

É O DIREITO DE DANOS UMA PRÁTICA DE JUSTIÇA CORRETIVA?

IS TORT LAW A PRACTICE OF CORRECTIVE JUSTICE?

CARLOS LIBARDO BERNAL PULIDO

Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Doutor em Filosofia pela Universidad de la Florida. Master em Filosofia pela Universidad de la Florida. Professor Associado da *Macquarie Law School*, Sydney, Austrália.

carlos.bernal-pulido@mq.edu.au

Recebido em: 13.02.2015

Aprovado em: 02.03.2015

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: Neste artigo, explorarei se a tese de Jules Coleman, segundo a qual o direito de danos é uma prática de justiça corretiva, pode ser considerada uma explicação apropriada da natureza do direito de danos. Defenderei que isso é possível, porém somente se forem introduzidas algumas modificações à proposta feita por Coleman. Este artigo se desenvolverá em três partes. Na primeira parte, apresentarei brevemente a postura de Coleman. Adicionalmente, mostrarei que a tese da justiça corretiva é ambígua e sugerirei uma solução para tal ambiguidade. A solução consiste em diferenciar entre três explicações do direito de danos como prática de justiça corretiva: a local, a conceitual e a normativa. À continuação, argumentarei que a explicação conceitual pode ser entendida como a base para uma teoria geral da natureza do direito de danos. Na segunda parte, sugerirei diversas modificações à proposta de Coleman acerca da estrutura normativa do direito de danos e da metodologia adequada para analisar tal estrutura. Finalmente, na parte terceira, proporei uma explicação sobre a, assim chamada por Coleman, justificacão fundamental para o direito de danos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de danos – Justiça corretiva – Prática jurídica – Justificacão fundamental do direito de danos – Estrutura normativa do direito de danos.

ABSTRACT: In this paper, I will explore whether the view by Jules Coleman that tort law is a practice of corrective justice can be considered an appropriate explanation of the nature of tort law. I will argue that this may be possible, if some modifications are made to Coleman's account. This article will proceed in three parts. In part one, I will briefly introduce Coleman's view. I will also show that the corrective justice thesis is ambiguous, and I will suggest a disambiguation of it into three different claims: the parochial, conceptual and normative. Finally, I will explain how the conceptual claim can be understood as a basis for a general theory of the nature of torts. In part two, I will suggest several modifications to Coleman's account of the normative structure of tort law and the appropriate methodology to account for it. I argue that, as a conceptual claim, the corrective justice thesis is, at the same time, under- and over-inclusive, and suggests a way out from these problems. Finally, in part three, I will propose an account of the foundational justification for tort law. It is based on the idea that the reason for creating and maintaining a social practice of tort law is compensating for the deficiencies of moral responsibility with regard to solving the problem of redressing the harm caused by human agency.

KEYWORDS: Tort law – Corrective justice – Practice of law – Fundamental justification of tort law – Normative structure of tort law.

SUMÁRIO: Introdução – I. Coleman e a natureza do direito de danos: 1. A postura original; 2. A solução para a ambiguidade da tese da justiça corretiva – II. A justiça corretiva na estrutura normativa do direito de danos: 1. O exame da tese conceitual na relação com o sistema de danos do direito continental europeu; 2. Infrainclusividade da tese conceitual; 3. A sobreinclusividade da tese conceitual – III. A justificação fundamental do direito de danos – IV. Conclusão – V. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Este^{NT-1} artigo¹ pretende discutir a natureza do direito de danos, a partir da tese de Jules Coleman acerca do direito de danos como prática de justiça corretiva, um dos mais importantes estudos a respeito do tema na contemporaneidade.

Por seu detalhamento, a tese pode constituir uma base para uma teoria geral da natureza do direito de danos, desde que superada a ambiguidade de seus argumentos no que tange à estrutura normativa proposta para o direito de danos e à metodologia utilizada para analisar tal estrutura, o que passamos a discutir a seguir.

I. COLEMAN E A NATUREZA DO DIREITO DE DANOS

1. *A postura original*

Na terceira parte de *Riesgos y daños*,² Jules Coleman apresenta uma das mais detalhadas e influentes propostas teóricas sobre a prática do direito de danos. Essa postura pode ser denominada como a proposta original, a qual pode ser caracterizada como interpretativa, local, instrumentalista e predominantemente moralista. Desde o ponto de vista metodológico, é interpretativa em um sentido dworkiniano. Seu propósito é iluminar a prática do direito de danos mediante a explicação de como convergem seus elementos e como pode esta chegar a ser a melhor prática possível. É local no sentido de que o objeto de estudo da proposta é a prática de direito de danos do mundo anglo-saxão – “nossa atual prática de responsabilidade extracontratual”,³

NT1. *Nota do Tradutor*: No Brasil, a expressão majoritariamente utilizada na doutrina para o estudo das reparações decorrentes de danos originados de atos ilícitos é “responsabilidade civil”, manteve-se, sem embargo, a expressão “direito de danos” nesta tradução, pois esta, com sentido mais amplo, vem sendo utilizada, em diversos países, nos estudos doutrinários desse campo que abordam as novas tendências a respeito da matéria (nota do tradutor 1).

1. Traduzido por Graça Maria Borges de Freitas, Juíza do Trabalho em Minas Gerais – Brasil, Mestre em Direito Constitucional pela UFMG, Doutoranda em Direito pela Universidad Externado de Colombia, em cotutela com a UFMG.
2. COLEMAN, J. L. *Risks and wrongs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. Todas as citações correspondem à tradução do espanhol de PAPAYANNIS, D. M. *Riesgos y danos*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2010.
3. COLEMAN, J. L. *Risks and wrongs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 205.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. É o direito de danos uma prática de justiça corretiva? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 249-266. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

segundo Coleman. A proposta original não busca explicar a natureza do direito de danos, em um sentido conceitual, mediante a criação de um conjunto de elementos essenciais que qualquer prática do direito de danos deva ter, com vistas a obter essa qualificação, sem consideração de sua localização temporal ou espacial. A proposta essencial é a seguinte: “[Em]o núcleo da responsabilidade extracontratual [do sistema anglo-saxão] se encontra a prática que consiste em responsabilizar as pessoas pelas perdas injustas que sua conduta ocasionou”.⁴ Permitam-me referir-me a esta como a proposta essencial. Finalmente, é instrumentalista e predominantemente moralista porque assenta suas bases sobre a crença de que o direito de danos é um instrumento desenhado para perseguir, junto com outros fins econômicos, um objetivo moral que determina sua estrutura. O fim moral consiste em satisfazer as demandas da justiça corretiva.⁵

Uma concepção mista de justiça corretiva é o elemento central da proposta de Coleman. Esse princípio é o que a conecta aos demais elementos do direito de danos. A proposta essencial parte da existência de um demandante e um demandado. O demandante sofre um dano antijurídico causado pela ação do demandado. Por essa razão, deve ser indenizado por este último. Correlativamente, o demandado deve ser obrigado a indenizar o dano antijurídico sofrido pelo demandante. Essa situação implica a existência do princípio de justiça corretiva. De acordo com esse princípio, “um indivíduo tem o dever de reparar o dano antijurídico^{NT2} que causou com sua conduta”.⁶ Esse princípio cria dois conjuntos de deveres: um dever de primeira ordem (o dever de não causar danos a ninguém) e um dever de segunda ordem (o dever de reparar os danos causados). Se uma pessoa viola o dever de primeira ordem de não causar dano a ninguém, e provoca um dano antijurídico ao demandante, então emerge o dever de segunda ordem, quer dizer, o de reparar os danos antijurídicos causados.⁷

4. Idem, p. 206.

5. Idem, ibidem.

NT2. *Nota do Tradutor*: Em virtude do previsto no art. 927, *caput* e parágrafo único, do CC brasileiro, a expressão equivalente a “dano antijurídico” seria “dano”, decorrente da prática de “ato ilícito” (conceituado nos arts. 186 e 187 do mesmo Código) ou assegurado por alguma regra de responsabilidade objetiva. A doutrina utiliza a expressão “dano indenizável” referindo-se ao dano decorrente da prática de ato ilícito (ou amparado por regras de responsabilidade objetiva) em relação ao qual não haja nenhuma causa excludente de responsabilidade. No presente texto, optou-se por manter a expressão original do autor, que é específica do direito colombiano, acrescentando-se esta nota aclaratória. Agradeço ao Prof. Otavio Luiz Rodrigues Jr. pelas sugestões relativas ao conteúdo desta nota (nota do tradutor 2).

6. COLEMAN, J. L. *Risks and wrongs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 328-330. Ver também COLEMAN, J. L.; MENDLOW, G. *Theories of tort law*. Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2010. Disponível em: [<http://plato.stanford.edu/entries/tort-theories/>]. Acesso em: 15.04.2012.

7. COLEMAN, J. L. *Risks and wrongs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 322-323.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. É o direito de danos uma prática de justiça corretiva? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 249-266. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

2. A solução para a ambiguidade da tese da justiça corretiva

A proposta original foi modificada em diversos aspectos desde sua publicação em *Riesgos y daños*. As principais modificações se encontram no “Epílogo” (que acompanha a tradução ao espanhol, de Diego Papayannis, e publicada no ano 2010) e em *The normative structure of tort law*,⁸ um artigo escrito por Coleman junto com Gabe Mendlow. Esse artigo desenvolve algumas das novas ideias que Coleman propõe no “Epílogo”. Essas mudanças geram algumas tensões internas à teoria de Coleman sobre o direito de danos e, até certo ponto, criam uma teoria diferente. Essa nova teoria será denominada como a proposta atual.

Nessa seção me concentrarei em um assunto de interpretação, a saber, se a proposta atual de Coleman ainda pretende ser uma teoria local da prática do direito de danos do sistema anglo-saxão, ou se agora busca ser uma teoria geral acerca da natureza do direito de danos. Em *The practice of principle*, Coleman sustenta que sua proposta é conceitual.⁹ Em *The normative structure of tort law* suas ambições parecem seguir a mesma direção. O seguinte enunciado assim o confirma: “um direito de danos justo é uma prática de justiça corretiva”.¹⁰

Permitam-me denominá-la como a tese da justiça corretiva. A tese da justiça corretiva é ambígua porque faz referência a três objetos possíveis. É possível solucionar essa ambiguidade mediante a distinção entre três teses: a local, a conceitual e a normativa. De acordo com a tese local, o direito de danos anglo-saxão é uma prática de justiça corretiva. A tese conceitual sustenta que só as práticas da justiça corretiva podem ser denominadas apropriadamente sistemas de direito de danos. Finalmente, a tese normativa sustenta que qualquer prática do direito de danos deve pretender a satisfação das demandas da justiça corretiva com vistas a ser um sistema de direito de danos justo. As teses local e conceitual têm uma natureza ontológica. Elas se propõem a explicar a realidade social da prática do direito de danos. A tese local pretende explicar a realidade do direito de danos no contexto anglo-saxão, enquanto que a

8. COLEMAN, J. L.; MENDLOW, G. *The normative structure of tort law*, 2012. Disponível em: [www.law.upenn.edu/academics/institutes/ilp/2009papers/ColemanPennWorkshopDraft.pdf]. Acesso em: 15.04.2012. Daqui em diante, abreviada como *TNSoTL*.

9. COLEMAN, J. L. *The practice of principle*. Oxford: Oxford University Press, 2001 (daqui em diante, abreviada como PoP).

10. Apesar da diferença entre a natureza local da proposta em *Riesgos y daños* e a natureza mais conceitual e geral da mesma em *PoP* e *TNSoTL*, Coleman sustenta, em seu último artigo, que sua proposta foi constante ao longo dos anos: “Uma característica do meu trabalho que permaneceu constante ao passar dos anos é a postura segundo a qual um direito de danos justo é uma prática da justiça corretiva. Isso significa, em parte, que o direito de danos especifica parcialmente o conteúdo da justiça corretiva. Compreender um sistema justo de direito de danos é, em parte, compreender a natureza da justiça corretiva”.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. É o direito de danos uma prática de justiça corretiva? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 249-266. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

tese conceitual busca explicar a realidade social do direito de danos em todo tempo e lugar. A postura normativa não tem esse caráter ontológico.

Existe suficiente evidência de que a proposta de Coleman em *Riesgos y daños* se concentra na defesa das teses local e normativa. Em contraposição, a proposta atual implica adotar as teses conceitual e normativa. Sem embargo, nas duas teses existe uma tensão entre a natureza ontológica e a normativa que Coleman atribui, ao mesmo tempo, ao princípio de justiça corretiva. Essa tensão reduz a clareza conceitual. Na proposta original não fica claro se a justiça corretiva é uma característica existente no sistema jurídico anglo-saxão ou se é uma propriedade normativa que a prática do direito de danos em tal contexto deveria ter, com vistas a ser um direito justo. Coleman parece inclinar-se mais a considerar a justiça corretiva como um fim. Sustenta que a justiça corretiva é um conjunto de exigências cuja satisfação constitui o próprio fim do direito de danos.¹¹ Essa tendência poderia atribuir um peso maior à tese normativa.

Na proposta atual não fica claro se a justiça corretiva é uma propriedade necessária de todo sistema de direito de danos ou se é um ideal que todo sistema de direito de danos deve perseguir. Em *Practice of principle* Coleman parece considerar a justiça corretiva como uma propriedade do direito de danos. Coleman aceita o ponto de vista segundo o qual a natureza do direito de danos radica em ser uma prática cuja *differentia specifica* é a incorporação em si mesma do princípio de justiça corretiva. A esse respeito, a justiça corretiva não é um fim ou um ideal que deva ser alcançado, senão um princípio já incorporado à prática do direito de danos.¹² Se usarmos a metodologia filosófica da explicação mediante a incorporação, diríamos que Coleman sustenta a seguinte tese conceitual: “a justiça corretiva pode prover uma explicação acerca do que é o direito de danos”.¹³ Dessa maneira, a tese conceitual assinalaria que o direito de danos é uma prática segundo a qual “os indivíduos que são responsáveis por causar danos antijurídicos a outros têm o dever de repará-los”.¹⁴ Essa é a essência dessa prática. A essência não é uma norma que deva ser obedecida, um ideal a alcançar, senão algo que existe de maneira prévia.

A tese conceitual está em tensão com a natureza instrumental da proposta original. Por isso, na proposta atual Coleman se afasta do instrumentalismo.¹⁵ A prática do direito de danos não seria já um instrumento para a satisfação das exigências do

11. COLEMAN, J. L. *Risks and wrongs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 216.

12. COLEMAN, J. L. *The practice of principle*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 8 e 14.

13. Idem, p. 14.

14. Idem, p. 15.

15. Coleman explicitamente reconhece sua separação do instrumentalismo no *Epilogo*.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. É o direito de danos uma prática de justiça corretiva? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 249-266. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

princípio de justiça corretiva, senão uma prática que incorpora, expressa ou reflete esse princípio.¹⁶

De forma consistente com a proposta atual, Coleman introduz (pela primeira vez no “Epílogo”) e desenvolve (logo, em *The normative structure of tort law*) a diferença entre a estrutura normativa e a justificação fundamental do direito de danos. Enquanto que a justificação fundamental do direito de danos é um conjunto de “boas razões para a criação e sustentação” da prática,¹⁷ a estrutura normativa se refere a suas características normativas predominantes.¹⁸ Coleman ainda não explicou sua visão acerca da justificação fundamental do direito de danos. Essa lacuna reduz clareza à sua proposta atual. As práticas são conjuntos de ações intencionais individuais e coletivas que se entrelaçam. Como tais, sua estrutura depende do fim que os participantes pretendam alcançar por meio da prática. Por exemplo, a estrutura da prática de impressão e utilização de moeda de curso legal não pode ser entendida com independência da intenção perseguida pelos participantes de criar um meio para facilitar o intercâmbio mercantil. Esses fins motivam a aceitação coletiva da atribuição do *status* e a função de moeda aos pedaços de papel ou de metal que hoje chamamos bilhetes ou moedas. No entanto, no que tange à estrutura normativa, segundo Coleman, as características normativas predominantes da prática do direito de danos são as regras primárias e secundárias e as relações jurídicas que existem entre os participantes da prática.¹⁹ Essas relações jurídicas são o dever de não causar dano e o dever de reparar. Para Coleman, o princípio de justiça corretiva racionaliza essas características. Por essa razão, é um princípio incorporado à estrutura do direito de danos.

A defesa, por parte de Coleman, da tese segundo a qual a justiça corretiva é uma característica ontológica e conceitual da prática do direito de danos, se encontra em tensão com a ideia de que a justiça corretiva é uma norma,²⁰ quer dizer, um critério que serve para a avaliação de estados de fato e de acordos institucionais, e um guia de conduta que gera razões para a ação. Essa ideia não é consistente nem com a tese local, nem com a tese conceitual. A justiça corretiva é uma descrição de uma propriedade que existe no sistema anglo-saxão do direito de danos e/ou uma propriedade que nenhum sistema de direito de danos poderia deixar de ter para ser tal, ou é uma norma que estabelece um ideal para avaliar se os sistemas atuais de direito de danos

16. COLEMAN, J. L.; MENDLOW, G. *The normative structure of tort law*, 2012. Disponível em: [www.law.upenn.edu/academics/institutes/ilp/2009papers/COLEMANPennWorkshopDraft.pdf]. Acesso em: 15.04.2012.

17. Idem, *ibidem*.

18. Idem, *ibidem*.

19. Em termos hohfeldianos: deveres/direitos e poderes/responsabilidades.

20. COLEMAN, J. L.; MENDLOW, G. *The normative structure of tort law*, 2012. Disponível em: [www.law.upenn.edu/academics/institutes/ilp/2009papers/COLEMANPennWorkshopDraft.pdf]. Acesso em: 15.04.2012.

(inclusive o anglo-saxão) são justos ou injustos. Ou a justiça corretiva é algo que já existe juridicamente, algo que já é, ou algo que juridicamente *deveria ser*, a menos que se aceite a ideia implausível, dito seja, de passagem, segundo a qual todos os sistemas de direito de danos já são tal como deveriam ser.

Nas seções seguintes, argumentarei que a tese conceitual (com algumas modificações) é correta, e que é uma base sólida para uma teoria sobre a natureza do direito de danos. Sem embargo, dado que a tese conceitual e a normativa não podem ser defendidas simultaneamente, nem a justiça corretiva pode ser considerada como uma norma e nem pode ser parte da justificação fundamental do direito de danos. Como tese conceitual, a tese da justiça corretiva expressa a estrutura normativa do direito de danos, porém não sua justificação fundamental. Para preencher esse vazio, sugeri uma justificação fundamental para o direito de danos, que é independente da justiça corretiva.

II. A JUSTIÇA CORRETIVA NA ESTRUTURA NORMATIVA DO DIREITO DE DANOS

1. *O exame da tese conceitual na relação com o sistema de danos do direito continental europeu*

Permitam-me primeiro referir-me à pergunta de se a tese conceitual pode ser considerada como a base para uma teoria geral adequada acerca da natureza do direito de danos. Essa tese parte do pressuposto de que um sistema de direito de danos incorpora sempre a justiça corretiva ou, em outras palavras, que só pode ser denominado sistema de direito de danos àquelas práticas nas quais os indivíduos têm o dever de reparar os danos antijurídicos causados por suas condutas.

Um experimento apropriado para determinar se a tese conceitual é correta parte de fazer-se a seguinte pergunta: até que ponto a tese da justiça corretiva resulta explicativa da prática do direito de danos nos sistemas de direito continental europeu? Nessas jurisdições a existência do dano é uma *conditio sine qua non* do êxito de qualquer ação judicial em matéria de direito de danos. Por conseguinte, não é desarrazoado pensar que o princípio de justiça corretiva de Coleman pode oferecer uma explicação da natureza dos danos não só para as jurisdições do *common law*, senão também para as de direito continental. As jurisdições do direito continental receberam uma forte influência da *lex aquilia* do direito romano. Essa lei limitava o âmbito do direito de danos à compensação dos danos antijurídicos: *danum iniuria datum*. Essa limitação do alcance do direito de danos é uma propriedade que se mantém nos sistemas jurídicos continentais. É também uma verdade inquestionável.

Esse experimento sugere que a tese da justiça corretiva, como tese conceitual, é um candidato perfeito de base para a teoria geral acerca da natureza do direito de danos. Não obstante, como à continuação se mostra, a tese conceitual é, ao mesmo tempo, infrainclusiva e sobreinclusiva. Por isso, necessita de alguns ajustes.

PUIDO, Carlos Libardo Bernal. É o direito de danos uma prática de justiça corretiva? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 249-266. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

2. *Infrainclusividade da tese conceitual*

À continuação, primeiro, explicarei a infrainclusividade da tese conceitual. Começarei com algumas considerações metodológicas.

Coleman acerta ao escolher uma metodologia de análise conceitual com o fim de ilustrar a natureza do direito de danos mediante a tese da justiça corretiva. Os conceitos medeiam entre o pensamento e a linguagem, por um lado, e as entidades do mundo, por outro. Os conceitos são elementos comuns a diversos conteúdos de pensamento que nos ajudam a entender os objetos de tais pensamentos. Dessa maneira, uma análise dos conceitos que usamos no direito de danos (responsabilidade, causalidade, dever, dano, afetação, prejuízo, previsibilidade, compensação etc.) é o método apropriado para determinar que propriedades essenciais possuem a entidade que denominamos direito de danos (que se compõe de tais conceitos) e que entidades é correto denominar direito de danos. Isso se consegue depois de compreender como se desdobra o conceito de direito de danos a partir da compreensão que dele temos.

Coleman acerta quando sustenta que a forma apropriada de levar a cabo essa análise conceitual é mediante uma perspectiva reconstrutiva que racionalize “as ações dos participantes em termos das normas que conformam a prática [do direito de danos] e a razão pela qual surgem tais ações”.²¹ As práticas sociais são conjuntos de ações coletivas intencionais recorrentes.²² Porém, o que são as ações coletivas intencionais? Apesar da diversidade de teorias acerca do conceito de ação intencional coletiva,²³ há pelo menos duas condições necessárias que são comuns às teorias mais emblemáticas:²⁴ (1) a ação deve ser levada a cabo por distintos agentes individuais que atuam conjuntamente, como um grupo, e (2) os agentes individuais que atuam conjuntamente devem atuar de acordo com, e em razão de, algumas cointenções. As cointenções são intenções com um conteúdo especial. Seu conteúdo implica que um grupo leva a cabo a ação relevante mediante a realização de ações individuais apropriadas por parte de seus membros. Adicionalmente, os agentes individuais que atuam conjuntamente, em geral, compartilham um conhecimento apropriado acerca da realização da ação do grupo e das cointenções de seus membros. A aceitação das regras de negligência ou a expedição de legislação em matéria de responsabilidade

21. COLEMAN, J. L.; MENDLOW, G. *The normative structure of tort law*, 2012. Disponível em: [www.law.upenn.edu/academics/institutes/ilp/2009papers/COLEMANPennWorkshopDraft.pdf]. Acesso em: 15.04.2012.

22. Sobre esse conceito de prática social, ver TUOMELA, R. *The philosophy of social practices: a collective acceptance view*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 3.

23. Para um resumo e uma avaliação dessas propostas, ver LUDWIG, K. *Understanding collective action* (Manuscrito inédito), 2012.

24. Sobre esses elementos e sua relevância com relação à natureza do direito, ver: SANCHEZ BRÍGIDO, R. *Collective intentional activities and the law*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 29 (2), p. 305-306, 2009.

civil ou a publicação de uma sentença por parte de um tribunal são ações coletivas intencionais que pertencem à prática do Direito de Danos.

Naturalmente, uma análise da prática do direito de danos não pode pretender enumerar o conjunto de todas as ações coletivas intencionais que constituem dita prática. Tal como Coleman assinalou, a melhor estratégia para analisar dita prática só exige uma reconstrução desta em termos de sua estrutura normativa. Essa estrutura está relacionada com as regras e as relações jurídicas que aceitem os participantes que compartilham o ponto de vista interno (no sentido de H. L. A. Hart). Isso se refere às regras às quais se aplicam as seguintes propriedades: (1) que o afastar-se delas origine críticas e a imposição de sanções e, como consequência, leve os membros do grupo social a exercer pressão para que as condutas de todos os indivíduos estejam em conformidade às regras; (2) que a crítica relativa à desobediência das regras e a imposição de sanções a ela associada esteja reconhecida como legítima, justificada ou que responda a boas razões; e (3) que os agentes “têm que ver na conduta de que se trate uma pauta o critério geral de comportamento a ser seguido pelo grupo como um todo” (o chamado aspecto “interno” das regras).²⁵

Entendido desde este ponto de vista, o princípio de justiça corretiva é uma regra jurídica existente que prescreve que os agentes têm o dever de não causar dano a outros e que, se um agente causa a outro um dano antijurídico, deve ser declarado responsável por indenizar e reparar à vítima. A validade jurídica dessa regra é uma propriedade necessária de qualquer sistema de direito de danos. No marco de uma teoria do direito de índole hartiana, se entende como juridicamente válida porque é socialmente aceita pelos funcionários públicos. Estes últimos consideram esse princípio como um padrão que deve ser seguido por todos os participantes na prática. O apartar-se desse princípio dá lugar à crítica e a imposição de sanções, e uma reação semelhante é considerada como legítima.

Tudo isso é verdadeiro. Não obstante, justo nesse ponto a perspectiva de Coleman é infrainclusiva. A reconstrução da prática do direito de danos como uma aplicação do princípio de justiça corretiva, que estabelece o dever de não causar dano e de reparar, restringe indevidamente o grupo de participantes na prática. Ela só tem em conta as pessoas que, de forma potencial ou atual, se veem envolvidas em um processo judicial por responsabilidade e os funcionários públicos que são competentes para decidir entre demandados e demandantes. Essa postura deixa de lado outros participantes que são também relevantes na prática e outras características normativas proeminentes que pertencem ao direito de danos e que fazem dele uma prática mais complexa.

Os procedimentos jurisdicionais são, sem lugar a dúvidas, uma parte essencial na prática do direito de danos. Nesses procedimentos, um grupo de agentes (dos quais os mais relevantes são os juízes) aceita a validade do princípio de justiça corretiva e

25. HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1994. Citado pela tradução ao espanhol de CARRIÓ, G. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961. p. 71.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. É o direito de danos uma prática de justiça corretiva? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 249-266. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

dos deveres de não causar dano e de reparar. Os juízes decidem os casos de acordo com os padrões que esse princípio estabelece. Eles têm em conta as relações concretas entre os demandantes e os demandados. Sem embargo, a prática da justiça corretiva é só uma parte do direito de danos. Os agentes, cujo rol consiste em prevenir danos, garantir contra danos, regular riscos, regular certos tipos de comportamento potencialmente lesivos, impor danos punitivos e outro tipo de sanções retributivas, são também participantes na prática do direito de danos. Não é possível reduzir os aspectos da prática de direito de danos em que participam todos esses agentes ao princípio de justiça corretiva. Os princípios de justiça distributiva, os princípios de retribuição, de prevenção e de precaução também fazem parte da prática do direito de danos e também determinam suas características normativas.

Não obstante, a tese da justiça corretiva de Coleman é correta desde duas perspectivas. Em primeiro lugar, descreve o núcleo conceitualmente necessário e a característica fundamental de qualquer prática jurídica que mereça a denominação de direito de danos. Nesse sentido, Coleman tem razão no fato de que não pode existir um direito de danos sem a estrutura normativa da justiça corretiva. Em segundo lugar, deve-se aceitar que os princípios de justiça distributiva e justiça retributiva e os princípios de precaução e prevenção pertencem à prática do direito de danos só se se aceita que possuam uma semelhança de família com a estrutura normativa da justiça corretiva.

Sugere-se que a metodologia de Coleman da análise conceitual por incorporação ou implementação²⁶ deve complementar-se com a metodologia wittgensteiniana da semelhança de família, com vistas a alcançar uma compreensão integral da natureza do direito de danos.²⁷ Nesse sentido, a análise deve começar com a aceitação do princípio de justiça corretiva como uma explicação paradigmática da prática do direito de danos. Um segundo passo consiste em aceitar que esse princípio estabelece o dever de não causar danos antijurídicos e o dever de reparar os danos antijurídicos causados. Dessa forma, esses dois elementos podem conectar-se com os princípios de justiça distributiva e justiça retributiva e com os princípios de prevenção e de precaução por meio de uma série de similitudes que formam uma intersecção. O âmbito da justiça distributiva se superpõe com o âmbito da justiça corretiva, porque os dois princípios se encarregam

26. Em *PoP*, COLEMAN explica o método filosófico-jurídico da análise conceitual por incorporação (*embodiment*) (também poderia chamar-se: análise conceitual por implementação). Ao utilizar esse método, pretende-se dar conta da natureza das coisas (sobretudo daquelas que pertencem à realidade social) mediante a explicação dos princípios incorporados em sua estrutura normativa. Nesse sentido, por exemplo, COLEMAN dá conta do direito de danos como uma prática social que incorpora o princípio de justiça corretiva.

27. Sobre essa metodologia no pensamento de Wittgenstein, ver WITTGENSTEIN, L. *Philosophical investigations*. Texto em alemão com uma tradução revisada por ANSCOMBE, G. E. M. Oxford: Blackwell, 2001. p. 65-71. Sobre a semelhança de família e a análise conceitual, ver STRAWSON, P. F. *Individuals. An essay in descriptive metaphysics*. Londres: Methuen, 1959. p. 11.

da atribuição dos custos produzidos pelos danos a certos agentes relevantes. Tanto a justiça retributiva quanto a justiça corretiva institucionalizam o princípio, de acordo com o qual todo agente deve ser responsável por suas ações e deve assumir responsabilidade por suas consequências negativas. Ao igual que a justiça corretiva, o princípio de prevenção se relaciona com o dever de não causar danos antijurídicos em circunstâncias de certeza empírica. Finalmente, o princípio de precaução se relaciona com esse dever no mesmo sentido, ainda que só aluda às circunstâncias em que não se sabe se uma ação tem potencial para causar danos ou gerar riscos.

Em consequência, o núcleo do direito de danos é a prática de aceitar o padrão segundo o qual os indivíduos que causam danos antijurídicos a outros têm a responsabilidade de repará-los. Sem embargo, a prática do direito de danos também se estende a outras características normativas. Existem casos em que os indivíduos resultam responsáveis por reparar certos danos que, em estrito sentido, não causaram. Isso é assim quando da criação de um risco deriva a geração de um dano. Os indivíduos que geraram o risco se veem obrigados a reparar o dano causado porque as vítimas não devem levar a carga das perdas (justiça distributiva). Algumas vezes os indivíduos são responsáveis por pagar indenizações que vão mais além do correspondente à estrita reparação dos danos antijurídicos causados (os chamados danos punitivos), com o fim de retribuir e de dissuadir a outros agentes de levar a cabo comportamentos idênticos ou similares. Finalmente, em certas jurisdições se reconhece às vítimas potenciais a faculdade de iniciar ações judiciais (como o mandado de segurança) com o fim de prevenir a ocorrência de danos antijurídicos previsíveis. Em ocasiões, em certas jurisdições, as vítimas também podem se valer do mandado de segurança para impor aos agentes o dever de tomar precauções com relação aos riscos gerados que possam representar consequências negativas de caráter incerto.

3. *A sobreinclusividade da tese conceitual*

Como tese conceitual, a tese da justiça corretiva é também sobreinclusiva. No direito anglo-saxão, existe uma área fundamental do direito de danos na qual os danos antijurídicos não são conceitualmente necessários. Isso significa que, em princípio, nesse âmbito a tese da justiça corretiva não pode ser uma explicação plausível.

A tese da justiça corretiva é consistente com a visão de Coleman, em sua proposta original, acerca de qual é o âmbito paradigmático do direito de danos. Coleman estrutura sua proposta sobre a assunção de que os casos de negligência são o cenário paradigmático para entender as propriedades essenciais do direito de danos. Uma explicação razoável da prática do litígio nos casos de negligência é que seu objetivo consiste em atribuir ao demandado a responsabilidade de compensar os danos antijurídicos que o demandante haja sofrido.

Sem embargo, parece estranho que, no “Epílogo”, Coleman se incline a aceitar o seguinte: “na medida em que os ilícitos extracontratuais constituem injustos, o caso paradigmático é o do acesso não autorizado à propriedade alheia ou o das lesões,

Puigdo, Carlos Libardo Bernal. É o direito de danos uma prática de justiça corretiva? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 249-266. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

quer dizer, o do ilícito extracontratual intencional”.²⁸ Isso resulta controvertido, dado que, no âmbito dos ilícitos extracontratuais intencionais, pode haver responsabilidade sem dano. Como resultado, esse âmbito não pode ser paradigmático se se assume, ao mesmo tempo, que o princípio de justiça corretiva representa o núcleo do direito de danos. Esse princípio não pode explicar por que, nesse âmbito, é possível que exista responsabilidade ainda quando não exista prova do dano. Essa característica se fez evidente na Austrália, no caso *Plenty v Dillon*.²⁹ Nesse caso, uns oficiais da Polícia ingressaram e permaneceram dentro da propriedade do demandante por um lapso maior que aquele que lhes autorizava a respectiva ordem judicial. Os juízes Gaudron e McHugh, que sustentaram a posição majoritária na Corte Suprema Australiana, concluíram que, apesar de não haver-se apresentado nenhum dano para o demandante ou para sua propriedade como consequência da permanência ilícita dos oficiais de Polícia em sua propriedade, os demandados estavam obrigados a compensar o demandante. Os juízes fundamentaram sua decisão sobre a base de que o propósito da ação instaurada pelo demandante é “proteger o direito exclusivo de uso e ocupação que este tem sobre sua propriedade”.³⁰ Isso também resulta aplicável nos casos de interferências no âmbito pessoal, quer dizer, sempre que se pretenda a proteção dos direitos à integridade corporal e à liberdade física.

Entretanto, poderia discutir-se que essas violações aos direitos sejam em si mesmas danos. Sem embargo, esse não parece ser o ponto de vista de Coleman, ao menos em *Riesgos y daños*, obra na qual concebe as violações dos direitos como meras ações antijurídicas e não como danos.³¹ Nesse sentido, a violação de um direito associada a um dano faz deste um dano antijurídico, porém não é a propriedade que faz que o dano seja um dano. Por essa razão, no âmbito dos ilícitos extracontratuais intencionais, é possível que exista responsabilidade sem dano. Em consequência, o princípio de justiça corretiva não pode explicar sua estrutura normativa.

Sem embargo, esse problema de sobreinclusividade que tem a teoria de Coleman também pode resolver-se por meio da metodologia da semelhança de família. No âmbito dos ilícitos extracontratuais intencionais, não é conceitualmente necessário que o demandante sofra um dano. Apesar disso, suas características são normativamente similares aos danos que se apresentam no âmbito no qual rege o princípio de justiça

28. Ver *Epilogo*, em COLEMAN, J. L. *Risks and wrongs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 462. N.T. O âmbito dos ilícitos extracontratuais intencionais (*intentional torts*) é uma área do direito anglo-saxão de danos que se refere aos ataques à integridade física e moral da pessoa e à sua liberdade. Nesse âmbito, o agente pode resultar responsável só por haver levado a cabo sua conduta, inclusive se ela não deu lugar a um dano.

29. High Court of Australia. *Plenty v Dillon* (1991) 171 CLR 635 FC. 91/004.

30. *Idem*, *ibidem*.

31. COLEMAN, J. L. *Risks and wrongs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 241, 304-307 e 358.

corretiva. Nos dois cenários existe um agente que deve ser declarado responsável pelo quanto com suas ações geraram resultados ilícitos. No cenário da justiça corretiva, se entende que os resultados gerados são danos antijurídicos. No âmbito dos ilícitos extracontratuais intencionais, o que se produzem são afetações ou perturbações sobre o demandante, ou violações de algum de seus direitos.

Por último, existe outro elemento da teoria de Coleman que também é sobreinclusivo, no entanto, essa sobreinclusividade só se pode resolver mediante uma modificação de sua proposta. Em *The normative structure of tort law*, Coleman y Mendlow insistem em que são os danos e não os “prejuízos” ou as “infrações aos direitos” os que caem dentro do âmbito da justiça corretiva quanto a princípio que explica o direito de danos.³² Sem embargo, eles definem o dever primário que surge a partir do princípio de justiça corretiva como um dever de “não causar dano”. Esse dever se viola com a omissão de medidas preventivas apropriadas ou mediante o descuido, quer dizer, mediante a omissão de um cuidado razoável no desenvolvimento das condutas do agente.³³ Esse dever é sobreinclusivo em relação ao princípio de justiça corretiva.

O âmbito das possíveis afetações ao demandante é mais amplo que o âmbito dos danos antijurídicos que o demandado possa causar-lhe. Pode haver afetações que não sejam danos antijurídicos. Dado que esse dever primário é uma parte do princípio de justiça corretiva, deve emendar-se de acordo com o que estabelece a definição desse princípio. Dessa maneira, dito dever primário deve entender-se só como o dever de não causar danos antijurídicos a outros. As afetações ao demandante que não consistam em danos antijurídicos devem ficar por fora do âmbito desse dever.

III. A JUSTIFICAÇÃO FUNDAMENTAL DO DIREITO DE DANOS

Se a justiça corretiva é uma regra cuja aceitação social e validade jurídica é a característica fundamental de todo sistema de direito de danos, então não pode, ao mesmo tempo, ser um fim que o sistema pretenda alcançar. Por essa razão, não pode pertencer à justificação fundamental do direito de danos. Isso parece consistente com a seguinte afirmação de Coleman: “a justiça corretiva é uma explicação da estrutura normativa do direito de danos e não, em princípio, uma razão para sua justificação”. Sem embargo, isso está em tensão com a postura assumida por Coleman, de acordo com a qual “assegurar a justiça corretiva pode ser e é uma parte da justificação fundamental do nosso sistema do direito de danos”.³⁴

32. COLEMAN, J. L.; MENDLOW, G. *The normative structure of tort law*, 2012. Disponível em: [www.law.upenn.edu/academics/institutes/ilp/2009papers/COLEMANPennWorkshopDraft.pdf]. Acesso em: 15.04.2012.

33. Idem, ibidem.

34. Idem, ibidem.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. É o direito de danos uma prática de justiça corretiva? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 249-266. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

Se a justiça corretiva é uma explicação da estrutura normativa do direito de danos, então sua função é predominantemente descritiva. Nesse sentido, a justiça corretiva revela a ontologia do direito de danos, sua essência, o estado atual da prática jurídica ou, nas palavras de Coleman: a “maneira em que uma instituição distribui as relações normativas relevantes”. Essa ideia é consistente com o ponto de vista segundo o qual esse princípio se encontra incorporado na prática jurídica. Não obstante, Coleman entende a justiça corretiva como uma “norma”.³⁵ Nesse sentido, a justiça corretiva tem um caráter normativo. Pode ser um “padrão de avaliação” de uma prática ou das instituições do direito de danos que têm capacidade para fundamentar juízos de valor, ou um “guia de conduta” que provê razões para a ação. A justiça corretiva é, então, ou uma descrição da estrutura atual dos danos ou uma norma que nos ajuda a avaliar dita estrutura ou a orientar os indivíduos. Se este último é verdadeiro, a justiça corretiva deve encontrar-se dentro da justificação fundamental para a prática do direito de danos: a justiça corretiva é algo que deve ou deveria existir. Se, pelo contrário, o certo é que a justiça corretiva é uma descrição da estrutura do direito de danos, então ela é uma explicação da prática. Sua referente é algo que já existe em sentido jurídico.

Nessa seção, queria defender a tese de que a justiça corretiva não pode ser parte de uma justificação fundamental do direito de danos. Ademais, sugeri uma proposta de justificação fundamental para o direito de danos que não inclui o princípio de justiça corretiva e que é consistente com o ponto de vista segundo o qual esse princípio expressa a estrutura normativa do direito de danos.

Suponhamos que existe uma sociedade de cidadãos virtuosos chamada Boa Samaria. Os bons samaritanos conduzem carros, fazem negócios, dirigem empresas e voam em aviões como nós, porém sempre o fazem com sumo cuidado. Sempre respeitam os direitos dos demais cidadãos. Têm um sentido pleno da solidariedade, a honra e a responsabilidade. Nunca causam danos a outras pessoas intencionalmente e, quando o fazem sem intenção, indenizam as vítimas pelos prejuízos sofridos. Os bons samaritanos estão sempre prestes a ajudar os pobres e, em geral, a qualquer que se encontre em necessidade. Em Boa Samaria não existe necessidade de um direito de danos, tampouco existe necessidade da justiça corretiva. Ninguém fala de deveres, direitos, competências ou responsabilidades, senão do satisfatório, que resulta amar ao próximo.

Um dia, sem embargo, uma mulher que estava bebendo uma cerveja encontrou um caracol dentro da garrafa. Isso lhe produziu uma afetação psicológica que durou horas, dias e meses. Teve que pagar muito dinheiro em psicólogos. Nunca pôde voltar ao seu trabalho. Seu marido a deixou e levou consigo tudo o que a família tinha. Quando se viu sem recursos econômicos, a mulher foi buscar o produtor de cerveja e lhe contou sua história. Ela lhe pediu que lhe pagasse os gastos médicos e o que ne-

35. *Idem*, *ibidem*.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. É o direito de danos uma prática de justiça corretiva? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 249-266. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

cessitava para sobreviver. O produtor de cerveja, sem embargo, não pôde crer que um caracol pudesse haver-se colado dentro de uma de suas garrafas de cerveja. Ademais, pensou que, ainda que quando esse fosse o caso, um caracol não tinha o potencial de causar tanto mal. A produção de cerveja em sua fábrica, pensou, não poder ser a causa de nenhum dano a essa boa samaritana. Duvidou sobre a certeza da causa de tal dano e recusou a aceitar a petição de indenização.

Ao ver rechaçada sua petição, a mulher decidiu consultar seu caso com o mais proeminente dos anciãos de Boa Samaria. O ancião pediu-lhe que provasse que em realidade havia um caracol na garrafa de cerveja e que isso havia sido a causa de seu infortúnio. Ela assim o fez. No dia em questão, a mulher havia comprado um *Smartphone* e um amigo havia feito um vídeo no qual aparecia o caracol dentro da garrafa e a reação dela. Também conservava os recibos de pagamento de suas visitas ao médico e as cópias de sua história clínica, a carta de seu empregador, por meio da qual dava por terminado seu contrato laboral, e os documentos do divórcio, nos quais seu marido sustentava que a deixava pela impossibilidade de conviver com sua depressão.

O ancião se comoveu com a história e foi falar com o produtor de cerveja, que aceitou como certos os fatos que a mulher lhe havia contado. Sem embargo, o produtor ainda rechaçava a responsabilidade pelo dano. Ao fim e ao cabo, dizia, ele que não havia posto o caracol dentro da garrafa.

O ancião, então, falou com outros anciãos da cidade, que também sentiram compaixão pela mulher e reprovaram a conduta do produtor de cerveja. Esse é um mau exemplo para os demais bons samaritanos, pensaram. Logo, seu pior pesadelo se fez realidade. Outro empresário ouviu a experiência do produtor de cerveja e decidiu deixar de indenizar os consumidores que reclamavam danos derivados do consumo de seus produtos. Esta se converteu numa prática frequente, sobretudo quando os presumidos implicados tinham dúvidas acerca da verdade da existência de danos, da relação de causalidade entre seus produtos e dos danos alegados, ou se encontravam em uma situação de incapacidade financeira para indenizar a seus demandantes. Criou-se uma situação de colapso no sistema de indenização por danos. O caos começou a governar em Boa Samaria.

Devido a essas circunstâncias, os anciãos de Boa Samaria fizeram uma reunião. Atuaram conjuntamente com um propósito claro.³⁶ Atribuíram competência a certos anciãos para escutar as petições de indenização dos afetados, assim como para exigir deles uma prova dos danos causados e sua relação com as condutas dos demandados. Igualmente, atribuiu-se a esses anciãos poder para declarar responsáveis os demandados quando os demandantes lograssem provar todos esses fatores. Nesse ponto, se havia criado já um sistema de direito de danos.

36. Nessa história é fácil ver a influência da heurística de Scott Shapiro sobre a criação do sistema jurídico. Ver: SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge Mass: Harvard University Press, 2011.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. É o direito de danos uma prática de justiça corretiva? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 249-266. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

Essa historietta de ficção mostra que um sistema de direito de danos é simplesmente um instrumento. Toda sociedade bem organizada, como a de Boa Samaria, deve enfrentar o problema da produção de danos e o problema da imputação da responsabilidade pelos danos causados pela ação humana. Em um mundo de indivíduos virtuosos, cada pessoa é responsável por suas ações e cada dano é indenizado por quem o causou ou pela sociedade como um todo. Em um mundo como esse, a justiça corretiva e o direito de danos não são necessários. Em uma sociedade real, sem embargo, existem algumas deficiências. O direito de danos é um instrumento cujo propósito é a compensação de tais deficiências. A história apresentada ilustra essas deficiências. A primeira é a ausência de certeza em relação ao objeto da reparação. A segunda é a ausência de certeza em relação ao sujeito chamado a levar a cabo tal reparação. A terceira é a ausência de integridade moral dos indivíduos que recusam assumir responsabilidade por suas ações e suas consequências. A quarta é a ausência de recursos para compensar as perdas. A quinta é a ausência de interesse em evitar os danos. Permitam-me referir-me a essas deficiências como as da responsabilidade moral para resolver o problema da reparação dos danos causados pela intervenção humana.

Uma justificação fundamental plausível para o direito de danos é a seguinte: a razão para criar e manter uma prática social de direito de danos estribada na necessidade de compensar as deficiências da responsabilidade moral com relação à solução do problema da reparação dos danos causados pela intervenção humana. O direito de danos e, em particular, o princípio da justiça corretiva compensam a falta de certeza acerca do que deve ser indenizado. O fazem ao precisar que só serão indenizados aqueles danos que sejam antijurídicos. O princípio de justiça corretiva compensa a ausência de certeza acerca de quem deve compensar os danos antijurídicos, mediante a regra segundo a qual os danos antijurídicos devem ser compensados só por quem os haja causado com sua conduta. O fato de que os funcionários públicos têm competência para fazer cumprir essa atribuição de responsabilidade compensa a ausência de integridade moral dos indivíduos que recusam essa responsabilidade em relação a suas próprias ações e as consequências que delas derivem. A atribuição a cada indivíduo do dever jurídico de tomar precauções compensa a falta de cuidado no desenvolvimento das ações próprias para evitar causar danos. Finalmente, elementos derivados dos princípios de justiça distributiva e retributiva, o princípio de prevenção e o princípio de precaução também compensam essas deficiências e a ausência de recursos para reparar os danos antijurídicos. O princípio de justiça distributiva atribui deveres de garantia a agentes cujas condutas sejam arriscadas e possam causar danos, com o fim de garantir a reparação de qualquer dano antijurídico. A justiça distributiva e a justiça retributiva estabelecem sanções de caráter punitivo e imposição de responsabilidades que criam prevenção geral e específica em relação com o desenvolvimento de condutas danosas e com a criação de riscos que conduzem à produção dos danos antijurídicos. Finalmente, os princípios de prevenção e de precaução criam deveres específicos de tomar precauções e conferem às vítimas

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. É o direito de danos uma prática de justiça corretiva? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 249-266. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

potenciais o poder de assegurar que esses deveres serão honrados, inclusive mediante o uso de mandado de segurança e outros tipos de ações judiciais.

IV. CONCLUSÃO

Neste artigo me propus a alcançar quatro objetivos que consegui da seguinte forma. Primeiro, demonstrei a tese de Jules Coleman, segundo a qual o direito de danos é uma prática de justiça corretiva, a qual é ambígua, e sugeri que dita ambiguidade podia ser superada mediante a distinção entre três teses: a local, a conceitual e a normativa. Segundo, defendi que a tese conceitual pode ser compreendida como a base para uma teoria acerca da natureza do direito de danos sempre e quando se lhe introduzam algumas modificações. Terceiro, demonstrei que a tese conceitual é tanto infrainclusiva como sobreinclusiva. É infrainclusiva porque restringe, de maneira indevida, os participantes na prática do direito de danos às pessoas potencial e faticamente envolvidas em um litígio concreto. Deixa de lado outros participantes relevantes na prática, suas ações e outras características normativas relevantes, que fazem parte do direito de danos e fazem deste uma prática mais complexa. Os agentes, cuja função consiste em prevenir os danos, assegurar contra as perdas, regular os riscos, dissuadir as pessoas de levar a cabo certos tipos de comportamento, atribuir danos punitivos e impor outros tipos de sanções retributivas, são também participantes, na prática, do direito de danos. Esses tipos de ações também pertencem à prática do direito de danos. Para solucionar esse problema, me permiti sugerir que os princípios de justiça distributiva e retributiva, o princípio de prevenção e o princípio de precaução também são parte integrante da prática do direito de danos e que explicam algumas de suas características normativas relevantes. Assim mesmo, sugeri o uso da metodologia da semelhança de família para compreender em que consistem ditas características normativas relevantes. Adicionalmente, sustentei que, como proposta conceitual, a tese da justiça corretiva é sobreinclusiva porque inclui a prática que tem lugar no âmbito dos chamados ilícitos extracontratuais intencionais, na qual pode existir responsabilidade sem que exista um dano antijurídico. Ademais, mostrei como a metodologia da semelhança de família também pode ser utilizada para explicar por que esse âmbito pertence ao direito de danos. Finalmente, sugeri uma maneira de compreender a justificação fundamental do direito de danos nos seguintes termos: a razão para criar e manter uma prática social de direito de danos é a compensação das deficiências da responsabilidade moral com respeito à solução do problema da reparação do dano causado pela ação humana.

V. BIBLIOGRAFIA

- COLEMAN, J. L. *Risks and wrongs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. Todas as citações correspondem à tradução ao espanhol de PAPPAYANNIS, D. M. *Riesgos y danos*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2010.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. É o direito de danos uma prática de justiça corretiva? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 2. v. 3. p. 249-266. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

- _____. *The practice of principle*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- _____; MENDLOW, G. *The normative structure of tort law*, 2012. Disponível em: [www.law.upenn.edu/academics/institutes/ilp/2009papers/COLEMANPennWorkshopDraft.pdf]. Acesso em: 15.04.2012.
- _____; _____. Theories of tort law. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010. Disponível em: [http://plato.stanford.edu/entries/tort-theories/]. Acesso em: 15.04.2012.
- HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1994. Citado pela tradução ao espanhol de CARRIÓ, G. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961.
- LUDWIG, K. *Understanding collective action* (Manuscrito inédito), 2012.
- SÁNCHEZ BRÍGIDO, R. Collective intentional activities and the law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 29 (2), 2009.
- STRAWSON, P. F. *Individuals. An essay in descriptive metaphysics*. Londres: Methuen, 1959.
- TUOMELA, R. *The philosophy of social practices: a collective acceptance view*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- WITTGENSTEIN, L. *Philosophical investigations*. Texto em alemão com uma tradução revisada por ANSCOMBE, G. E. M. Oxford: Blackwell, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A proteção constitucional da vida privada e a reparação do dano moral, de Rivanildo Pereira Diniz – *RDC/29/185 (DTR\1999\654)*; e
- Justiça contratual e o instituto da lesão no direito brasileiro, de Tiago Bitencourt de David – *RT913/85 (DTR\2011\4778)*.