2010, p. 373-84.
- O'NEILL, Martin; WILLIAMSON, Thad (Org.). *Property-Owning Democracy: Rawls and Beyond*. Edição Google Play. Malden: Blackwell, 2012.
- POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive Damages: An Economic Analysis. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 4, 1998, p. 869-962.
- RAWLS, John. *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge: Belknap Press, 2001.
- SCHWEICKART, David. *After Capitalism*. 2. ed. (Edição Kindle). Lanham: Rowman & Littlefield, 2011.
- _____. Property-Owning Democracy or Economic Democracy? In: O'NEILL, Martin; WILLIAMSON, Thad (Org.). *Property-Owning Democracy: Rawls and Beyond* (Edição Google Play). Malden: Blackwell, 2012, cap. 10.
- SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.
- VALLIER, Kevin. A Moral and Economic Critique of the New Property-Owning Democrats: On Behalf of a Rawlsian Welfare State. *Philosophical Studies*, v. 172, ed. 2, 2014, p. 283-304.

TORT LAW, JUSTICE AND INSTITUTIONAL REGIME: A COMPARISON BETWEEN THE WELFARE STATE AND ECONOMIC DEMOCRACY

ABSTRACT: The paper distinguishes two types of institutional regime, welfare state and economic democracy, and attempts to determine which tort rules are most suited to each one of them. It argues in favor of two central claims, namely, that a tendency for the adoption of strict liability rules in Brazilian law coheres with welfare state's capitalist way of production, and that strict liability rules are also required by economic democracy, a kind of institutional regime in which the problem of externalities, though probably minored, still exists. In so doing, the paper also illustrates a ("indirect") way of examining issues of private law through the lens of justice, which consists in first electing the type of institutional regime most prone to the realization of the principles of justice and inquiring thereafter about which rules of private law are fitted for that regime.

KEYWORDS: Economic democracy. Externalities. Justice. Tort law. Welfare state.

Recebido: 7 de outubro de 2014

Aprovado: 25 de fevereiro de 2015