

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
<b>I.1. O TEMA E SUA DELIMITAÇÃO</b> .....	9
<b>I.2. JUSTIFICATIVA DO TEMA</b> .....	11
<b>I.3. PRINCIPAIS QUESTÕES A SEREM ABORDADAS E HIPÓTESES DE TRABALHO</b> .....	15
<b>CAPÍTULO 1 – O DEBATE CONTEMPORÂNEO ACERCA DA CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA FUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE? CIVIL</b> .....	16
<b>1.1. ERNEST WEINRIB E O DEBATE CONTEMPORÂNEO</b> .....	16
<b>1.2. AS DIFERENTES TEORIAS CONTEMPORÂNEAS SOBRE O TEMA: RESPONSABILIDADE MORAL (NÃO-UTILITARISMO), JUSTIÇA CORRETIVA E CULPA VERSUS UTILIDADE SOCIAL (UTILITARISMO), JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA</b> 17	
<b>1.3. A FUNDAMENTAÇÃO NORMATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	26
<b>1.3.1. O que significa dizer que a fundamentação é normativa?</b> .....	27
<b>CAPÍTULO 2 – O FORMALISMO JURÍDICO E A FUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	33
<b>2.1. O FORMALISMO WEINRIBIANO E SUAS ESPECIFICIDADES</b> .....	33
<b>2.1.1. O desacordo entre o formalismo weinribiano e a tendência dominante na teoria do direito contemporânea</b> .....	34
<b>2.1.2. Principais características do Formalismo</b> .....	36
2.1.2.1. <i>O método formalista</i> .....	38
<b>2.1.3. A natureza da forma</b> .....	39
2.1.3.1. <i>A relevância da inteligibilidade imanente</i> .....	42
<b>2.1.4. A relação entre forma e conteúdo: como identificar a forma a partir de um determinado conteúdo</b> .....	45
2.1.4.1. <i>A coerência como critério de verdade</i> .....	48
<b>2.1.5. As formas de Justiça</b> .....	52
2.1.5.1. <i>As duas formas de justiça</i> .....	53
<b>2.1.6. A força normativa das formas de justiça</b> .....	57
<b>2.1.7. Qual a relação que há entre a premissa do formalismo e a justiça corretiva?</b> .....	60
<b>2.2. THE IDEA OF PRIVATE LAW (O CONCEITO DE DIREITO PRIVADO) E A FUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA JUSTIÇA CORRETIVA</b> .....	64
<b>2.2.1. A possibilidade de inteligibilidade interna do direito privado</b> .....	66
<b>2.2.2. A fundamentação da responsabilidade civil na justiça corretiva de matriz aristotélica</b> .....	71
<b>2.2.3. O direito kantiano como a força normativa da justiça corretiva</b> .....	77
<b>2.2.4. A correlação (<i>correlativity</i>) entre ganho e perda e suas implicações para a justiça corretiva</b> .....	85
<b>2.2.5. A construção das doutrinas de responsabilidade civil compatíveis com a forma da justiça corretiva</b> .....	89
<b>2.2.6. A responsabilidade objetiva (<i>strict liability</i>) como um caso de doutrina incompatível com a forma da justiça corretiva</b> .....	98
<b>CAPÍTULO 3: AS CRÍTICAS À TEORIA DA FUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DE ERNEST WEINRIB</b> .....	102
<b>3.1. AS CRÍTICAS POSSÍVEIS</b> .....	102
<b>3.2. O EQUÍVOCO NA COMPREENSÃO DA PROPOSTA WEINRIBIANA</b> .....	107
<b>3.3. O FORMALISMO COMO TEORIA DO CONHECIMENTO</b> .....	119
<b>3.3.1. Reapresentação do Formalismo e das Formas da Justiça</b> .....	119
<b>3.3.2. A falsa questão da separação entre a teoria weinribiana e o mundo real</b> 122	

<b>3.3.3. A questão da determinação e indeterminação do formalismo.....</b>	<b>126</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>129</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>140</b>

## INTRODUÇÃO

---

### I.1. O TEMA E SUA DELIMITAÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a fundamentação teórica da responsabilidade civil na justiça corretiva segundo a concepção de Ernest Weinrib e sua conexão com a concepção de formalismo jurídico defendida pelo mesmo autor.

A fundamentação da responsabilidade civil tem sido apresentada nas mais diferentes versões por doutrinadores e filósofos do direito. Alguns defendem, por exemplo, que a responsabilidade civil se funda na idéia de eficácia econômica e que as regras jurídicas e decisões judiciais devem buscar o arranjo que maximize riqueza. Outros defendem que a responsabilidade civil está fundada moralmente em concepções de justiça, seja de justiça corretiva, seja de justiça distributiva ou ainda em arranjos mistos nos quais agrega-se mais de um valor para tentar explicar a fundamentação da responsabilidade civil.

Para apresentar as questões que se pretende analisar nessa dissertação com maior clareza, serão expostas a seguir duas situações hipotéticas que auxiliam na compreensão do problema da fundamentação da responsabilidade civil.

Imagine-se inicialmente a seguinte situação: *(i) Acidente na cerca. Quando alguém, ao sair da garagem de casa, por descuido engata a ré de seu carro, bate e destrói parte da cerca que protege o jardim da residência vizinha, sabemos que esta pessoa deve indenizar seu vizinho pelo dano sofrido. Também sabemos que esta indenização, normalmente feita por meio da transferência de quantia em dinheiro, deve ser estabelecida no valor exato do prejuízo, que corresponde ao valor da cerca arruinada e, eventualmente, ao valor cobrado pelo jardineiro para refazer o canteiro de flores destruído.*

*(ii) Acidente na cerca “de luxo”. Imagine-se agora uma situação semelhante. Todavia, aquele que destrói a cerca da casa em questão é alguém de poucas posses cujo único bem é o veículo velho e de pouco valor que se chocou contra a cerca do jardim da residência vizinha à sua. Imaginemos ainda que além da cerca, feita de caríssima madeira de lei, o pobre homem tenha destruído um exemplar de uma raríssima orquídea. Neste caso, pressupondo ser possível determinar o valor da cerca e da flor destruída, seria justo*

*que ele reparasse o dano causado no valor exato da perda de seu vizinho? Seria razoável que ele caísse em ruína para compensar o dono da cerca e da valiosa orquídea?*

Analisando estas situações a partir da doutrina e a jurisprudência brasileira, encontram-se soluções que envolvem a contraposição de duas doutrinas presentes no Código Civil de 2002. Alguns responderiam positivamente as questões formuladas com base na doutrina conhecida como *restitutio in integrum*, afirmando que aquele que é livre e racional deve arcar com as conseqüências de seus atos em relação aos terceiros e, por esta razão, deve compensar integralmente o lesado (STOCCO, 2004:1181).

Por sua vez, outra parte da doutrina concordaria com a idéia presente no Art. 944 do Código Civil de 2002<sup>1</sup> que expressamente admite que o juiz diminua o valor da indenização devida quando houver desproporção entre a culpa e o dano, rejeitando a doutrina tradicional da *restitutio in integrum*. Assim, muitos afirmariam que no *caso (ii)* o juiz deveria simplesmente diminuir o valor da indenização a um patamar compatível com a culpa do vizinho causador dos danos.

Todavia, da forma como exposto acima, não há uma justificativa explícita, em termos do justo ou do razoável, dos motivos que levariam a se concordar com esta ou aquela regra positiva ou de se adotar a citada doutrina da *restitutio in integrum* ou outra qualquer que mitigue seus mandamentos.

Assim, as *situações (i)* e *(ii)*, embora bastante singelas, já possibilitam colocar as questões básicas acerca da fundamentação da responsabilidade civil. No primeiro caso, se pensarmos em termos de um embasamento calcado na justiça corretiva (que mais à frente explicaremos de forma detalhada) poderemos considerar justificada a idéia de que a indenização é determinada em razão do exato valor dos prejuízos causados. Já no segundo caso, a imposição do mesmo tipo de justificativa pode causar algum desconforto, pois a indenização no valor exato do dano causado levaria o causador à ruína financeira, o que não parece, à primeira vista, justo ou razoável.

Naturalmente, a isso se seguiria uma argumentação em favor de mitigação do valor da indenização com base na proporcionalidade entre o ônus de compensar e a gravidade da

---

<sup>1</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.  
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

conduta geradora do dano, ou, simplesmente, em razão da relativa pobreza do ofensor quando comparado à riqueza da vítima.

Seja como for, tais argumentos, como se observará no segundo capítulo dessa dissertação, são incompatíveis com o argumento weinribiano calcado na justiça corretiva entendida em termos do princípio kantiano do Direito (*right*), mas podem ser defendidos a partir da idéia da justiça distributiva.

Assim, dentro de um mesmo sistema de responsabilidade civil estabelece-se um conflito que pode ser observado tanto nas interpretações feitas pelos tribunais, quanto nos textos legislativos onde, como no exemplo do Art. 944 do Código Civil Brasileiro, fundamentações a partir da idéia de justiça distributiva parecem somar-se à tradicional justificação de natureza corretiva.

Como veremos, Weinrib discorda veementemente da idéia de coexistência de razões corretivas e distributivas dentro do sistema de responsabilidade civil. O formalismo jurídico weinribiano interpreta o fenômeno jurídico como um *locus* de moralidade e racionalidade próprias, circunscritas às formas da justiça. Dentro dessa concepção formalista, a responsabilidade civil, como fenômeno jurídico que busca a coerência, não incorpora razões distributivas, mas é exclusivamente informada por uma concepção particular de justiça corretiva animada pelo princípio do Direito (*right*) kantiano.<sup>2</sup>

## **I.2. JUSTIFICATIVA DO TEMA**

Conforme exposto anteriormente, o objeto dessa dissertação será analisado a partir do estudo dos escritos de Ernest Weinrib, professor da Universidade de Toronto (Canadá),

---

<sup>2</sup> Embora estes exemplos das *situações (i) e (ii)* sejam um mote para se começar a entender os problemas implicados na questão da fundamentação da responsabilidade civil, é importante ressaltar que, como reflexão filosófica que é, nem esta dissertação, nem nenhum dos autores que estudados se circunscrevem à interpretação dos dispositivos de lei que são pertinentes à responsabilidade civil. Desde já, vale ressaltar que, além de se indagar se é possível justificar a obrigação de compensar em algum fundamento que vá além da lei positiva, este fundamento, se existir poderá servir também como um parâmetro de crítica da própria lei positiva. Assim, essa dissertação não se trata de um trabalho de dogmática de direito civil, mas sim zetética analítica (FERRAZ JR., 1994: 40-41 e 44-45). O próprio Weinrib define a sua abordagem como sendo de teoria do direito. Segundo ele, (1995:20), a justiça corretiva e o Direito (*right*) kantiano são categorias de teoria do direito.

cuja principal publicação, o livro *The Idea of Private Law* (1995), além de ser considerada referência obrigatória para aquele que pretende estudar o tema dos fundamentos teóricos da responsabilidade civil nos países de língua inglesa, é um exemplo dessa espécie de teoria de fundamentação normativa do Direito que pretendemos analisar.

Nesses países, o trabalho de Weinrib é reconhecido como um exemplo de uma investigação rigorosa e sistemática no campo que relaciona filosofia, teoria do direito e responsabilidade civil. Seus primeiros artigos sobre a matéria remontam ao início dos anos 1980 e já nesta época foram considerados relevantes. Todavia, é com a publicação de *The Idea of Private Law* (1995) que esse autor definitivamente se inscreve entre os estudiosos que produziram uma reflexão aprofundada e completa não apenas sobre o tema da fundamentação da responsabilidade civil, mas também como um teórico do formalismo jurídico (OWEN, 1995:3; ENGLARD:1993:8).

Com relação à investigação de como Ernest Weinrib fundamenta a responsabilidade civil na justiça corretiva e, portanto, de que maneira este autor constrói um argumento para justificar o dever de indenizar, a presente dissertação consiste numa reflexão sobre a possibilidade de fundamentação e justificação da obrigação legal de indenizar, baseada em um valor moral, político ou de outro tipo que se possa invocar.

Este trabalho está inserido no cenário da discussão sobre as razões pelas quais surge a obrigação de indenizar na ocorrência de certos eventos, sendo que, nesse ponto em particular, a dissertação apresenta a justificativa weinribiana para que uma certa pessoa, o causador do dano, pague uma indenização para outra, a vítima, e qual seria a base normativa desta obrigação legal de reparação.

A apresentação do modelo de fundamentação da responsabilidade civil desenvolvido por Ernest Weinrib, calcado na justiça corretiva está guiado pela seguinte indagação simples: “Quem paga a indenização e por que deve pagar?”<sup>3</sup>. Assim, busca-se elucidar de onde surge o dever de corrigir ou reparar. De alguma forma, esta reflexão é

---

<sup>3</sup> Esta questão foi elaborada a partir de uma questão similar proposta por Lucy (2007:249) na segunda parte de seu livro *Philosophy of Private Law* e que serve de mote para o estudo da “questão normativa”, relativa à fundamentação normativa do direito privado: “*Who pays and why?*”

Tony Honoré (1995:74) também endereça em linguagem distinta duas questões similares: “(4) *What justifies the person whose rights have been infringed in claiming compensation from the wrongdoer?* (5) *Subject to what conditions may one who by his conduct has infringed the rights of another be required to pay compensation?*”

uma tentativa de esclarecer a natureza da relação que surge entre ofendido (autor) e o ofensor (réu).

Como afirma William Lucy (2007:249), é evidente que quem paga a indenização é sempre o réu. Todavia, a questão é justamente saber se a obrigação imposta ao réu possui algum fundamento que vá além da imposição do direito positivo. Se há algum fundamento moral, político ou um valor de outra espécie qualquer que possamos afirmar que explica e fundamenta o surgimento dessa obrigação.

Ernest Weinrib fornece uma resposta à pergunta (“Quem paga a indenização e por que deve pagar?”) a partir da idéia de forma da justiça corretiva e é no seu percurso argumentativo, passando pela elaboração de uma teoria formalista do direito e pela explicação das formas da justiça até chegar a essa constatação, que se concentra a investigação elaborada nesse trabalho.<sup>4</sup>

A questão acima referida foi espelhada na abordagem de William Lucy que, em sua recente obra *Philosophy of Private Law* (2007), coloca claramente três questões principais a serem trabalhadas pelo filósofo do direito privado. A **primeira questão** é a da inteligibilidade dos conceitos e doutrinas centrais para o direito privado, ou seja, quais são esses conceitos centrais, se são coerentes entre si e de que forma. A **segunda questão** é a do fundamento normativo do direito privado, ou seja, se há uma base moral, política ou de outros valores que fundamente e justifique a obrigação de reparação expressa no ordenamento. Por último, a **terceira questão** é a do caráter distintivo do direito privado, ou, em outras palavras, o que o distingue das demais áreas do direito e, em especial, do direito público (LUCY, 2007:44).

Esta dissertação tem como pano de fundo a segunda questão, isto é, a da fundamentação normativa do direito privado ou, conforme a terminologia do próprio

---

<sup>4</sup> Para os fins dessa dissertação, traduziremos *tort law* por responsabilidade civil, *negligence law* por responsabilidade com culpa e *strict liability* por responsabilidade objetiva. Sabemos que estes termos não possuem exatamente o mesmo significado posto que, nem todas as hipóteses de responsabilização incluídas na *tort law* estão igualmente presentes na responsabilidade civil. Todavia, essa tradução exprime relação suficientemente fidedigna entre os termos para os fins deste trabalho. Vale ressaltar que no sistema de *Common Law* agrupa-se dentro de *liability* (responsabilidade) os *torts* (responsabilidade civil), *unjust enrichment* (enriquecimento ilícito) e *contracts* (contratos) enquanto de no sistema de *Civil Law* e da tradição advinda da Europa Continental, há a família das obrigações a qual liga-se a responsabilidade civil extracontratual e o contrato (TUNC, 1989:14). O termos *misfeasance* e *nonfeasance* serão usados no sentido, respectivamente, má execução de ato lícito ou, em outras palavras, ação lícita da qual resulta dano e não execução de uma ação (omissão que pode gerar dano ou lesão) (BLACK’S, 2004, verbetes *misfeasance* e *nonfeasance*).

William Lucy, a “questão normativa”, mas, no entanto, será possível verificar que encontramos ressonância também das outras duas questões na obra de Weinrib.

A esta abordagem formalista do direito privado e da responsabilidade civil construída por Ernest Weinrib apresentaremos críticas formuladas por autores que contestam a tese weinribiana de que a responsabilidade civil está estruturada a partir da justiça corretiva.

Tratam-se de críticas distintas entre si, cujo ponto em comum é a observação pouco atenta ou a desconsideração do papel do formalismo como teoria do direito necessária para a compreensão da fundamentação corretiva da responsabilidade civil. A frequência com que esse tipo de crítica foi encontrada e o fato de que foram formuladas por importantes filósofos e estudiosos da responsabilidade civil - em diferentes versões, como se verá - faz dela uma objeção geral importante e que merece uma cuidadosa análise.

O objetivo esperado com a apresentação dessa objeção geral e as razões para considerar que se trata de uma crítica equivocada às teses weinribianas é de tornar mais claros os pontos fortes que essa teoria apresenta e as soluções que ela é capaz de oferecer.

Para atingir os objetivos propostos, a dissertação foi dividida em três capítulos, além desta introdução e de uma conclusão. No primeiro capítulo, buscou-se apresentar o debate filosófico de direito privado contemporâneo no qual se insere a “questão normativa”, explicitando quais são as questões que preocupam os teóricos, quais são as linhas teóricas desenvolvidas e onde a questão da fundamentação normativa da responsabilidade civil e a obra de Ernest Weinrib se inserem nessa discussão.

No segundo capítulo foi apresentada a teoria weinribiana de fundamentação da responsabilidade civil na justiça corretiva por uma perspectiva mais profunda. Na primeira parte do capítulo, expôs-se o que é o formalismo e como, a partir do formalismo, Weinrib elabora a sua teoria do Direito, ou seja, sua concepção do que é o Direito e o que o diferencia dos demais âmbitos e fenômenos sociais, especialmente da Política. Na segunda parte desse capítulo, apresentou-se em que consiste o direito privado e a responsabilidade civil para Weinrib, passando-se, mais especificamente, ao estudo da fundamentação normativa e o papel desempenhado pela justiça corretiva compreendida em termos do princípio kantiano de Direito (*right*) na fundamentação da responsabilidade civil.



No terceiro e último capítulo, foram expostas, num breve panorama, as principais críticas efetuadas ao trabalho de Weinrib, em especial após a obra de 1995, e, na seqüência, foi analisada uma vertente de críticas a Weinrib que, conforme exposto acima, não problematiza devidamente ou desconsidera a questão do formalismo dentro de sua teoria.<sup>5</sup>

### **I.3. PRINCIPAIS QUESTÕES A SEREM ABORDADAS E HIPÓTESES DE TRABALHO**

Como já foi dito, este trabalho busca verificar como Weinrib, a partir de seu formalismo jurídico, constrói uma fundamentação normativa para a responsabilidade civil com base na justiça corretiva. Todavia, os objetivos do trabalho não se reduzem a isso.

Assim, essa dissertação está construída para investigar primordialmente duas hipóteses: (i) a primeira, de que há uma relação direta entre o formalismo weinribiano e a sua fundamentação da responsabilidade civil na justiça corretiva, de forma que a análise correta do formalismo é essencial para a compreensão da fundamentação da responsabilidade civil; e (ii) a segunda de que uma parte dos críticos à teoria de Weinrib não entende ou não analisa devidamente o papel desempenhado pelo formalismo dentro de seu projeto teórico geral e, com isso, constroem críticas equivocadas, voltando-se a combater teses a partir de concepções que o próprio Weinrib não defende.

---

<sup>5</sup> Restringiremos nossa análise ao debate de língua inglesa por três razões principais: a primeira razão é o pouco conhecimento dessa bibliografia no Brasil, tornando a sua apresentação, via texto da dissertação, algo útil para a discussão acadêmica pátria. A segunda razão é que os países de língua inglesa apresentam uma longa tradição de discussão envolvendo as áreas de filosofia do direito, teoria do direito e responsabilidade civil. Por isso, possuem um volume considerável de produção acadêmica documentada em artigos científicos e livros que servirão de base para esta pesquisa. A terceira e última razão é de ordem prática, pois considerando o tempo reservado para a preparação do texto final da dissertação e sendo esse um debate bastante extenso, tornar-se-ia inviável extrapolar seus limites.

## CAPÍTULO 1 – O DEBATE CONTEMPORÂNEO ACERCA DA CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA FUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

---

Este capítulo tem por objetivo apresentar um panorama do debate teórico e filosófico contemporâneo acerca do direito privado e da responsabilidade, incluindo uma breve apresentação das teorias antagônicas que o dominam. Essa apresentação inclui também a exposição das principais questões teóricas que guiam as discussões atuais, no qual se insere a “questão normativa” citada na INTRODUÇÃO, buscando sinalizar onde a questão da fundamentação normativa da responsabilidade civil e a obra de Ernest Weinrib se inserem nessa discussão.<sup>6</sup>

### 1.1. ERNEST WEINRIB E O DEBATE CONTEMPORÂNEO

Ao observarmos o cenário contemporâneo em matéria de filosofia e teoria do direito, especialmente nos países de *Common Law*<sup>7</sup>, encontramos um terreno fragmentado por inúmeras teorias antagônicas. Para exemplificar esta fragmentação, podemos listar, de um lado, os adeptos da análise econômica do direito. De outro, estudiosos voltados à filosofia moral e política e ainda, apartados destes dois, o movimento de *Critical Legal Studies*.<sup>8</sup> Essa fragmentação repercute nos estudos das disciplinas jurídicas específicas e,

---

<sup>6</sup> Essa apresentação se torna importante na medida em que a maior parte das questões e dos autores tratados nesse trabalho, incluindo-se o próprio Ernest Weinrib, ainda são pouco conhecidos e debatidos no Brasil. No entanto, a leitura dos capítulos 2 e 3, que tratam, respectivamente, da teoria weinribiana e de seus críticos, pode ser feita independentemente da leitura desta contextualização. Sobre o desconhecimento das obras de Ernest Weinrib no Brasil, temos conhecimento de apenas uma dissertação de mestrado sobre esse autor, defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Ver: DRESCH (2005)

<sup>7</sup> Daqui em diante os termos *Common Law* e *Civil Law* serão utilizados para se referir, respectivamente, ao conjunto de países de língua inglesa (Inglaterra, Irlanda, Canadá com exceção de Quebec, Estados Unidos da América, Austrália e Nova Zelândia) ligados à tradição anglo-saxã e aos países da tradição europeia-continental e os países latino-americanos que com ela tem relação (incluído aí o Brasil). Eventualmente, a referência aos primeiros se dará pelo termo sistema ou família anglo-americano(a) e aos segundos pelo termo sistema europeu-continental ou família europeia-continental. Em matéria de direito comparado, há grande debate quanto a estas classificações e divisões. Para os fins deste trabalho não há a necessidade de adentrar esta discussão, bastando uma separação, algo imprecisa, entre países da Europa Continental (e aqueles sob sua influência mais direta) e países de língua inglesa. A este respeito, ver: ZWEIGERT E KOTZ, 1998:63-73; DAVID, 1998:14-20. Para uma crítica à divisão de DAVID (1998), ver GAMBARO E SACCO, 2002:18-23.

<sup>8</sup> Para compreensão da força e importância da análise econômica do Direito e do movimento *Critical legal studies*, ver: FISS, 1986. Sobre a retomada da importância da filosofia moral e política na teoria geral do direito com os trabalhos de John RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, e Robert NOZICK, *Anarquia, Estado e Utopia*, ver: OWEN, 1995:4-5.

assim, quando falamos em estudar os fundamentos teóricos da responsabilidade civil, nos deparamos com um panorama similar.

A esse respeito, Owen (1995:2) afirma que tradicionalmente se considera que a ligação entre a filosofia e a responsabilidade civil, na qual se insere o Ernest Weinrib, remonta à *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, passando pelos escritos de Tomás de Aquino, Hugo Grotius e Samuel Pufendorf.

No entanto, o debate e o contexto que interessa a este trabalho estão circunscritos à segunda metade do século XX em diante, período em que a filosofia moral aplicada ao direito privado e a responsabilidade civil ganham impulso como uma resposta, especialmente, ao avanço da Análise Econômica do Direito (Owen, 1995:2-3)

Alguns autores inseridos nesse contexto, tais como Izhak Englard (1993) e, recentemente, William Lucy (2007), escreveram obras abrangentes procurando, além apresentar suas próprias idéias e teorias, expor e analisar o panorama mais geral do debate filosófico e teórico acerca do direito privado e da responsabilidade civil para auxiliarem no primeiro contato com esta ampla e complexa discussão.

Como veremos nos dois itens subseqüentes, essas duas obras procuram criar categorias nas quais possam ser incluídos os diferentes autores contemporâneos que estudam a filosofia e teoria do direito privado e da responsabilidade civil.

Da apresentação dessas categorias, além do objetivo mais imediato de expor algumas questões teóricas que guiam a discussão, também será possível perceber o quanto o pensamento weinribiano se afasta de seus contemporâneos, tornando-o um autor difícil de ser confinado em classificações estanques. Além disso, deve-se ressaltar o caráter inovador e diferenciado de suas teses, o que ficará explícito na apresentação do formalismo no Capítulo 2.

## **1.2. AS DIFERENTES TEORIAS CONTEMPORÂNEAS SOBRE O TEMA: RESPONSABILIDADE MORAL (NÃO-UTILITARISMO), JUSTIÇA CORRETIVA E CULPA VERSUS UTILIDADE SOCIAL (UTILITARISMO), JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA**

Izhak Englard, em sua obra intitulada *The Philosophy of Tort Law (1993)*, faz um mapeamento da discussão atualmente travada acerca dos fundamentos da responsabilidade civil. Na tentativa de organizar este emaranhado de premissas e teorias conflitantes, o autor chega a três pares de noções dicotômicas basilares para o entendimento das abordagens em jogo: responsabilidade moral e utilidade social, justiça corretiva e justiça distributiva, e culpa e responsabilidade objetiva. Segundo ele, um primeiro passo para compreender o estado da arte do debate em questão é entender o que estes pares de conceitos buscam expressar (ENGLARD, 1993:2).

PARES DE NOÇÕES DICOTÔMICAS	ELEMENTOS DA VISÃO TRADICIONAL	ELEMENTOS DE OUTRAS VISÕES <sup>9</sup>
1º par	<i>Responsabilidade moral</i>	<i>Utilidade social</i>
2º par	<i>Justiça corretiva</i>	<i>Justiça distributiva</i>
3º par	<i>Culpa (fault)</i>	<i>Responsabilidade objetiva (strict liability)</i>

(Tabela: pares de noções dicotômicas e conceitos relacionados a cada um)

Inicialmente, vale dizer que os três pares de noções apresentados por Englard (1993:21) não possuem a mesma natureza. Os dois primeiros pares possuem caráter formal e estrutural, ou seja, são idéias que representam a estrutura mais geral das relações jurídicas, exercendo uma função tipológica. Enquanto isso, o terceiro diz respeito às regras jurídicas substantivas, estando relacionado ao conteúdo das regras positivas. De qualquer forma, os três pares não são divisões estanques, como se fosse possível agrupar todas as opiniões dos estudiosos do tema dentro de cada um deles, mas se constituem em uma tentativa de capturar as grandes tensões existentes dentro das teorias contemporâneas.

O **primeiro par de noções dicotômicas** é o de responsabilidade moral e utilidade social (ENGLARD, 1993:7). Pode-se dizer, de forma genérica, que a utilidade social relaciona-se com a idéia de que o Direito deve alcançar algum objetivo conveniente ou necessário para a comunidade em que se insere. Desta maneira, a noção de utilidade social

<sup>9</sup> O termo “Outras Visões” (terceira coluna) é aqui utilizado unicamente para expressar a idéia de que outras abordagens teóricas foram sendo desenvolvidas a partir da visão tradicional. Consideramos equivocado interpretar a tabela como a total superação dos elementos e valores “tradicionais” por estas “novas visões”. Como ficará demonstrado no decorrer do texto, o que ocorre é que as novas abordagens acrescentam distintos elementos e valores (listados na terceira coluna) aos já existentes (expressos pela segunda coluna) gerando novas e variadas teorias acerca dos fundamentos da responsabilidade civil.

se relaciona a toda uma corrente da filosofia moral e política, à qual damos o nome também genérico de utilitarismo.

Para os fins desta dissertação, não é necessário formular as implicações relativas ao uso do termo utilitarismo ou mesmo fazer uma recapitulação histórica desta corrente de pensamento. Basta constatar que uma parte dos estudiosos considera o Direito um instrumento para a consecução de fins externos a ele e a esta visão associam a idéia de utilidade social.<sup>10</sup>

Por outro lado, dentro da tipologia apresentada por Englard (1993:8), a responsabilidade moral está relacionada às idéias de não-utilitarismo ou de não-instrumentalismo, ou seja, do Direito concebido não como uma ferramenta para se alcançar objetivos socialmente desejados, mas como conjunto de normas morais que respeitam a primazia do indivíduo. A noção de responsabilidade moral está ligada à tradição filosófica kantiana e nas teorias tributárias desta tradição encontramos as defesas mais contundentes da irredutibilidade e oposição entre responsabilidade moral e utilidade social (ENGLARD, 1993:7).

No entanto, enunciadas de forma tão geral, estas são noções cuja distinção é difícil de ser traçada, pois, embora sejam compreendidas em geral como noções antagônicas, não é difícil perceber que a maior parte das teorias não cria uma oposição absoluta entre elas. Englard (1993:7-8) busca ilustrar essa situação a partir da teoria de Richard POSNER sobre a responsabilidade civil, pois, embora o ponto central de sua abordagem seja a idéia de que as regras de responsabilidade civil devem atuar para a maximização de riqueza, objetivo claramente alinhado com a noção de utilidade social, este faz um esforço para também encontrar um fundamento moral para a escolha da maximização de riqueza como objetivo primordial do Direito. Desta forma, Posner lança-se no terreno da utilidade social, mas também no da responsabilidade moral, argumentando que o princípio da maximização de riqueza harmoniza-se com os postulados morais.

Com respeito ao par de noções em questão e para os objetivos deste trabalho, a teoria de Ernest Weinrib possui uma característica peculiar: esse autor encontrar-se numa trincheira bem definida dentro dessa dicotomia. Devido ao seu enraizamento teórico no kantismo, Weinrib é um dos poucos autores contemporâneos que trabalha com a oposição

---

<sup>10</sup> Para um relato sobre os desdobramentos do utilitarismo na teoria do direito, ver: SIMMONDS, 2002:17 e ss.

absoluta entre utilidade social e responsabilidade moral, colocando sua teoria no campo desta última.

Radicalmente não-utilitarista, sua teoria tem como premissa a idéia de que o Direito deve ser entendido como uma esfera autônoma, não servindo a qualquer fim externo a ele próprio, ou seja, a qualquer fim socialmente útil a não ser o fim mesmo de “ser Direito” (ENGLARD, 1993:8-9; WEINRIB, 1995:5).

É possível afirmar que Ernest Weinrib defende uma versão própria da dicotomia entre utilidade social e responsabilidade moral em sua versão do formalismo jurídico (WEINRIB, 1988b:951; 1995:3-5). Para ele, o direito privado e a responsabilidade civil são o *locus* de uma moralidade própria, apolítica e destituída de qualquer viés utilitarista. Como se verá a seguir, a justificação para essa posição estará erigida sob a diferença que ele traça entre a forma da justiça corretiva e a forma da justiça distributiva.

Esta posição radical e absoluta em favor da responsabilidade moral contribui para a compreensão de sua visão do direito a partir da abordagem formalista, isolando-o da atual preponderância de visões utilitaristas e o tornando um purista mesmo entre seus pares não-utilitaristas.

O **segundo par de noções dicotômicas** apresentado por Englard (1993:11-20) é da justiça corretiva e justiça distributiva. Apresentados inicialmente por ARISTÓTELES na *Ética a Nicômaco*, esses dois conceitos estão no centro do atual debate sobre os fundamentos da responsabilidade civil.<sup>11</sup>

Segundo Englard (1993:11-12) a justiça distributiva está direcionada para a divisão de um determinado objeto ou valor entre certas pessoas de acordo com um critério

---

<sup>11</sup> ARISTÓTELES, a respeito da justiça distributiva, assevera: “3. (...) O justo, então, é uma das espécies do gênero ‘proporcional’ (a proporcionalidade não é uma propriedade apenas das quantidades numéricas, e sim da quantidade em geral). (...) o justo envolve também quatro elementos no mínimo, e a razão entre um par de elementos é igual à razão entre o outro par, pois há uma distinção equivalente entre as pessoas e as coisas. (...) O princípio da justiça distributiva, portanto, é a conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo nesta acepção é o meio termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é um meio termo, e o justo é o proporcional.”  
A respeito da justiça corretiva, afirma: “4. A espécie restante de justiça é a corretiva, que tanto se manifesta nas relações voluntárias quanto nas involuntárias. (...) a justiça nas relações privadas é de fato uma igualdade, e a injustiça nestas relações é uma espécie de desigualdade, mas não conforme à espécie de proporção mencionada acima, e sim conforme à proporção aritmética. (...) a lei contempla apenas o aspecto distintivo da justiça, e trata as partes como iguais, perguntando somente se uma das partes cometeu e a outra sofreu a injustiça (...) o juiz tenta igualizar as coisas por meio da penalidade, subtraindo do ofensor o excesso do ganho.” (ARISTÓTELES, 1985, 131b)

qualquer, que pode ser o mérito, a virtude, o talento, a posição social ou qualquer outro, de acordo com a decisão da autoridade responsável pela distribuição. Enquanto isso, a justiça corretiva se preocupa com o restabelecimento da igualdade anteriormente existente entre as partes envolvidas, tomando como base uma determinada posição inicial em que elas se encontravam.

Tradicionalmente, os teóricos da responsabilidade civil, em especial aqueles ligados ao não-utilitarismo e ao kantismo, atribuíram à justiça corretiva o caráter de fundamento único da responsabilidade civil. Todavia, os maiores debates atualmente travados nesta área versam justamente sobre a integração ou não da justiça distributiva ao embasamento filosófico da mesma e sobre as implicações de tal integração.<sup>12</sup>

Esses debates levantam diversas e importantes questões para a compreensão da relação entre as regras de responsabilidade civil e as formas de justiça. A primeira questão relevante diz respeito à correta compreensão da definição de cada uma das formas de justiça, ou seja, indaga-se a respeito do conceito de justiça corretiva e distributiva utilizado por cada autor em seu trabalho, bem como se há uma definição única ou se cada teórico possui uma interpretação própria dos textos aristotélicos (ENGLARD, 1993:11).

Relativamente a essa primeira questão, observa-se que não há consenso. Para alguns, como Ernest Weinrib (1995:57) e Richard Posner (1981:190-191), a correta leitura das concepções aristotélicas leva ao entendimento das mesmas como **categorias puramente formais**, ou seja, como categorias estruturantes das relações jurídicas, ou no caso em análise, das relações de responsabilidade civil, que fornecem a forma ou a estrutura das mesmas, sem contudo apelar para uma definição por seu conteúdo (ENGLARD, 1993:11). Todavia, Englard (1993:11), Weinrib (1983:49) e Posner (1981:193-194)

---

<sup>12</sup> Como nos ensina ENGLARD (1993,11), o primeiro jurista a relacionar as regras positivas de responsabilidade civil às duas tradicionais formas de justiça apresentadas por Aristóteles foi o alemão Josef ESSER em trabalho publicado em 1941. Diz ENGLARD que neste trabalho ESSER procurou alargar as funções da responsabilidade civil para além da mera reparação do dano causado à vítima, incluindo a idéia de alocação das perdas sofridas por mero infortúnio, ou seja, por acontecimentos em que não houvesse culpa do agente, mas em que houvesse um dano e, conseqüentemente, uma vítima, implicando num deslocamento do ônus desta última para outra pessoa. Este alargamento levou ao reconhecimento de que a responsabilidade civil poderia envolver considerações de caráter distributivo iniciando um debate que perdura aceso e sem conclusão definitiva até os dias atuais.

chamam a atenção para o fato de muitos juristas atribuírem à justiça corretiva o caráter de princípio substantivo.<sup>13</sup>

Assim, não existe uma única definição das formas aristotélicas de justiça, e aquelas apresentadas por Englard (1993:11-12) e por nós aqui transcritas cumprem o papel de uma referência básica acerca do assunto. É possível concluir apenas que a questão das definições de justiça corretiva e distributiva é fundamental para entender a correlação das mesmas com as regras de responsabilidade civil.

Uma segunda questão relativa ao par justiça corretiva-justiça distributiva se refere ao papel exercido pela justiça distributiva na responsabilidade civil em geral. A grande questão colocada para os teóricos da responsabilidade civil a partir do trabalho de Josef ESSER passa a ser a compreensão da relação entre justiça corretiva e responsabilidade civil e o estabelecimento do papel, se houver algum, da justiça distributiva na fundamentação da responsabilidade civil. (ENGLARD, 1993:13)

Como foi dito, tradicionalmente os juristas consideravam a responsabilidade civil uma expressão da justiça corretiva, ou no entendimento de Fletcher (1972:537-538), a responsabilidade civil seria “um singular repositório de intuições de justiça corretiva”<sup>14</sup>

No entanto, conforme salienta Englard (1993:14), muitos estudiosos passaram a discordar deste entendimento tradicional, a começar por Josef ESSER, e procuraram integrar considerações distributivas e utilitárias às suas teorias, objetivando torná-las mais fiéis ao que eles acreditam ser as necessidades das sociedades complexas atuais.<sup>15</sup>

Neste sentido, Epstein (1979b:504) afirma ser completamente inútil e fadada ao fracasso qualquer tentativa de fundamentar um complexo sistema jurídico como os atualmente existentes num único valor ou princípio, seja esse a liberdade, em alusão às

---

<sup>13</sup> Um exemplo é a visão de EPSTEIN (1979a:49-50). A este respeito, ver também: WEINRIB, 1983:49.

<sup>14</sup> “Discussed less and less are precisely those questions that make tort law a unique repository of intuitions of corrective justice.” (FLETCHER, 1972:537-538)

<sup>15</sup> Exemplo de uma teoria que vai além da abordagem tradicional pode ser observado em EPSTEIN (1979a; 1979b:503-504). Segunda a interpretação de ENGLARD (1993:1-15), Jules COLEMAN (1974:473; 1976:259-260)



teorias de matriz kantiana, ou a eficiência, como buscam algumas teorias ligadas à análise econômica do Direito.<sup>16</sup>

A esse respeito, será possível verificar no Capítulo 2 que a elucidação do sentido e da diferença entre a justiça corretiva e a justiça distributiva na obra de Weinrib requer a elucidação do papel do formalismo como uma teoria do conhecimento jurídico e da idéia das formas da justiça como as estruturas de inteligibilidade mais gerais e abstratas que permitirão a inteligibilidade, isto é, a compreensão dos fenômenos jurídicos. Ademais, estabelecida a teoria formalista do direito de Weinrib, torna-se possível a exposição de como esse autor fundamenta não apenas a responsabilidade civil, mas todo o direito privado exclusivamente na forma da justiça corretiva, afastando as considerações distributivas.

Neste sentido, embora não negue a possibilidade de validamente se formar um sistema de indenizações contra danos pessoais a partir de critérios distributivos (ENGLARD, 1993:13), Weinrib é categórico ao afirmar que nos sistemas jurídicos em que o processo de tomada de decisão judicial é a forma de determinação da responsabilidade civil, a única forma de justiça atuante será a de justiça corretiva. Para ele, a justiça distributiva não tem qualquer papel neste sistema, caracterizando-se por ser a justiça típica do espaço político<sup>17</sup> (WEINRIB, 1995:210-212).

Por fim, chegamos ao **terceiro par de noções dicotômicas** apresentado por Englard (1993:21-27): culpa e responsabilidade objetiva. Diferentemente dos dois pares anteriores, que possuem natureza estrutural e formal, o último par é de natureza substantiva. Trata-se de conceitos com um conteúdo jurídico próprio, posto que são doutrinas relativas a regras jurídicas efetivamente existentes no direito da responsabilidade civil Anglo-Americana.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> “It is unwise, indeed futile, to attempt to account for the complete structure of a complicated legal system by reference to any single value or principle – be it liberty or efficiency. It is far better to try to capture and systematize the dominant sentiments of the common law and where possible to remove from that law ambiguity, error, and inconsistency.” (EPSTEIN, 1979b:504)

<sup>17</sup> Um exemplo de sistema de indenizações baseado em critérios distributivos e em fundo público e não no processo judicial e na adjudicação é o sistema neozelandês. A esse respeito, ver TUNC, 1989:79-83

<sup>18</sup> Embora ENGLARD busque estas duas doutrinas na tradição da *Common Law*, noções idênticas ou muito próximas podem ser encontradas na tradição de *Civil Law* (e assim igualmente no direito brasileiro). A este respeito, ver: TUNC, 1989:11-18.

Englard (1993:21) expõe a função destes dois conceitos substantivos a partir da metáfora do espectro. Para ele, essas duas noções funcionam como balizas dentro de um espectro possível de regras jurídicas substantivas onde podemos encontrar uma infinidade de arranjos intermediários e assim, localizar as regras positivas específicas que representam esses arranjos. Dentro deste espectro, cada regra substantiva criada será uma combinação única entre elementos estruturais (relativos aos dois pares de noções anteriormente apresentados) e substantivos.<sup>19</sup>

Todavia, é importante ressaltar que a metáfora do espectro pode induzir ao equívoco de compreender este par de noções como extremos. Na verdade, os conceitos de culpa e de responsabilidade objetiva envolvem grande controvérsia, estando longe da precisão conceitual necessária para considerá-los verdadeiros extremos. A idéia do espectro serve para ilustrar que há duas doutrinas jurídicas dominantes, cada uma ocupando larga parte desse espectro e, em várias áreas, há diversas áreas de intersecção até que ocorra uma efetiva transição entre elas(ENGLARD, 1993:21).

Isto explica o fato de a maioria dos sistemas jurídicos atuais possuírem combinações distintas envolvendo tais noções, ora preponderando a idéia de culpa, ora preponderando a idéia de responsabilidade objetiva, mas em geral havendo uma mistura destas duas doutrinas balizadoras, em diferentes proporções.

Como salienta Englard (1993:21), muitos juristas escolhem a análise das regras positivas em matéria de responsabilidade civil como ponto de partida para a construção de suas teorias, sendo que estas regras passam a ser analisadas à luz das concepções filosóficas e políticas de cada estudioso, gerando resultados que podem ser totalmente diferentes entre si.

No entanto, o tratamento dado por Englard (1993:22) é outro. Ao lado dos demais pares apresentados, a função do par de conceitos culpa-responsabilidade objetiva é servir de ponto de partida para uma compreensão geral do debate contemporâneo. O maior desafio das teorias atuais é conseguir explicar como a culpa e a responsabilidade objetiva - e também os arranjos intermediários advindos das soluções de casos concretos - se

---

<sup>19</sup> Sobre a relação entre culpa e responsabilidade objetiva, diz ENGLARD (1993:21): “The relationship between fault and strict liability is more of a bipolar nature which signifies a continuum, a gradual transition from one extreme to the other. At each stage in the intermediate area a different blend of structural and substantive elements is possible.”

coadunam com as posições tomadas acerca dos pares anteriores. Ou seja, a questão é saber se as doutrinas e subdoutrinas que compõem o emaranhado de regras de responsabilidade, tais como, no sistema Anglo-americano, o conceito de negligência, culpa, responsabilidade por ato de terceiros, a doutrina do *res ipsa loquitur*<sup>20</sup>, responsabilidade objetiva e outros arranjos intermediários, podem ser explicados ou não pelas premissas teóricas adotadas por cada autor.

Mais uma vez, Weinrib enfrentará essa questão a partir da fundamentação formalista. No Capítulo 2 serão apresentadas as análises que ele elabora sobre as doutrinas da responsabilidade com culpa (*negligence law*) e da responsabilidade objetiva (*strict liability*). Sem fugir à controvérsia, Weinrib fundamenta uma defesa a primeira doutrina com base em sua coerência com a forma da justiça corretiva e uma crítica à segunda nessas mesmas bases.

Podemos concluir, nesta breve exposição, que, embora nos dias atuais haja um emaranhado de teorias que procuram explicar a existência da responsabilidade civil, podemos tentar compreendê-las e classificá-las a partir das três noções dicotômicas propostas por Englard.

Assim, ao analisar como cada teoria organiza e conceitua cada item dos três pares de conceitos apresentados, podemos ver também com quem concordam e discordam e a qual corrente filosófica a teoria em tela se alinha, facilitando a compreensão de seu lugar no debate mais amplo relativo aos fundamentos da responsabilidade civil.

Da tradição que colocaria responsabilidade moral (não-utilitarismo) ao lado de justiça corretiva e do conceito de culpa em oposição à idéia de utilidade social (utilitarismo), justiça distributiva e responsabilidade objetiva, chegamos a um ponto em que observamos várias tentativas de harmonização e conjugação de objetivos tidos como oponíveis e contraditórios.

Dentre os pensadores mais proeminentes na tradição de *Common Law*, temos Richard Posner, representante da Análise Econômica do Direito, que busca alinhar o seu

---

<sup>20</sup> *Res ipsa loquitur* ou “a coisa fala por si”. Segundo essa doutrina, assume-se que o dano foi causado pela ação negligente de outrem porque o acidente (dano) é de tal tipo que não ocorreria ao menos que alguém fosse negligente. Funciona como uma “presunção de culpa”. A esse respeito, ver: BLACK’S, 2004, verbete *res ipsa loquitur*

utilitarismo com o conceito de *negligence*<sup>21</sup> e a idéia de justiça corretiva, misturando os elementos que tradicionalmente seriam vistos como contraditórios (ENGLARD, 1993:12-13 e 24).

Outros autores como Richard Epstein (1973, 1979b) e George Fletcher (1972) que, cada um ao seu modo, se aferram ao não-utilitarismo e ao conceito de justiça corretiva. O primeiro o faz a partir de uma defesa da responsabilidade objetiva (que segundo ele seria mais consistente com o embasamento da responsabilidade), enquanto o segundo busca nos paradigmas da reciprocidade e da razoabilidade a base para a responsabilidade civil (ENGLARD, 1980:59 e 63).

Por fim, Ernest Weinrib (1995) possui a peculiaridade de, no que tange à responsabilidade civil, manter-se alinhado aos primeiros elementos de cada par. Mesmo sob o risco de ser chamado de anacrônico e desconectado da realidade concreta<sup>22</sup>, este autor faz uma defesa do direito privado e da responsabilidade civil como um arranjo social reativo ao argumento moral kantiano, sendo radical defensor de uma teoria que defende a autonomia e coerência do direito privado e, por conseguinte, de uma compreensão não-utilitarista da responsabilidade civil, defendendo a justiça corretiva como a forma estruturante da responsabilidade e buscando demonstrar como algumas doutrinas substantivas existentes na tradição anglo-americana, como a da responsabilidade com culpa (*negligence law*), tendem a expressar a forma da justiça corretiva.

### **1.3. A FUNDAMENTAÇÃO NORMATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Buscando organizar as principais tendências e questões teóricas contemporâneas, porém com ênfase em pontos distintos da obra de Englard (1993), William Lucy (2207:27) afirma que uma das marcas da filosofia do direito privado contemporânea é a preocupação com as bases normativas dos conceitos fundamentais que formam as doutrinas substantivas de direito privado.

---

<sup>21</sup> No original, doutrina da *negligence*. Como já dissemos (nota de rodapé nº 4), essa doutrina requer a presença da culpa para a qualificação do ofensor. Por essa razão, embora não seja uma sinonímia perfeita, utilizaremos a expressão “responsabilidade com culpa” nos casos de *negligence law*.

<sup>22</sup> As críticas às teses de Weinrib inclusive esta da desconexão com a realidade concreta são analisadas em profundidade no Capítulo 3 do presente trabalho.

Ademais, conforme exposto na Introdução, um dos objetivos dessa dissertação é a analisar a construção weinribiana de uma fundamentação normativa para a responsabilidade civil a partir da justiça corretiva. Todavia, o que exatamente se pode depreender dessa colocação e como a teoria de Ernest Weinrib se enquadra nessa idéia são pontos que precisam ser esclarecidos.

### **1.3.1. O que significa dizer que a fundamentação é normativa?**

Quando Lucy (2007:27) menciona o termo “fundamentação normativa”, ele busca ligar essa concepção à idéia de valores morais, políticos ou outros que podem ser incorporados pelos conceitos fundamentais, doutrinas substantivas e pela estrutura global do direito privado, ou também à idéia de processo de avaliação moral ou política (LUCY, 2007:227).

Segundo ele, desde Aristóteles, as duas principais questões que preocupam os teóricos e filósofos que pensam o direito privado são a “questão da inteligibilidade”<sup>23</sup> e a “questão da base normativa” (LUCY, 2007:29), com especial ênfase para a segunda na contemporaneidade. Isso significa dizer que os estudiosos contemporâneos consideram que sua tarefa primordial é fornecer uma solução para a questão da articulação dos valores políticos e morais com o direito privado.

Exemplos da questão da base normativa seriam as articulações e relações que se pode estabelecer - ou afirmar que existem - entre os valores da autonomia ou da liberdade e certas áreas do direito privado, como o direito contratual. Ou então, entre diversos valores ou concepções de justiça ou de eficiência e a área da responsabilidade civil.

Lucy (2007:32-33) acredita que uma das razões para que a teoria e a filosofia do direito privado estejam voltadas, em grande medida, para a questão da base normativa é que tal postura se constitui numa reação ao domínio que a Análise Econômica do Direito tem exercido, especialmente no campo do direito privado.

Nesse contexto, muitos filósofos e teóricos do direito não inclinados às análises econômicas buscaram outros valores, políticos e morais, no qual o direito privado poderia estar fundamentado ou poderia incorporar. Para a responsabilidade civil, passa a ser

---

<sup>23</sup> A questão da inteligibilidade diz respeito a compreensão e explicação das alegações que o direito privado faz acerca de seus conceitos básicos tais como responsabilidade, ação e causalidade. (LUCY, 2007:227).

essencial encontrar uma razão adequada que justifique a relação que se estabelece entre um determinado autor e um determinado réu.

Com respeito à explicação dessa relação, segundo Lucy (2007:37), a noção de eficiência nunca produziu uma explanação plausível dos motivos que levam o direito privado a ligar uma determinada parte a outra determinada parte.

Assim, segundo ele, o resumo da agenda contemporânea de teoria e filosofia do direito privado contém pelo menos três questões principais. A **questão da inteligibilidade** dos conceitos centrais do direito privado, a **questão do fundamento normativo** que possuem esses conceitos centrais e as doutrinas jurídicas deles derivadas e a **questão da autonomia** do direito privado (LUCY, 2007:42).

Embora Lucy admita que é possível tratar dessas três questões separadamente, a maioria dos estudiosos considera que a tarefa de tornar inteligíveis os conceitos centrais do direito privado só é possível estudando-se a base normativa, seja ela composta por valores morais, políticos ou de outra natureza que determinem o sentido e o alcance dos conceitos (LUCY, 2007:43).

Pode-se afirmar que Weinrib se enquadra exatamente nesse perfil teórico, pois, como será exposto no capítulo 2 dessa dissertação, essas três questões são tratadas conjuntamente em sua obra. Veremos detalhadamente como a intelecção dos conceitos fundamentais do direito privado e da responsabilidade civil depende da compreensão da estrutura corretiva que, segundo ele, constitui a base normativa do direito privado.

Conforme exposto na introdução, a questão normativa relativa à responsabilidade civil é um eixo muito importante da análise da obra de Weinrib. Como diz Lucy (2007:44), essa questão da base ou fundamento normativo do direito privado e, conseqüentemente, da responsabilidade civil se preocupa em responder a seguinte pergunta: “Quem paga e por quê?” Ou, em outras palavras, qual é o embasamento normativo, se algum houver, da obrigação legal reparar.

A resposta a essa pergunta parece óbvia: quem paga é o réu, após ter sido considerado responsável no curso de um processo. Todavia, essa resposta levanta um dos tópicos mais interessantes da filosofia do direito privado que é o da **bilateralidade** da estrutura da relação privada (LUCY, 2007:249). Como se verá, a análise do tópico da

bilateralidade também é essencial na teoria de Weinrib e está diretamente ligada à fundamentação na justiça corretiva.

Daquela simples pergunta também decorre outra importante indagação: qual é a natureza e base da obrigação do réu de reparar o ilícito ou o dano quando considerado responsável. A questão que surge é se a obrigação do réu decorre exclusivamente do direito positivo ou se é suportada por alguma razão adicional, derivada, por exemplo, de sua natureza normativa (LUCY, 2007:249).

Outra vez, é possível desde já apontar que a teoria formalista - defendida por Weinrib como a melhor forma de compreensão do Direito - não reduz o fenômeno jurídico ao direito positivo. Assim, a base da obrigação do réu de reparar o dano causado ao autor transcende a regra positivada e está explicada a partir de sua fundamentação na justiça corretiva, animada pelo princípio de Direito (*right*) kantiano.

Do ponto de vista de uma fundamentação normativa para o direito privado em geral, Lucy (2007:250) afirma que, muitas vezes, as propostas nesse sentido tomam como dados os conceitos e as regras substantivas, buscando então elucidar as razões morais ou políticas que alicerçam esses conceitos e regras, atribuindo-lhes significância normativa. Como veremos, é exatamente dessa maneira que Weinrib procura proceder na construção da teoria formalista da responsabilidade civil (WEINRIB, 1988b:966-967; 1995:215).

As razões mais comuns apresentadas pelos estudiosos para desempenhar o papel de base normativa ao direito privado se apresentam em número bem reduzido, girando, mais comumente, em torno da justiça corretiva e a distributiva. Além dessas, Lucy (2007:250) também destaca a existência de abordagens mistas que amalgamam, das mais diferentes maneiras, a justiça corretiva com a distributiva ou, ainda, que relacionam qualquer uma delas com outros valores morais e políticos que possam integrar a fundamentação do direito privado.

Lucy (2007:252) ainda esclarece as diferentes formas como se pode compreender a idéia de fundamentação (fundamento ou base) normativa de um instituto ou prática. O primeiro sentido, o arquitetônico, é quase intuitivo. Nessa concepção, a fundamentação ou base normativa do direito privado funciona como as fundações de um edifício, servindo de alicerce para o que se ergue por cima. Em decorrência disso, os contornos gerais do direito

privado e sua extensão serão determinados pelos contornos e extensão do que é colocado como fundamento estrutural ou normativo, tornando-se um reflexo do mesmo.

No entanto, dentro do sentido arquitetônico, há variações na maneira de se relacionar a fundação (ou fundamento) e a estrutura (ou superestrutura na expressão de Lucy) que se constrói sobre ela. Uma primeira visão é de que a estrutura não está confinada aos limites da fundação, extrapolando-a. Nesse caso, algumas partes da estrutura refletem diretamente a fundação, mas outra não (LUCY, 2007:253).

Outra possível visão da relação fundação/estrutura argumenta que a superestrutura poderia ter algum grau de autonomia em relação à fundação. Nesse caso, enquanto a superestrutura retira algum apoio de sua fundação, ela também obtém apoio de outras fontes, tais como de estruturas adjacentes. Uma terceira visão seria de que fundamentação e superestrutura encontram-se numa relação de interdependência, com a própria superestrutura exercendo um papel de estabilização de sua base (LUCY, 2007:253).

Além do sentido arquitetônico de fundamentação, há o sentido epistêmico. Nessa forma de enxergar a relação entre a fundamentação e a estrutura, afirmar que um conjunto de razões morais ou políticas fornecem o fundamento normativo do direito privado é fazer duas asserções possíveis: (1) de que tais razões explicam algo sobre o direito para além do sentido que ele tem para seus praticantes; e (2) de que tais considerações esclarecem algum sentido ou significado imanente ao direito, que os participantes pouco ou nunca reconhecem (LUCY, 2007:254).

Cada uma dessas asserções possui versões mais fracas ou mais fortes das teses que enunciam. Uma possível versão forte é de que é impossível compreender ou explicar com propriedade o direito e seus ramos sem examiná-lo à luz de sua fundamentação normativa (LUCY, 2007:254). Essa versão, no entanto, gera problema. Embora os operadores do direito (participantes) utilizem as ferramentas jurídicas com sucesso e se movam dentro das práticas jurídicas com bons resultados sem, todavia, considerar as fundamentações normativas, torna-se forçoso concluir, em decorrência da versão forte, que eles possuem uma compreensão inadequada das instituições (LUCY, 2007:254).

Uma versão fraca, que busca desviar desse problema, enuncia que observar a fundamentação normativa do direito fornece uma visão mais profunda, mais proveitosa e



informativa do mesmo do que a que eventualmente se conseguiria sem a investigação desses fundamentos (LUCY, 2007:254).

Embora apresente essas divisões esquemáticas e definições que auxiliam na compreensão da relação entre fundamento normativo e superestrutura do direito, Lucy admite que elas podem ser criticadas e consideradas inaceitáveis por alguns. Pode-se objetar que tais definições estão impregnadas de uma visão excessivamente simplista da relação entre doutrinas e princípios estruturais do direito privado de um lado e fundamentos normativos de outro, que, na verdade, tais construções colocam um fosso muito grande entre uma coisa e outra onde, de fato, não há (LUCY, 2007:255).

Weinrib é um dos que, segundo o próprio William Lucy, discordaria dessas divisões, pois, se para ele o conteúdo normativo do direito privado é “interno” ou “imaneente” ao próprio direito privado, tratando-se de uma verdadeira parte integrante do todo, então o direito privado não pode ser bem encarado como algo capaz de suportar o peso de uma estrutura maior, isto é, não pode ser visualizado como propõe a visão **arquitetônica** (LUCY, 2007:255). Ao contrário, deve ser compreendido como uma mistura dentro do corpo da própria estrutura.

Para Lucy (2007:255) essa compreensão imanente proposta por Weinrib pode ser considerada inapropriada ou errada por alguns, pois fere a premissa de senso comum de que algo (X) não deve ser explicada a partir de si mesmo, mas por meio de outra coisa (Y). Como se demonstrará mais a frente, Weinrib tem uma grande preocupação em explicar a razão da adoção da compreensão interna, bem como os motivos pelos quais a considera superior a outros tipos de explicação.

\*\*\*

Por ora, vale cristalizar os seguintes pontos: as tentativas de organização das questões e do debate são fundamentais para se compreender o universo teórico em que Ernest Weinrib está inserido. Ademais, essa apresentação auxilia numa identificação inicial da maneira como Weinrib procura responder a essas questões teóricas e como a auxilia na percepção, ainda que insipiente, de como o argumento de Weinrib é diferente de seus contemporâneos, inclusive dos juristas ligados à filosofia moral.

Pretende-se que, com a apresentação detalhada da teoria formalista de Weinrib e de sua fundamentação do direito privado e da responsabilidade civil na justiça corretiva no próximo capítulo bem como com a análise das objeções a ele dirigidas no Capítulo 3, tais especificidades e nuances fiquem mais claras.

## **CAPÍTULO 2 – O FORMALISMO JURÍDICO E A FUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

---

O objetivo deste capítulo é apresentar a fundamentação que Ernest Weinrib constrói para explicar a responsabilidade civil. No entanto, para que seja possível entender corretamente como ele chega a esta fundamentação, é preciso, primeiramente, expor a sua concepção de formalismo. A teoria formalista weinribiano é o ponto de partida necessário para a compreensão de sua concepção de Direito e de sua teoria sobre as bases da responsabilidade civil. Como veremos, o formalismo aqui referido exerce o papel de uma teoria do conhecimento jurídico, abrindo a possibilidade de apresentação de um embasamento para a separação entre o fenômeno jurídico e o fenômeno político que será essencial para a compreensão de toda a sua obra.

Para compreender o direito privado Weinrib explica que é preciso ter claros três componentes teóricos que estão inter-relacionados e dão suporte um ao outro. São eles: o formalismo, a justiça corretiva e o Direito (*right*) kantiano. Conseqüentemente, no que diz respeito à responsabilidade civil, como parte do direito privado, é preciso compreender como essas três idéias estão relacionadas entre si e qual o papel desempenhado por cada uma na construção da sua fundamentação (WEINRIB, 1995:114). Para que tais idéias sejam apresentadas e discutidas detalhadamente, este capítulo se divide em duas partes principais. Na primeira parte, é apresentada a concepção weinribiana de formalismo e suas conseqüências para o seu conceito de Direito e Política. Na segunda parte, são abordadas as concepções de direito privado e de responsabilidade civil decorrentes do formalismo, bem como as bases normativas da responsabilidade civil (justiça corretiva e Direito - '*right*'- kantiano).

### **2.1. O FORMALISMO WEINRIBIANO E SUAS ESPECIFICIDADES**

O formalismo é a moldura teórica dentro da qual a tese weinribiana é desenvolvida. Weinrib procura demonstrar que o formalismo é a teoria do conhecimento apropriada para

se compreender o Direito a partir de sua dimensão interna (WEINRIB, 1995:22). Segundo ele, são as ferramentas teóricas apresentadas pelo formalismo que tornam possível a ambição de abandonar o funcionalismo dominante na teoria do direito contemporânea.<sup>24</sup>

Ao negar que as abordagens funcionalistas possam responder às perguntas “o que é o Direito?” e “o que é o direito privado?”, resta tentar compreender o fenômeno jurídico a partir de si mesmo, internamente, sem recorrer a outras áreas do conhecimento.<sup>25</sup>

Para Weinrib (1988:951), o formalismo postula que o direito seja entendido como um arranjo social reativo ao argumento moral e inteligível como um fenômeno internamente coerente. Sendo inteligível internamente, o Direito não precisa de critérios externos a ele para ser compreendido. Estes “critérios externos” dizem respeito, segundo Weinrib, à esfera da política (WEINRIB, 1988:951).

Para compreender a importância e a novidade da concepção weinribiana do Direito, é preciso ter em conta que se trata de um autor na contramão do fluxo dominante no pensamento jurídico. Devemos, pois, verificar o quanto seu pensamento se afasta da maioria das teorias jurídicas contemporâneas e porquê.

### **2.1.1. O desacordo entre o formalismo weinribiano e a tendência dominante na teoria do direito contemporânea**

Weinrib afirma que a maior parte dos estudiosos contemporâneos do Direito possui algum tipo de concepção funcionalista. Isto significa dizer que para compreendê-lo é preciso entender os objetivos nele inscritos (WEINRIB, 1995:3). De acordo com essa visão, o Direito se guia por objetivos que são dados por outras áreas do conhecimento e só cumpre bem a sua função quando consegue atingir as metas propostas pelas outras áreas. A corrente teórica conhecida como “Análise Econômica do Direito” (AED) seria um exemplo, possivelmente o mais influente na atualidade, de concepção funcionalista. Para

---

<sup>24</sup> Como apresentaremos mais detalhadamente na seqüência, a “dimensão interna” diz respeito a possibilidade de se compreender uma determinada coisa, no caso, o direito, analisando-se inicialmente suas características formais e não a função que eventualmente desempenha. O “funcionalismo” se relaciona justamente com uma proposta de compreensão do direito que se volta, inicialmente, para a compreensão das funções externas que desempenhe a coisa em questão.

<sup>25</sup> Vale notar desde o princípio que o termo “formalismo” em toda a obra de Ernest Weinrib é utilizado para expressar a idéia de que é a partir da forma que se deve inicial procurar entender uma determinada coisa, no caso o direito e as relações jurídicas, para apenas num segundo momento avaliá-la pelo conteúdo. Ademais, será a partir da forma que se distinguirá, em Weinrib, as considerações políticas das jurídicas. (WEINRIB, 1988:952; 1995:25-27). Sobre outras concepções atribuídas ao termo “formalismo” na teoria do direito, ver Schauer (1988) e Stone (2002).

alguns teóricos da AED as regras jurídicas devem ser estabelecidas de tal forma que alcancem objetivos como, por exemplo, de maximização de riqueza ou de redução de custos de transação.

Todavia, a análise econômica do direito não é o único exemplo de teoria funcionalista do Direito na atualidade. Na visão de Weinrib, teorias sociológicas, políticas e até morais também podem ser funcionalistas. Este é o caso quando os juristas atribuem ao Direito o papel de patrocinar a liberdade ou preservar a comunidade. Para que sejam funcionalistas, basta que tais teorias estabeleçam o Direito como ferramenta para se chegar a um objetivo (WEINRIB, 1995:4).

A tarefa dos juristas passa a ser, nessa perspectiva, definir os objetivos relevantes que cada área ou instituto jurídico deve fomentar ou atingir (WEINRIB, 1995:4). Por exemplo, no caso da responsabilidade civil, torna-se crucial saber se as regras jurídicas deverão objetivar a dissuasão do ofensor para que não volte a cometer o ilícito ou a compensação da vítima. Ou ainda, se os custos derivados dos danos sofridos deverão ser pulverizados entre o maior número possível de pessoas para que se atinja a meta de não onerar excessivamente ninguém ou se, ao contrário, a obrigação de pagar indenização deverá recair sobre aquelas pessoas mais ricas e, portanto, relativamente menos oneradas (WEINRIB, 1995:3).

Por trás dessas colocações está a tese, contestada por Weinrib, de que a força normativa do Direito deriva da força normativa de que gozam os objetivos socialmente desejados. (WEINRIB, 1995:2) Os objetivos escolhidos para o Direito não derivam dele sua validade. O valor desses objetivos é externo ao Direito, e, conseqüentemente, qualquer teoria do direito resultante dessa idéia será menos uma teoria do Direito e mais uma teoria dos objetivos sociais (WEINRIB, 1995:4).

A conclusão que parece surgir dessas colocações é que os juristas contemporâneos atribuem a qualquer outra disciplina (não-jurídica), tais como a economia e a política, a capacidade de afirmar verdades sobre a disciplina jurídica. Todavia, para estes mesmos estudiosos a recíproca não é verdadeira. O Direito não é capaz nem de afirmar algo sobre outras disciplinas e campos do saber e nem sobre si mesmo. Ele é visto como necessariamente tributário de outros saberes para a sua autocompreensão. Para Weinrib, essa visão do fenômeno jurídico simplesmente está errada.

Assim, a esta tese, o autor oporá outra, de que o Direito pode e deve ser compreendido não como uma manifestação jurídica de objetivos externos que sejam válidos independentemente, mas a partir de dentro, de si mesmo. Para Weinrib, o direito privado incorpora e expressa uma racionalidade moral imanente e sua força normativa é interna a ele, não estando condicionada a objetivos externos (WEINRIB, 1995:5). Segundo ele, a única “função” que o Direito pode exercer, numa perspectiva formalista, é a de expressar a sua racionalidade moral imanente em doutrinas, instituições e decisões de direito positivo (WEINRIB, 1988:957).

Isto significa que para Weinrib o fenômeno jurídico não se reduz ao que está posto na lei positiva. Ao contrário, a lei positiva, as doutrinas que a interpretam e as decisões podem ser avaliadas à luz da racionalidade moral imanente que caracteriza o Direito. Dessa forma, compreender a concepção de Direito advinda do formalismo weinribiano fornece uma base para a justificação ou crítica das próprias leis positivas, das decisões na esfera jurídica e das doutrinas.

Dessa forma, podemos esboçar a tese weinribiana nesse ponto da seguinte forma: o Direito é um corpo autônomo em relação à Política e a outras áreas do saber e o direito privado se distingue de outras áreas do Direito por ser um fenômeno inteligível internamente (WEINRIB, 1995:2-3).

Com a intenção de reforçar esta idéia ele afirma que: *“Se tivermos que expressar esta inteligibilidade em termos de objetivos, a única coisa que pode ser dita é que o objetivo do direito privado é ser direito privado”*<sup>26</sup> (WEINRIB, 1995:5). Com esta afirmação, Weinrib não pretende se expressar por tautologias, mas sim introduzir a sua tese de que o direito privado é um fenômeno compreensível em si mesmo.

### **2.1.2. Principais características do Formalismo**

---

<sup>26</sup> *“If we must express this intelligibility in terms of purpose, the only thing to be said is that the purpose of private law is to be private law.”* (WEINRIB, 1995:5)

Conforme apresentado acima, a teoria do direito contemporânea está profundamente influenciada pela visão de que o Direito é uma ferramenta para a consecução de certos objetivos. Assume-se, em boa parte desse debate, que o Direito é a manifestação de propósitos políticos, estando assim atrelado aos desígnios da Política (WEINRIB, 1988:951).

Para Weinrib, o formalismo é uma teoria do Direito que permite observá-lo de uma perspectiva não-funcionalista e resgatar a sua autonomia e especificidade em relação às demais áreas do conhecimento. E, segundo ele, este esforço se justifica, pois, o formalismo apresenta verdades inescapáveis acerca do fenômeno jurídico (WEINRIB, 1988:951).

No que concerne ao direito privado e, conseqüentemente à responsabilidade civil, o formalismo abre a possibilidade de compreendê-lo como o *locus* de uma racionalidade própria, dotado de força normativa interna.

Weinrib acredita nas potencialidades da abordagem formalista, pois os operadores do direito, especialmente os advogados, tendem a discordar dos estudiosos quando estes negam a autonomia e a especificidade do Direito. Nesse sentido, assevera que o formalismo se constitui num esforço de compreensão dessa intuição dos advogados de que o Direito é, de alguma maneira, uma ordem inteligível e autônoma (WEINRIB, 1988:951).

Em termos mais detalhados, o formalismo weinribiano apresenta quatro características principais. A **primeira** característica é que a teoria formalista defende a factibilidade de um método de justificação jurídica claramente discernível das disputas constantes sobre os termos básicos da vida social, características da Política. Este método permite verificar que a racionalidade jurídica é diferente e é mais determinada do que a racionalidade política.

A **segunda** característica é que essa racionalidade própria e mais determinada do Direito é imanente ao material jurídico sobre o qual ela opera. Em outras palavras, o jurista formalista busca apreender essa racionalidade analisando os materiais jurídicos (leis, doutrina, decisões) definidos institucionalmente pela tradição jurídica na qual se insere e se expressa acerca deles como parte dessa mesma tradição (WEINRIB, 1988:953).

A **terceira** característica diz respeito à força normativa do Direito. Segundo o formalismo, os materiais jurídicos oficiais, tais como leis positivas e decisões judiciais,

possuem uma dimensão moral, uma ordem moral inteligível neles pressuposta. É essa dimensão normativa inscrita no Direito que possibilita que avaliemos interpretações e decisões no âmbito jurídico como erradas ou certas (WEINRIB, 1988:953).

A **quarta e última** característica fundamental do formalismo de que fala Weinrib é que se trata de uma **noção integrativa** (ou integradora), pois, toda vez que observamos o fenômeno jurídico, as três primeiras características (racionalidade determinada, imanência e força normativa) são encontradas reciprocamente conectadas, formando um único complexo. Para Weinrib, não basta que se observe a presença simultânea desses três atributos, mas que eles estejam em relação de interdependência. (WEINRIB, 1988:953-955).

O formalismo possibilita que se compreenda o direito como fenômeno dotado de uma “racionalidade moral imanente” que, como mostraremos a seguir, é defendida por Weinrib como a melhor e mais acertada forma de se compreender o fenômeno jurídico.

Uma questão deve ser destacada. À primeira vista, o conceito de imanência pode parecer obscuro. Com ele, a teoria formalista pretende postular que, de alguma forma, o conteúdo jurídico pode se sustentar a partir de si mesmo. Esta concepção não parece tão estranha quando lembramos da característica antifuncionalista do formalismo weinribiano e na afirmação de que o Direito é dotado de uma dimensão moral. O Direito não deve ser analisado apenas, conforme a visão positivista, como a passagem de um conteúdo não-jurídico para a categoria de jurídico por meio de um ato de autoridade. O formalista dá maior ênfase ao reconhecimento daquilo que já tem algum significado jurídico. Para ele a função jurídica por excelência não se encontra no processo de produção de normas jurídicas, mas na compreensão do que está sugerido nos arranjos e relações que consideramos como jurídicas (WEINRIB, 1988:956).<sup>27</sup>

#### *2.1.2.1. O método formalista*

Compreendido como método de abordagem do Direito, o formalismo propõe como unidade básica de análise a **relação jurídica**. Segundo Weinrib, quando uma demanda é postulada, o Direito conecta uma pessoa à outra por meio de um conjunto de casos

---

<sup>27</sup> Weinrib justifica a idéia de racionalidade imanente afirmando que ela está ligado à tradição racionalista da filosofia ocidental. (WEINRIB, 1988:956, nota 25)



jurisprudenciais, regras e princípios jurídicos, doutrinas e processos institucionais, estabelecendo-se uma relação jurídica (WEINRIB, 1995:24).

A atenção do jurista formalista se volta então para a compreensão dessa relação. No caso da responsabilidade civil, objeto deste trabalho, a unidade básica de análise será, então, a relação jurídica estabelecida entre o autor da ofensa (réu) e a vítima da ofensa (autor), ao, na terminologia weinribiana, *doer e sufferer*.

Weinrib ressalta que a relação jurídica não se restringe àquela relação eventualmente estabelecida pela lei positiva, pois o formalista a enxerga como um fenômeno jurídico mais amplo. O sentido que ele atribui ao termo “jurídico” aqui está atrelado à idéia da possibilidade de sua inteligibilidade a partir de dentro (WEINRIB, 1995:25). Embora o autor admita que as indagações positivistas acerca da existência e validade das relações jurídicas sejam relevantes, ele afirma que é possível conhecer outros aspectos dessas relações caso se busque compreendê-las do ponto de vista de sua estrutura interna.<sup>28</sup>

Como será exposto de forma detalhada mais à frente, entender a estrutura interna da relação jurídica implica conhecer seus componentes básicos, apresentar como estes se relacionam e, portanto, descrever a forma da relação. Weinrib acrescenta que, enquanto método, o formalismo dá prioridade ao conhecimento da forma sobre o conhecimento da substância (ou conteúdo material), não porque esta não seja importante, mas porque é pela elucidação da forma que se chega a conhecer o princípio interno de organização da relação em questão.

### **2.1.3. A natureza da forma**

O formalismo considera que as relações jurídicas são inteligíveis por referência a si mesmas e não por referência a um objetivo dado por outra área do conhecimento, como defende o funcionalismo. Nesse sentido, é da apreensão da forma que decorre a

---

<sup>28</sup> Sobre o sentido do termo “jurídico”, Weinrib afirma que: “*I use the word ‘juridical’ in its etymological sense to refer to that which is ‘declaratory of jus’ and which therefore transcends the merely posited aspect of law as lex*” (WEINRIB, 1995:24-25).

compreensão da relação jurídica e, segundo Weinrib, “A forma significa a imanência da inteligibilidade daquilo que está sendo compreendido”<sup>29</sup> (WEINRIB, 1988:966). Em outras palavras, chega-se a conhecer a forma de uma relação jurídica quando se assume a idéia de que é possível compreendê-la internamente. Embora esta fórmula pareça um tanto obscura à primeira vista, ela se torna mais clara quando se analisa os três principais aspectos que, conectados, explicam a idéia de forma (WEINRIB, 1988:957).

Quando se busca a inteligibilidade de uma determinada coisa, na verdade, busca-se saber o que a coisa é. Para tanto, é necessário entender a conexão necessária entre a forma e o conteúdo de algo. O conjunto de propriedades de uma coisa que torna um conteúdo determinado é a forma dessa coisa (WEINRIB, 1988:958). A distinção entre forma e conteúdo é conceitual e não ontológica, pois forma e conteúdo não se encontram apartados, nem nos artefatos e objetos, nem em idéias e conceitos. Na verdade, “*forma e conteúdo são correlativos e se interpenetram*”<sup>30</sup> (WEINRIB, 1988:959).

Ocorre que é a forma que apresenta a inteligibilidade do conteúdo, de maneira que forma é o conteúdo tornado inteligível e, paralelamente, o conteúdo é a forma na qualidade de algo determinado.<sup>31</sup> Compreendemos alguma coisa, seja o conceito de relação jurídica, seja um objeto material (por exemplo, uma mesa) quando forma e conteúdo são congruentes, ou seja, quando o conjunto de propriedades que consideramos ser a forma contém determinado conteúdo e, ao mesmo tempo, a forma está representada de fato no conteúdo (WEINRIB, 1988:959).

Assim, para identificar este conjunto de propriedades que circunscreve um conteúdo é que Weinrib afirma que a forma de alguma coisa se constitui de três aspectos interconectados. O primeiro é o caráter, que significa o conjunto de características ou a seleção dos atributos decisivos para algo ser o que é. Desse conjunto de atributos depreendemos a essência ou a natureza da coisa (WEINRIB, 1988:959).

O segundo aspecto da forma é a unidade ou estrutura. Apreender a forma implica dizer que aquele algo que buscamos compreender é uma entidade única em que os atributos essenciais estão interconectados formando um todo irreduzível à mera soma das

---

<sup>29</sup> “Form signifies the immanence of intelligibility to that which is being understood.” (WEINRIB, 1988:966)

<sup>30</sup> “Form and content are correlative and interpenetrating.” (WEINRIB, 1988:959)

<sup>31</sup> Nessa passagem, Weinrib (1988:959) afirma que: “Form discloses the intelligibility of the thing’s content, so that the form is the content qua intelligible and, conversely, the content is the form qua determinate.”

partes. A forma, conseqüentemente, é uma representação abstrata das características centrais da coisa que a organiza como uma entidade unificada (WEINRIB, 1995:28).

O **terceiro e último** aspecto da forma é o tipo (gênero ou classe geral). Será a forma da coisa em questão que possibilitará ao sujeito que busca compreendê-la identificá-la como pertencente a um conjunto de outras coisas de mesmo tipo, tornando viável a classificação e agrupamento com todas as demais coisas com as quais ela divide certos atributos (WEINRIB, 1988:960).

Weinrib (1995:28) ilustra a explicação da noção de forma com o exemplo da mesa. A forma de uma mesa é a estrutura conceitual que une cada mesa particular a uma mesma idéia de mesa, fazendo com que cada uma possa ser classificada sob a rubrica “mesa”. Isso é possível, pois a forma de mesa congrega todas as características fundamentais que as mesas em geral devem ter num todo unitário. Na ausência de qualquer uma dessas características fundamentais não é possível conceber uma mesa como mesa.

Na concepção clássica de forma, essa é concebida como uma representação que se encontra na mente do sujeito que compreende. Segundo essa concepção, a forma de mesa se encontra na mente do artesão que fará uma mesa particular e faz com que, independentemente do material usado (metal, madeira, vidro), da dureza, da altura e das outras características materiais que o artesão pode escolher, ele saiba que o que está fazendo é, de fato, uma mesa. A forma é o princípio que ordena as características de algo numa unidade (como uma coisa única) (WEINRIB, 1995:26-28).

Conseguindo captar estes três aspectos de uma determinada coisa e, portanto, a partir de uma perspectiva interna, essa se torna inteligível (ou compreensível) para o sujeito (WEINRIB, 1988:960). Weinrib acredita que esse método empregado para conhecer coisas, como mesas, por exemplo, deve ser empregado também para entender o Direito. Ele afirma que “*O formalismo jurídico compreende as relações jurídicas à luz da venerável noção de forma*”<sup>32</sup> (WEINRIB, 1995:28). A forma mostra a inteligibilidade imanente do Direito ao tornar explícita a natureza da unidade e coerência dentre e entre as relações de Direito (WEINRIB, 1988:963). Em outras palavras, por meio da noção de forma,

---

<sup>32</sup> “*The legal formalist understands juridical relations in the light of this venerable notion of form.*” (WEINRIB, 1995:28)

o formalista chama a atenção para a racionalidade inerente às relações jurídicas (WEINRIB, 1988:964).

No entanto, Weinrib faz uma importante ressalva. Embora o formalismo postule que a noção de forma é capaz de captar a inteligibilidade imanente à idéia de mesa e à noção de relação jurídica, há uma importante diferença entre as duas. Enquanto objetos naturais e artefatos humanos têm características relacionadas a seus atributos físicos (materiais), os traços que determinam o caráter de uma relação jurídica são constituídos de pensamento, pois esses atributos são conceitos jurídicos, doutrinas, princípios e arranjos institucionais (WEINRIB, 1995:29).

Assim, os conceitos de unidade de características que se pode atribuir a artefatos e a relações jurídicas são bastante diferentes. Cada atributo de uma mesa, como altura ou dureza, não encontra, por natureza, nenhuma afinidade entre si que não venha do encontro na unidade do objeto ou artefato em questão (WEINRIB, 1995:29).

No entanto, uma concepção de unidade diferenciada e mais rígida se aplica às relações jurídicas e, especialmente, ao direito privado, que é a noção de **coerência interna**. A unidade da relação jurídica não resiste à mútua indiferença que se observa no caso das propriedades de uma mesa. A coerência, unidade exigida das relações jurídicas, indica a existência de algum tipo de conexão interna entre as várias características que formam o caráter da relação <sup>33</sup> (WEINRIB, 1995:30).

### 2.1.3.1. A relevância da inteligibilidade imanente

Até este ponto, é possível observar que para se compreender o que uma coisa é, é necessário distinguir a sua forma, distinção a que se chega por meio da captação dos três aspectos acima explicados (caráter, unidade e tipo). Todavia, a idéia de que a mera

---

<sup>33</sup> A esse respeito, Weinrib afirma que: “*For a juridical relationship to be coherent, its components features must come together not through the operation of something beyond them that brings them together but because they are conceptually connected in such a way that ... they intrinsically belong together*” (WEINRIB, 1995:30).

captação desses aspectos, ao final, possibilitará mostrar a inteligibilidade imanente do que está sob escrutínio parece ainda algo extremamente abstrato.

Afinal, por que a compreensão de uma coisa deve ser imanente à própria coisa? Ou seja, o que a inteligibilidade imanente tem de superior a qualquer outro método ou maneira de se entender alguma coisa tal como a inteligibilidade a partir de conhecimentos externos à coisa?

No que concerne ao Direito, para o formalismo weinribiano, vale a premissa de que não há uma disjunção qualitativa entre o pensamento do sujeito que investiga e o objeto da investigação. Assim, não há diferença qualitativa entre o pensamento sobre o Direito e o objeto Direito (WEINRIB, 1988:961).

Para Weinrib, o direito é constituído pelo pensamento, seu conteúdo são conceitos. Nesse sentido, ele afirma que: “*O direito é idêntico às idéias nas quais ele está contido e a inteligibilidade do direito se encontra em compreender a ordem e a conexão dessas idéias*”<sup>34</sup> (WEINRIB, 1988:962). Por isso, o formalista entende o Direito como essencialmente conceitual e passível de ser compreendido via pensamento (WEINRIB, 1988:962).

Considerando o conteúdo do Direito homogêneo com o pensamento sobre o Direito, para o formalista o fenômeno jurídico é inteiramente acessível pelo pensamento, o que possibilita a elucidação da relação forma e conteúdo a partir de dentro. Compreender o Direito envolve um esforço da mente em penetrar a estrutura de pensamento que o Direito incorpora. A elucidação do Direito por meio da noção de forma é uma maneira de exibir a inteligibilidade imanente do conteúdo do Direito (WEINRIB, 1988:962).

Neste ponto vale uma explicação importante a respeito da perspectiva teórica adotada por Weinrib. Num certo sentido, seu esforço teórico é descritivo, pois ele pretende expor uma moldura que separa Direito e Política e, portanto, objetiva descrever o que considera a marca do que diz respeito ao jurídico: a inteligibilidade como um fenômeno internamente coerente.

---

<sup>34</sup> “*Law is identical to the ideas of which it is comprised, and the intelligibility of law lies in grasping the order and connection of these ideas.*” (WEINRIB, 1988:962)

No entanto, como o próprio Weinrib (1988:962) assinala, nem sempre os materiais jurídicos (direito positivo e doutrinas) parecem ser manifestações dessa concepção formalista de Direito, ou seja, algumas vezes esses materiais parecem não se encaixar no esquema descritivo proposto. Também as decisões judiciais podem expressar de forma defeituosa a inteligibilidade imanente do Direito ou simplesmente não expressá-la.

Estes fatos não invalidam o argumento de Weinrib, pois ele afirma que a tarefa do formalista é tornar explícita a inteligibilidade latente nos materiais jurídicos e também, por meio disso, indicar quais são os erros e desvios de um determinado material jurídico.<sup>35</sup> Assim, a concepção formalista de Direito possibilita a formação de um juízo crítico acerca das regras positivas e doutrinas jurídicas. Para esta crítica, a compreensão das implicações relacionadas ao conceito de inteligibilidade imanente é fundamental.

Voltando à pergunta inicialmente formulada, a inteligibilidade imanente é superior a outras formas de compreensão dos fenômenos, pois é a única que é **auto-suficiente**. Como afirma Weinrib, ela não é uma subespécie dentro de um gênero maior de formas de compreensão, mas sim, é um paradigma de inteligibilidade (WEINRIB, 1988:963).

Quando utilizamos qualquer estratégia de compreensão como, por exemplo, a estratégia instrumentalista o que fazemos é buscar entender determinada coisa a partir de outra (digamos que para entender A, nos utilizamos de B). Ocorre que também precisaremos compreender B para compreender A, e para compreender B teremos que fazer uso de C. Segundo Weinrib, esta cadeia segue até que alcancemos (ou não) algo que seja compreensível internamente. No caso da compreensão instrumental, portanto, apenas deslocamos momentaneamente o problema da inteligibilidade, mas não o resolvemos definitivamente (WEINRIB, 1988:963).

Portanto, a inteligibilidade imanente é um paradigma, pois se trata da melhor forma de entender algo. Some-se a isso a afirmação weinribiana de que o Direito é immanentemente inteligível e temos o pano de fundo de como, para ele, deve se dar a apreensão dos fenômenos jurídicos.

No caso do Direito, é a relação dinâmica entre forma e conteúdo que pode ser compreendida immanentemente, iniciando-se sempre pela elucidação dos três aspectos da

---

<sup>35</sup> Weinrib (1988:963) afirma que: “*The task for the formalist is to make explicit the intelligibility latent in the legal materials and thereby to indicate that from which legal error is a deviation.*”

forma (caráter, unidade e tipo). O formalista nega que o Direito esteja governado pela contingência e, ao contrário, busca chamar a atenção para a racionalidade inerente às relações jurídicas por meio da noção de forma (WEINRIB, 1988:964). Portanto, para Weinrib, é a forma que possibilita que enxerguemos esta racionalidade latente.

A forma jurídica é também inerentemente não-instrumental, pois as relações jurídicas podem ser elucidadas internamente (a partir de si mesmas), não necessitando de explicações de caráter instrumental e externo (WEINRIB, 1988:964). A esse respeito, Weinrib (1988:964) diz o seguinte:

*“Para o formalismo, a ordenação legal (jurídica) não é a persecução coletiva de um objetivo desejável. Ao invés disso, ela é a especificação das normas e princípios imanentes às relações juridicamente inteligíveis”.*<sup>36</sup>

A justificação jurídica deve perseguir esta tarefa de especificação de normas e princípios imanentes às relações inteligíveis como jurídicas. Ele salienta que existem outras relações, que não são jurídicas, em que o arranjo lógico pode ser, sem prejuízo, de persecução de objetivos coletivos de caráter instrumental, tais como os objetivos estabelecidos na esfera política.

No entanto este não é e não pode ser o caso do Direito, pois tais objetivos instrumentais estão fora de seu domínio e a sua compreensão. Podendo ser acessado por uma compreensão não-instrumental, o Direito se eleva a uma categoria de coisas que pode ser explicada pela melhor forma de entendimento (WEINRIB, 1988:965).

Weinrib é categórico em afirmar que a compreensão não-instrumental é superior à instrumental. Segundo ele, a primeira é independente e fundamental enquanto que a segunda será sempre apenas uma opção subsidiária e imperfeita.<sup>37</sup>

#### **2.1.4. A relação entre forma e conteúdo: como identificar a forma a partir de um determinado conteúdo**

---

<sup>36</sup> “For formalism, legal ordering is not the collective pursuit of a desirable purpose. Instead, it is the specification of the norms and principles immanent to juridically intelligible relationships” (WEINRIB, 1988:964).

<sup>37</sup> Weinrib (1988:965) afirma que a compreensão instrumental é sempre a segunda opção: “the former [instrumental understanding] comes into play only by default, as a second-best.”

Para compreender o Direito a partir da teoria weinribiana, é necessário saber como distinguir a forma que circunscreve e delimita cada conteúdo jurídico. Segundo Weinrib há dois estágios que se deve percorrer para se vislumbrar a forma de uma relação jurídica.

Seguindo a idéia de que a forma possui três aspectos distintivos que são caráter, unidade e o tipo (gênero), o **primeiro estágio** envolve buscar distinguir o caráter e para isso, é preciso, em primeiro lugar, identificar as características essenciais de uma dada relação jurídica (WEINRIB, 1988:966).

A seleção das características essenciais se dá por meio de um processo de indicação, algo intuitiva, de aspectos que pareçam centrais quando da análise do conteúdo de determinada relação. Weinrib não considera problema algum afirmar este processo de indicação intuitiva. Para ele, essas características centrais emergem quase espontaneamente da consciência jurídica (WEINRIB, 1988:967).

No nível teórico, essas características dizem respeito àqueles aspectos de um determinado instituto jurídico que devem ser explicados e debatidos pelo estudioso ou então criticados e refutados de forma fundamentada. No nível prático, são incorporadas ou pressupostas no discurso jurídico e reconhecidas, ainda que de forma implícita, como inescapáveis à continuidade da elaboração do material jurídico, ou seja, das regras e princípios jurídicos, da doutrina e das decisões. Mais do que isso, segundo Weinrib, essas características centrais são daquelas coisas a respeito das quais os advogados falam, ou seja, que fazem parte do discurso dos operadores do direito, sendo a base do modo como eles compreendem e organizam seu pensamento sobre o Direito.<sup>38</sup>

Weinrib (1988:967) apresenta como exemplo desse estágio de seleção de características centrais o caso de responsabilidade com culpa (*negligence law*)<sup>39</sup>, que corresponde aproximadamente aos casos de responsabilidade com culpa na responsabilidade civil brasileira. Quando se reflete acerca dessa modalidade de responsabilidade civil (*torts*)<sup>40</sup> algumas características chamam a atenção.

---

<sup>38</sup> Tratando as características essenciais que emergem espontaneamente da consciência legal, Weinrib afirma o seguinte: “*These features form the stuff of lawyers’ talk.*” (WEINRIB, 1988:967)

<sup>39</sup> Vide: INTRODUÇÃO, nota de rodapé nº4

<sup>40</sup> Vide: INTRODUÇÃO, nota de rodapé nº4



Pensa-se, dentre outras coisas, num conjunto de decisões judiciais que tratam de questões específicas como, por exemplo, se existe ou não responsabilidade decorrente de choque nervoso ou se o locador de um imóvel tem o dever de proteger seus inquilinos contra ladrões. Estas questões específicas se relacionam a conceitos jurídicos como dever, causa e culpa que, por sua vez, se conectam a noções ainda mais abrangentes como de correlação entre o direito do ofendido-autor e o dever do ofensor-réu. Este formato bilateral, por sua vez, remete-se à idéia de se levar a demanda a um terceiro imparcial, um juiz, que decide a controvérsia e, se for o caso, determina a transferência de um montante de dinheiro de uma parte para outra (WEINRIB, 1988:967).

Todavia, a mera intuição sobre quais são as características centrais de determinada relação jurídica, tais como as acima elencadas no exemplo de *negligence law*, não basta para se apreender a sua forma. É preciso que estas características formem um todo unitário e, para isso, é necessário que elas tenham coerência interna. Este **segundo estágio** é importante para comprovar se as características apontadas intuitivamente no primeiro estágio são realmente essenciais para a relação em questão e não meramente um resultado desarticulado e camuflado de escolhas ideológicas e subjetivas que não expressam nenhum critério válido de justificação (WEINRIB, 1988:968).

Passa-se assim para o segundo estágio que envolve a distinção de outro aspecto da forma, a **unidade**. Para que a relação jurídica seja inteligível, o teórico formalista entende que ela deve ser coerente. Conforme foi dito acima, a verificação da coerência é um passo fundamental para assegurar que as características intuitivamente selecionadas na fase anterior sejam mesmo aquelas centrais para a compreensão da relação sob escrutínio. Para isso, faz-se necessário analisar se elas formam um todo e assegurar que esse todo não seja resultado da mera justaposição de elementos individualmente autônomos, mas que o agrupamento dos elementos seja compreendido como maior do que a soma das partes.<sup>41</sup>

Havendo uma unidade em que o todo seja maior do que a soma das partes, essas não existem autonomamente, tais como as características dos objetos e artefatos a que fizemos referência anteriormente.<sup>42</sup> As funções das partes são dadas inteiramente pela

---

<sup>41</sup> Para explicar a idéia de unidade, Weinrib faz uma analogia com o organismo. Segundo ele, a relação jurídica é um organismo conceitual em que cada componente tem significado como parte de uma totalidade (WEINRIB, 1988:969).

<sup>42</sup> Conforme dito no item 2.1.3. *A natureza da forma*, o conceito de unidade de características de um objeto ou artefato humano é distinto do conceito de unidade aplicável às relações jurídicas. No primeiro, as

situação em que se encontram como elementos do todo, formando uma unidade e não uma mera justaposição.

A forma é um princípio de estrutura, o que implica dizer que se as relações jurídicas tuteladas pelo Direito forem algo mais do que uma mera sucessão de soluções particulares *ad hoc*, isto significará que há uma forma que se encontra subjacente às doutrinas e instituições jurídicas. É nessa forma que os elementos essenciais da relação se encontram compreendidos como componentes (partes) de uma totalidade unificada (WEINRIB, 1988:969).

Weinrib compreende uma série de componentes da responsabilidade com culpa (*negligence law*) como exemplificações de uma idéia constante: a interação bipolar entre autor e réu. Para ele, doutrinas e conceitos centrais de responsabilidade com culpa como causa próxima, causalidade de fato, dever e culpa expressam a noção de bipolaridade. Igualmente, aspectos institucionais, tais como o modelo de tomada de decisão judicial e a outorga indenização, preservam, segundo ele, a bipolaridade na interação entre as partes. Ele conclui que essa convergência dos elementos selecionados como essenciais (no primeiro estágio de identificação da forma) sugere que a bipolaridade seja a chave para a coerência no âmbito da responsabilidade com culpa (*negligence law*).

A abordagem formalista interpreta as articulações entre os elementos doutrinários, conceituais e institucionais, que expressam essa interação bipolar, como um esforço para se atingir a coerência, ou seja, para que as características centrais formem uma unidade. Se elas puderem ser compreendidas como uma unidade, a essencialidade das mesmas estará comprovada, passando pelo teste necessário à superação do segundo estágio da identificação da forma, acima descrito (WEINRIB, 1988:969).

#### 2.1.4.1. A coerência como critério de verdade

---

características do artefato, por exemplo, de uma mesa tais como, dureza, altura, material empregado tem significado e existência autônoma, fora do todo que formam, ou seja, a mesa. O mesmo não ocorre com as relações jurídicas, o conceito de unidade aplicável a elas, coerência interna, exige que as partes individualmente consideradas só possuam existência a partir de seu pertencimento ao todo.

Com a seleção das características realmente essenciais da relação jurídica em questão e com a verificação da centralidade dessas características a partir da observação do pertencimento das mesmas a uma unidade, o caminho para a identificação da forma da relação jurídica está traçado. Todavia, é preciso esclarecer mais detidamente a importância do conceito de coerência dentro do quadro teórico weinribiano.

Segundo Weinrib (1988:972), a coerência é o critério de verdade para a compreensão formalista das relações jurídicas.<sup>43</sup> Quando se pretende negar ou confirmar a essencialidade das características, julgadas fundamentais por meio de nossa intuição inicial, é preciso indagar, justamente, se estas características são coerentes entre si ou não. Se forem coerentes e, assim, formarem um todo unitário, então saberemos que são mesmo as características essenciais da forma. Se, ao contrário, não forem coerentes saberemos que a seleção inicial estava equivocada.

Em outros termos, identificar que um arranjo é coerente significa constatar que aquele arranjo explora seu completo alcance normativo (WEINRIB, 1988:971). É necessário verificar se o conjunto de aspectos ou argumentos justificatórios é coerente entre si. Se forem coerentes entre si, esses estarão atuando com sua máxima força normativa.

Weinrib (1988:970) busca esclarecer este ponto utilizando-se do exemplo da justificativa do *loss-spreading*, muitas vezes invocada no âmbito da responsabilidade civil. O *loss-spreading* ou distribuição do prejuízo (ou da perda) é uma razão comumente invocada pelos juízes para distribuir o prejuízo ou o ônus provocado pelo acidente pelo maior número possível de pessoas. A idéia que anima esta justificativa é a da diminuição da utilidade marginal do dinheiro por meio da pulverização do ônus do acidente entre uma grande quantidade de pessoas para que ninguém arque isoladamente com o valor da perda.

Weinrib (1988:970) aponta que essa doutrina tem sido considerada condizente com a idéia geral que embasa a responsabilidade civil, pois, nesse caso, a atuação judicial preserva o esquema de decisão e julgamento descentralizado que faz parte da tradição da responsabilidade civil e não busca um novo padrão de riqueza, mas apenas o restabelecimento da distribuição pré-existente antes da ocorrência do dano.

---

<sup>43</sup> Segundo Weinrib (1988:972): “Coherence is the criterion of truth for the formalist understanding of the juridical relationship.”

Todavia, para ele, no caso do *loss-spreading*, o modelo de tomada de decisão judicial institucionalmente definido, isto é, em que duas partes levam a questão para um juiz (ou para um júri e juiz em *Common Law*) e o princípio de distribuição de ônus entre o maior número de pessoas não fazem parte da estrutura justificatória um do outro, pois a decisão judicial, na medida em que não pode extrapolar os limites da demanda e envolver um grupo, restringe o alcance e, portanto, a força justificadora do *loss-spreading* (WEINRIB, 1988:971).

Respeitado esse modelo de solução que só é iniciado quando a parte lesada demanda em juízo, o ímpeto distributivo do *loss-spreading* fica restrito ao surgimento da demanda judicial que ocorre de forma dispersa e eventual.

Weinrib (1988:971) defende que a idéia de que o ônus de um grande prejuízo (mesmo que não seja ilícito e não esteja sob a tutela da responsabilidade civil) deva ser espalhado amplamente, não se tornando tão gravoso aos atingidos, é pertinente para além do âmbito da responsabilidade civil. Conseqüentemente, a incoerência da combinação dos dois demonstra que eles não se constituem em aspectos da mesma forma jurídica. Nas palavras de Weinrib (1988:971):

*“... o ambiente institucional apropriado para a distribuição do prejuízo (perda) não é o litígio judicial, mas um esquema geral de seguro social ou taxaço que poderia espalhar a perda accidental de forma tão esparsa e abrangente quanto possível”.*<sup>44</sup>

Como o exemplo do *loss-spreading* mostra, nem sempre os materiais jurídicos (doutrinas, decisões judiciais e direito positivo) se amoldam ao esquema descritivo de Weinrib. Na verdade, Weinrib não nega que os sistemas jurídicos sofisticados possam incorporar argumentos justificatórios contraditórios e incoerentes. Esse fato, segundo ele, não enfraquece seu argumento. O que é importante é que esta coerência é possível e, mais, os materiais jurídicos são inteligíveis na medida em que a coerência é atingida e são falhos e defeituosos na medida em que a coerência não é atingida (WEINRIB, 1988:972). Portanto, a coerência faz o papel de critério de análise e julgamento dos materiais jurídicos.

---

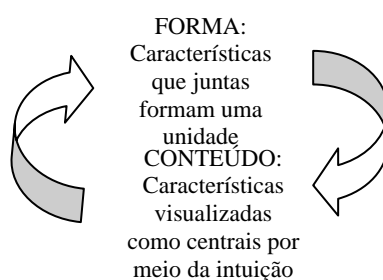
<sup>44</sup> No original: “the appropriate institutional setting for loss-spreading is not the bipolarity of litigation, but a general scheme of social insurance or taxation that would spread accidental loss as thinly and broadly as possible” (WEINRIB, 1988:971).

Interessante notar aqui que Weinrib usa repetidamente a expressão “sistemas jurídicos sofisticados”. Para ele, a marca da sofisticação é a tendência à coerência e adequação às formas de justiça (WEINRIB, 1988:966; 977). Ele afirma que a maioria de seus leitores, bem como os operadores do direito dos principais sistemas jurídicos hoje existentes tais como, *Common Law*, *Civil Law*, sistema romano, lei talmúdica, compreendem os mesmos como sofisticados nesse sentido específico, ou seja, pela valorização que estes sistemas fazem da coerência e pela persecução dessa coerência, mesmo que não a tenham atingido (WEINRIB, 1988:966, nota de rodapé 42).

Nessa linha de raciocínio, e como ele mesmo salienta, tanto o sistema de *Common Law*, quanto o sistema de *Civil Law* preenchem este requisito de sofisticação. No *Civil Law* a pretensão de coerência é até mais explícita no ideário das codificações e persiste ainda hoje (WEINRIB, 1988:966, nota de rodapé 42).

A razão pela qual a coerência funciona como um critério de verdade é porque a forma legal (jurídica) se ocupa da inteligibilidade imanente. Por conta disso, a coerência jurídica, que se constitui num critério interno de aferição da unidade, não pode ser posta em risco em função de um critério extrínseco, ainda que extremamente desejável, pois isso tornaria a inteligibilidade não mais imanente e interna, mas externa (WEINRIB, 1988:973). Como sabemos, para Weinrib, a inteligibilidade externa é considerada inferior em sua capacidade explicativa à inteligibilidade interna, pois a interna é auto-suficiente enquanto a externa não. Assim, a coerência que deve ser perseguida pelo formalista é a coerência interna.

Segundo Weinrib (1988:974) a afirmação de que relações jurídicas têm uma forma imanente unificadora possibilita que a compreensão interna do Direito atinja um patamar superior em relação à intuição inicial das características centrais. A forma está implícita nessas características, por isso, o que se faz quando se busca identificar a forma iniciando pelas características é percorrer uma espécie de círculo, conforme a representação abaixo:



Toda relação jurídica possui em si forma e conteúdo. Não há uma separação entre essas duas esferas. A esse respeito, Weinrib afirma que (1988:974): “A *inteligibilidade envolve a interpenetração do conteúdo e de sua forma imanente. Atinge-se uma completa compreensão quando a forma é exibida e o conteúdo é visto como adequado ela*”.<sup>45</sup> A inteligibilidade jurídica emerge do movimento autocontido do conteúdo para a forma e novamente para o conteúdo.

O movimento do conteúdo à forma e novamente de volta ao conteúdo é circular e, por essa razão, passível de crítica, especialmente por parte das abordagens funcionalistas. No entanto, Weinrib não vê nisso um problema ou fundamento para crítica, mas, ao contrário, um ponto forte de sua tese e chama a atenção para o fato de que a idéia de circularidade está presente no trabalho de filósofos importantes de diferentes períodos como Parmênides, G. Hegel e H. Gadamer (WEINRIB, 1988:975).

Segundo ele, a circularidade se deve à natureza autocontida da inteligibilidade. Como para ele a inteligibilidade interna é uma forma superior de se alcançar a compreensão da relação jurídica, a circularidade não é um problema, pois expressa a idéia de que o meio para se compreender está contido na própria coisa a ser compreendida, indo, portanto, ao encontro da tese da superioridade da inteligibilidade interna sobre a externa (WEINRIB, 1988:975).

### **2.1.5. As formas de Justiça**

Até o momento foram analisadas as maneiras de se partir do conteúdo das relações jurídicas para se chegar à forma, mas não foi discutida detidamente esta noção de forma jurídica. Também foi dito que a coerência é o critério de verdade na concepção formalista e que quanto mais inclusiva maior sua capacidade explicativa.

---

<sup>45</sup> “*Intelligibility involves the interpenetration of content and its immanent form. One achieves a complete understanding when the form is exhibited and the content is seen as adequate to it*” (WEINRIB, 1988:974).

Por essa razão, o formalista busca a unidade mais abrangente em que possa incluir a relação jurídica analisada, bem como a estrutura justificatória (forma) mais geral que a relação materialize.

Esta característica de abrangência e generalidade que se busca nas estruturas justificatórias deve ser atingida pela subsunção de um determinado item (determinada relação jurídica, por exemplo) a um nível mais alto de abstração. Ou seja, a relação inicialmente analisada estará contida na estrutura (forma) mais abstrata (WEINRIB, 1988:976).

Weinrib explica que cada relação jurídica particular deve fazer parte de uma determinada forma, que estará num nível de abstração mais elevado. A abstração serve para esclarecer qual é a estrutura comum que está acima das várias relações que se agrupam. Para que o todo seja coerente, as relações jurídicas não podem ser classificadas umas com outras de maneiras variadas, mas devem materializar a idéia unificadora da forma à qual pertencerem (WEINRIB, 1988:976).

É nos eventos que acontecem no mundo que se originam as relações jurídicas. Esses eventos são dados (particularidades) que entram no universo jurídico a partir de categorias (tais como, dever, causa e culpa). Essas categorias abstraem as particularidades dos dados de realidade dando-lhes tratamento abstrato (WEINRIB, 1988:976). Nesse processo, as categorias ficam apenas com os elementos estruturantes e cada dado particular é alocado (classificado) numa delas de acordo com os elementos estruturantes que possua.

Esse processo de construção de categorias jurídicas é o campo privilegiado de trabalho do estudioso dogmático do direito. O teórico formalista do direito avança mais um passo nesse trabalho abstraindo ainda mais dessas categorias jurídicas na busca de concepções ainda mais abstratas e gerais até chegar às formas mais abstratas possíveis (WEINRIB, 1988:976).

#### *2.1.5.1. As duas formas de justiça*

Weinrib atribui a Aristóteles as origens de sua idéia de formas de justiça. Para ele, Aristóteles foi o primeiro a descrever estas abstrações ao discutir o problema da justiça em

sua obra *Ética a Nicômaco*. Sua contribuição fundamental foi identificar quais são os padrões conceituais mais abstratos e abrangentes inerentes às relações jurídicas, que foram chamados por ele de formas de justiça (WEINRIB, 1988:977).

Para Weinrib, Aristóteles identificou os mais elevados padrões conceituais de racionalidade que regem as relações externas entre pessoas, valendo também como as mais inclusivas e gerais categorias para a coerência e, por esta razão, considera que a contribuição aristotélica é aplicável a qualquer ordenação jurídica de interações externas. A esse respeito, ele aponta que: “*Aristóteles fornece o mais formal relato possível das estruturas que poderiam estar latentes nas transações externas entre pessoas*”<sup>46</sup> (WEINRIB, 1988:977).

A leitura que Weinrib faz da contribuição aristotélica é de que estas abstrações são iminentes ao conteúdo do Direito, devendo-se partir dos sistemas jurídicos particulares para se chegar à sua descoberta. Ele afirma que os sistemas jurídicos sofisticados estão permeados por essas formas e, na verdade, é a própria adequação dos mesmos às formas que os tornam mais ou menos sofisticados (WEINRIB, 1988:977).

Acompanhando Aristóteles na *Ética a Nicômaco*, Weinrib considera que se tratam de duas formas de justiça iminentes às relações jurídicas: a **forma da justiça corretiva** e a **forma da justiça distributiva**. Para Weinrib, estas duas estruturas se constituem nos dois modos mais abstratos de expressar a coerência das relações bipolares de Direito Privado (WEINRIB, 1988:978). Portanto, a subsunção das relações jurídicas a uma dessas duas formas é condição de inteligibilidade interna das mesmas.

A **justiça corretiva** é uma forma. Essa forma é considerada por Weinrib como o mais abstrato modo de coerência aplicável às relações de direito privado, pois nela está presente a característica estrutural central do direito privado que é a correlação entre as partes que formam uma única transação (bilateralidade entre um fazer e um sofrer) ou, nas palavras de Weinrib, “*o significado especial de um fazer e um sofrer*”<sup>47</sup> (WEINRIB, 1988:979).

---

<sup>46</sup> “*Aristotle provides the most formal account possible of the structures that could be latent in the external dealings among persons.*” (WEINRIB, 1988:977)

<sup>47</sup> “*the special significance of doing and suffering*” (WEINRIB, 1988:978)



A segunda estrutura subjacente ao Direito é a forma da **justiça distributiva**. Nela o que está em jogo é a divisão de um benefício ou um ônus entre um determinado conjunto de pessoas a partir de um certo critério.

Para Aristóteles, a justiça era considerada, em sentido amplo, uma espécie de meio-termo que se exerce em relação ao próximo, ao outro. Ele entendia a justiça como uma excelência moral que se exerce no sentido do que é vantajoso para os outros (ARISTÓTELES, 1985:1129a e 1130a). Em sentido estrito, no entanto, Aristóteles apresentou duas acepções de justiça de onde Weinrib extrai as concepções das duas formas de justiça. Uma seria relativa a distribuições de funções elevadas de governo, de dinheiro ou de quaisquer outros benefícios que a cidade possa partilhar entre seus membros, de acordo com os méritos de cada um. Outra seria relativa a uma “*função corretiva na relação entre pessoas*”, relações estas que podem ser voluntárias ou involuntárias (ARISTÓTELES, 1985:1131a).

O justo é apresentado a partir de representações matemáticas. Aristóteles faz referência a um sentido de justiça, a justiça distributiva, como parte do gênero “proporcional”. Nesse sentido, o justo envolve um mínimo de quatro elementos arranjados na forma de razões: A está para B, assim como C está para D, ou seja,  $A + C$  está para  $B + D$ . A esse respeito, Aristóteles afirma que (1985:1131b) que:

*“O princípio da justiça distributiva, portanto, é a conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo nesta acepção é o meio termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é um meio termo, e o justo é o proporcional.”*

Como a justiça distributiva é o princípio que atua na divisão dos méritos ou bens públicos entre os membros da *polis*, a divisão justa “*corresponde aos méritos relativos das pessoas envolvidas*” (ARISTÓTELES, 1985:218, nota 130). Isto implica que se Hércules luta por 10 soldados e cada soldado recebe 1 moeda de ouro, é justo, porque proporcional, que Hércules receba 10 moedas de ouro. Os méritos relativos de Hercules são superiores aos demais soldados, portanto, é justo que receba mais honrarias ou ouro do que os demais.

A outra espécie de justiça é a corretiva que, segundo Aristóteles, é relativa às relações privadas, voluntárias e involuntárias (ARISTÓTELES, 1985:1132a). Nesse caso, trata-se de um tipo distinto de igualdade, não proporcional, mas aritmética. No caso da

justiça corretiva, não se trata de verificar os méritos relativos das partes envolvidas, mas de considerar, como propõe Aristóteles (1985:1132a), “*as partes como iguais, perguntando somente se uma das partes cometeu e a outra sofreu a injustiça, e se uma infligiu e outra sofreu um dano*”.

Neste caso, constatada a injustiça e o dano, o juiz exercerá o papel de restabelecer a igualdade, aplicando uma penalidade ao ofensor na qual é definido que o excesso de ganho deve ser transferido para aquele que sofreu a injustiça. Nas palavras de Aristóteles, “*a justiça corretiva, portanto, será o meio termo entre perda e ganho*” (ARISTÓTELES, 1985:1132a).

Segundo a leitura weinribiana, Aristóteles se referiu a esses dois tipos de justiça como padrões conceituais gerais e não como ideais substantivos, ou seja, apontou as formas mais abstratas e gerais às quais uma ordenação de natureza jurídica deve se conformar se tiver a pretensão de manter a coerência interna, mas não atribui a estes padrões um conteúdo.<sup>48</sup>

No caso da justiça corretiva, a pretensão de coerência interna envolve a manutenção de uma estrutura bipolar (duas partes) e correlativa, comumente observada nas transações, isto é, trata-se de uma relação direta entre as partes, não mediada (WEINRIB, 1988:979). No caso da justiça distributiva é necessário que, uma vez escolhido o critério, benefício ou ônus e o conjunto de pessoas, a relação entre estes elementos seja mantida e igualmente aplicada para todas as pessoas que se encaixem na situação, preservando-se sempre o esquema de distribuição escolhido (WEINRIB, 1988:980).

Estas duas formas de justiça encerram **duas noções distintas de igualdade**. A igualdade da justiça corretiva é, nas palavras de Weinrib, uma igualdade conceitual ou “nocial”.<sup>49</sup> No início da transação as partes são vistas como iguais, independentemente da condição material que tenham ou *status* social que possuam, até que uma perturbe a esfera da outra e surja uma desigualdade em relação ao momento inicial e, com isso, a

---

<sup>48</sup> A esse respeito, Weinrib (1988:979) afirma que: “*Para Aristóteles, estes dois tipos de justiça não eram ideais substantivos particulares. Antes, eles foram os padrões conceituais mais gerais aos quais qualquer ideal substantivo de uma ordem legal teria que se conformar se fosse para ter coerência interna*”. No original: “*For Aristotle, these two kinds of justice were not particular substantive ideals. Rather, they were the most general conceptual patterns to which any substantive ideal of legal ordering would have to conform if it was to have inner coherence*”.

<sup>49</sup> Acerca da igualdade aplicável à justiça corretiva, Weinrib afirma que: “*This notional equality represents the implicit rationality of the transaction*” (WEINRIB, 1988:980).

necessidade de uma correção do distúrbio. Falamos aqui de uma igualdade de quantidades, em um  $a=b$  (WEINRIB, 1988:980). Nesse caso, a função do juiz é preservar a igualdade nocional inicial impondo à parte infratora a transferência de uma determinada quantia que equivale ao desvio ocorrido em relação à racionalidade implícita na transação (WEINRIB, 1988:980).

Contrastando com a igualdade quantitativa característica da justiça corretiva, a igualdade da justiça distributiva é uma igualdade proporcional ( $a+c = b+d$ ). Há um momento em que se toma a decisão de juntar os três elementos da distribuição, (i) benefício ou ônus, (ii) grupo de pessoas receptor do benefício ou ônus, sob um (iii) critério para a distribuição (WEINRIB, 1988:981). O direito que cada pessoa tem ao benefício ou ônus em questão é igual ao dos demais membros daquele grupo. Não se trata aqui de uma igualdade entre duas partes, mas de uma igualdade entre membros de um grupo de receber o produto de uma distribuição segundo um certo critério.

#### **2.1.6. A força normativa das formas de justiça**

Segundo Weinrib, na concepção formalista, o Direito se distingue da Política por ser dotado de uma “racionalidade moral imanente”. Como vimos acima, a racionalidade imanente é dada pela formas de justiça, tal qual descritas por Aristóteles. O Direito é considerado apolítico na medida em que traduz os contornos dessas duas formas de justiça (corretiva e distributiva) para a realidade jurídica, tornando-a um empreendimento coerente internamente (WEINRIB, 1988:995).

Com isso, as características da imanência e da racionalidade (inteligibilidade) das formas de justiça já estão apresentadas. Também está claro que para atingir a coerência, os arranjos jurídicos devem se adequar às formas de justiça. Assim, essas formas demandam, ainda que implicitamente, ser respeitadas pelo direito positivo. Esta demanda atesta a relevância normativa das formas, que anula qualquer possível propósito externo ao próprio Direito, e indica que as formas são dotadas de força moral que, num certo sentido, as torna obrigatórias (WEINRIB, 1988:995-996).

Com relação a esse último ponto, resta esclarecer exatamente em que sentido Weinrib pode afirmar que as formas possuem força moral e de onde surge esta normatividade atribuída às formas da justiça.

A primeira questão que se deve ter em mente é que assim como a inteligibilidade deve ser imanente ao material jurídico, também a normatividade o será. Isso porque, a força impositiva das formas sobre o material jurídico não pode ser atribuída a qualquer elemento ou valor externo ao próprio material, sob pena de se garantir a normatividade ao preço de aniquilar a imanência (WEINRIB, 1988:996). Em razão disso é que para manter a perspectiva interna a normatividade deverá também ser imanente.

É nas próprias formas de justiça que se encontra a sua força moral. A justiça corretiva e a justiça distributiva são normativas porque são a própria essência da normatividade com respeito às relações externas (WEINRIB, 1988:996). Para Weinrib, as formas de justiça transportam para as relações externas a noção kantiana de obrigatoriedade. Sua tese é que a normatividade kantiana está pressuposta pelas formas de justiça aristotélicas.<sup>50</sup>

Weinrib apóia sua tese no fato de que as formas, sendo as construções mais abstratas e formais que organizam as relações externas, não incorporam nenhuma noção determinada de bem e, por conseguinte, só podem estar embasadas na noção kantiana de direito. Segundo ele: “*Dado que o direito kantiano está implícito nas formas de justiça, elas estão fundamentadas numa concepção de normatividade – de fato, numa concepção de normatividade particularmente estrita.*”<sup>51</sup> (WEINRIB, 1988:996).

Analisando a justiça corretiva é possível observar como suas características se relacionam com a normatividade imanente da forma. Em primeiro lugar, a justiça corretiva trata as partes como formalmente iguais e desconsidera a condição material, as virtudes ou a posição social que as mesmas ocupam. Em segundo lugar, a necessidade de retificação exigida pela justiça corretiva restaura esta igualdade formal ou nocional. A interação entre as partes é o que importa na justiça corretiva, portanto, leva-se em conta o aspecto externo e interpessoal para se compreender a relação em questão (WEINRIB, 1988:997).

---

<sup>50</sup> Em suas próprias palavras, Weinrib assevera que: “*On the one hand, Kantian normativity is presupposed in the forms as a condition of their being justificatory. On the other, the structures of the two forms are themselves the juridical expressions of this presupposed Kantian normativity.*” (WEINRIB, 1988:996)

<sup>51</sup> “*Inasmuch as Kantian right is implicit in the forms of justice, they are grounded in a conception of normativity – indeed, in a particularly stringent conception of normativity.*” (WEINRIB, 1988:996)

Para Weinrib: “A justiça corretiva pode ser (...) descrita em termos kantianos (...) como a ordenação de interações imediatas que pessoas morais kantianas reconheceriam como expressivas de sua natureza”<sup>52</sup> (WEINRIB, 1988:998). Essa natureza inclui a necessidade de interagir com outras pessoas morais, respeitando a liberdade de cada uma.

Assim, em termos kantianos, a justiça corretiva deve ser entendida como a relação entre pessoas que se estabelece a partir da premissa de que cada pessoa moral tem o dever de não interferir de forma moralmente errada ou ilicitamente com integridade física e com a propriedade das outras personalidades morais e, portanto, cada pessoa moral tem o direito a esta não interferência em sua esfera física e em seus bens (WEINRIB, 1988:999).

Igualmente, o kantismo pode descrever a normatividade ínsita à justiça distributiva. A justiça distributiva se apóia na separação kantiana entre pessoas e coisas. A diferença entre eles é que os objetos (coisas) podem ser utilizados como meios para se atingir um determinado fim, ou seja, as coisas têm utilidade de acordo com os objetivos a atingir. Já a natureza de uma pessoa é ser um fim em si mesma e nunca um meio para um fim. A noção de personalidade (“*personhood*”) age como uma restrição ao funcionalismo, pois as pessoas morais só podem ser concebidas como fins e assim distinguidas das coisas, objeto da distribuição (WEINRIB, 1988:990).

A justiça distributiva é a forma geral e abstrata que ordena todas as possíveis distribuições particulares, mas é em si mesma neutra em relação a elas. Isto é possível porque a forma da justiça distributiva pressupõe, assim como a justiça corretiva, a existência de personalidades morais abstratas (WEINRIB, 1988:998).

Segundo Weinrib (1988:999), a confirmação de que as formas da justiça possuem essa dimensão normativa acontece especialmente através do direito positivo. Segundo o autor, o direito positivo reflete a normatividade imanente às duas formas por meio da operação retrospectiva operada pelos remédios judiciais. A característica retrospectiva pressupõe que o julgamento seja um momento dotado de autoridade de definição do padrão legal vigente antes do próprio julgamento e, portanto, o padrão que deveria ter sido seguido para a condução da ação.

---

<sup>52</sup> “Indeed, corrective justice can fairly be described in Kantian terms as the point of view from which noumenal selves see each other, i.e., as the ordering of immediate interactions that Kantian moral persons would recognize as expressive of their natures.” (WEINRIB, 1988:997-998)

Na perspectiva formalista, o julgamento não é visto como um momento prospectivo ou legislativo, isto é, voltado para a criação da regra a ser aplicada no futuro, mas um momento de exposição da regra vigente dotada de autoridade. Ao definir o remédio judicial cabível a partir da visão retrospectiva, o julgador presume que o padrão legal tinha força moral no momento em que se desenrolou a ação questionada na causa e que o julgamento é declaratório, atestando a existência prévia dessa força moral ínsita à regra (WEINRIB, 1988:999).

### **2.1.7. Qual a relação que há entre a premissa do formalismo e a justiça corretiva?**

Para os objetivos dessa dissertação, que envolve uma apresentação da tese weinribiana sobre a fundamentação da responsabilidade civil na justiça corretiva, bem como a compreensão do âmbito de cada crítica à teoria de Weinrib, é de extrema importância deixar clara a relação existente entre a sua concepção de formalismo, como matriz teórica de compreensão do Direito, e a idéia das formas da justiça.

Na sua exposição das formas de justiça, Weinrib afirma que estas não se referem a princípios substantivos, mas são formas no sentido anteriormente apontado, isto é, estruturas unificadoras a partir das quais as interações externas podem ser explicadas e interpretadas (WEINRIB, 1988:981).

A justiça corretiva mostra a estrutura de uma transação como a imediata interação entre duas partes, enquanto que a justiça distributiva apreende a forma de uma distribuição, apontando quais características ela deve ter para se diferenciar de um mero agregado aleatório de pessoas e bens (WEINRIB, 1988:981). As duas concepções de igualdade anteriormente relacionadas a cada uma das formas da justiça (igualdade na justiça corretiva e igualdade na justiça distributiva) também são noções formais. A igualdade quantitativa, na justiça corretiva, e proporcional, na justiça distributiva, significam o estabelecimento de

uma certa relação entre as partes, tornando-as inteligíveis ao operar por referência ou à quantidade ( $a=b$ ) ou à proporcionalidade ( $a/c=b/d$ )<sup>53</sup> (WEINRIB, 1988:981).

Weinrib é formalista porque entende que são as formas da justiça corretiva e distributiva que, sendo imanentes ao material jurídico, possibilitam sua compreensão interna. Toda relação jurídica deverá ter uma forma mais abstrata na qual se inscreva. No caso das relações externas, há duas formas possíveis: a forma da justiça corretiva – forma que é imanente à compreensão das transações - e a forma da justiça distributiva – imanente à compreensão das distribuições. Uma determinada relação jurídica para ser coerente deverá se encaixar em um dos dois padrões abstratos de ordenação interpessoal (WEINRIB, 1988:982).

Weinrib concebe o Direito como uma ordenação das relações externas que guia transações e distribuições de acordo com a sua inteligibilidade imanente. Os conteúdos jurídicos particulares serão inteligíveis na medida em que se adequarem a uma das duas formas de justiça<sup>54</sup> (WEINRIB, 1988:982).

Um exemplo pode tornar esta idéia mais clara. No Brasil, para a configuração da responsabilidade civil, a doutrina brasileira entende que o nexo de causalidade entre a ação do réu e a dano sofrido pelo autor se constitui em um requisito essencial para a responsabilização. Este conteúdo jurídico bastante particular pode ser interpretado em termos weinribianos como uma realização da justiça corretiva, pois opera como ligação (conexão) entre as duas partes, garantindo que a parte demandada em juízo (o réu) seja mesmo responsável pelo ato que causou o dano que o autor buscar ver indenizado. O nexo de causalidade mantém a estrutura bilateral da justiça corretiva, ligando as partes numa unidade de um agir e um sofrer.

Já uma regra jurídica de implementação de benefícios da seguridade social pode ser interpretada como a efetivação da justiça distributiva. No caso, por exemplo, do seguro-

---

<sup>53</sup> A exposição dessa idéia torna mais compreensível o sentido em que Weinrib se auto-intitula formalista. Seu formalismo vem da adesão à própria idéia da relação entre forma e conteúdo, especificamente no caso do Direito, da relação entre as inúmeras relações jurídicas possíveis entre pessoas e as duas formas da justiça, a corretiva e a distributiva.

<sup>54</sup> A adequação das relações externas às formas de justiça faz delas relações coerentes e inteligíveis. Todavia, isto não implica dizer que o direito positivo envolvido nesses casos seja substantivamente justo. O que um teórico formalista pode afirmar acerca da “justiça” do direito positivo é apenas que ele é ou não internamente inteligível e, conseqüentemente, se ele é ou não coerente com as estruturas conceituais abstratas, chamadas de formas de justiça (Weinrib, 1988:983).

desemprego o que se faz é escolher um determinado grupo de pessoas (os desempregados) para receber um benefício (uma certa quantia em dinheiro), de acordo com um critério (por exemplo, estar fora do mercado de trabalho ou sem nenhuma renda por um certo período).

Retomando a questão inicial do sentido do formalismo weinribiano, o ponto central da questão das formas de justiça é, justamente, que se trata de formas. Como formas, o que se observa é a abstração das características particulares (os conteúdos) das transações e distribuições e a manutenção dos elementos estruturais e ordenadores. Como salienta Weinrib (1988:983), a coerência na justiça corretiva encontra-se na unidade da relação entre o fazer e o sofrer (“*singleness of the relationship of doing and suffering*”). Já para a justiça distributiva, a coerência significa a harmonia entre a aplicação do critério, benefício ou ônus e o grupo de pessoas beneficiado ou onerado<sup>55</sup> (WEINRIB, 1988:983).

Ademais, sendo justiça corretiva e distributiva as formas mais abstratas e abrangentes que tornam as relações jurídicas inteligíveis, não há nenhuma outra forma superior às duas, no sentido de mais geral e abstrata, que lhes possa fazer a síntese ou na qual as duas se subsumam. Por esta razão, estas duas formas de justiça são estruturalmente distintas e irredutíveis uma à outra, fato que fica claro analisando-se a representação matemática que Aristóteles fez de cada uma (WEINRIB, 1988:983).

Uma relação jurídica, para ser coerente, não poderá combinar elementos de uma forma de justiça com elementos de outra forma de justiça. Sendo concepções mutuamente irredutíveis, sua combinação mina a força justificatória que cada uma tem quando manifestada separadamente. Esta questão foi apontada quando se apresentou o problema do *loss-spreading* e é em razão da irredutibilidade das formas da justiça que Weinrib o rejeita como doutrina da responsabilidade civil. Ele procura deixar claro que a rejeição não

---

<sup>55</sup> Vale esclarecer uma importante diferença da justiça distributiva em relação à justiça corretiva. A escolha dos elementos da distribuição é uma escolha política ou, como expõe Weinrib (1988:973): “*The home of the political is distributive justice*”. Diferentemente da justiça corretiva que encerra elementos unicamente internos à relação, a justiça distributiva tem uma face que é externa. Nas distribuições, uma orientação externa é tanto possível quanto necessária, pois a escolha do critério e do grupo para realização da divisão dos ônus ou dos benefícios da distribuição ocorre fora do âmbito da distribuição em si. No entanto, feita essa escolha, a integração do critério, do grupo afetado e do ônus (ou benefício) deve se dar internamente a partir da adequação à forma da justiça distributiva. Assim, apesar da escolha de uma distribuição particular ser resultado da atuação e seleção por parte de instituições políticas dotadas de capacidade e autoridade para avaliar, dentro de um repertório de possíveis distribuições, qual é a mais adequada num determinado contexto, findo o processo de escolha política, aquela distribuição particular deverá satisfazer a coerência própria de sua forma. Isto implica que o critério distributivo selecionado seja aplicado igualmente a todos os que se encontram no grupo de pessoas que deve dividir o ônus ou benefício, sem exceções (WEINRIB, 1988:989-990).



é à doutrina do *loss-spreading* em si, mas ao seu uso no âmbito da responsabilidade civil e dentro dos limites e restrições do modelo de decisão judicial vigente<sup>56</sup> (WEINRIB, 1988:984).

As formas de justiça são, nos dizeres de Weinrib (1988:984), “*justificatory structures*” ou estruturas justificatórias. Elas oferecem a morfologia a qual a justificativa de uma relação jurídica deve se conformar. Caso se conforme a morfologia de uma das formas, a relação será coerente. Caso se observe a presença de elementos da morfologia das duas formas, a relação será julgada incoerente.

Weinrib afirma que: “*A relação cuja justificação não é adequada a nenhuma destas estruturas é ininteligível; ao criar uma relação como essa, o direito positivo comete um erro jurídico*”<sup>57</sup> (WEINRIB, 1988:985). Ou seja, para o formalismo weinribiano, está claro que criar uma regra que gere uma relação ininteligível e, portanto, irracional, posto que incoerente, é uma falha legal.<sup>58</sup>

O formalismo weinribiano é, portanto, uma abordagem do fenômeno jurídico que identifica nas formas da justiça o ponto central para a compreensão das relações jurídicas, seja como relações inteligíveis e coerentes, seja como relações ininteligíveis e incoerentes. Não se trata, no entanto, de um guia para modificar os fatos tais como se dão no mundo de acordo com uma forma ou com outra, pois o formalismo não faz apologia a uma forma de justiça sobre outra na organização do mundo.<sup>59</sup> A preocupação basilar do formalismo weinribiano é com a coerência interna dos arranjos jurídicos e com a maneira pela qual a doutrina e os componentes institucionais e conceituais do Direito (legislação, decisões, doutrina, etc) irão manifestar tal coerência.

---

<sup>56</sup> Já abordamos a doutrina do *loss-spreading* no item 2.1.4.1. (A coerência como critério de verdade) deste capítulo. Weinrib (1988:973) procura deixar claro que ele não é contra o *loss-spreading* caso seja implementado no contexto de um seguro social, mas que se trata de uma doutrina incoerente com a forma atinente à responsabilidade civil.

<sup>57</sup> “*A relationship whose justification is not adequate to either of these structures is unintelligible; in creating such a relationship, positive law commits a juridical mistake*” (WEINRIB, 1988:985).

<sup>58</sup> A relação entre a inteligibilidade e racionalidade, ou melhor, a sinonímia que parece haver entre estas duas idéias fica clara quando Weinrib assevera que: “*The immanence and the rationality (or intelligibility) of the forms of justice have perhaps now been sufficiently exhibited and related to the distinction between law and politics*” (WEINRIB, 1988:983). Nesse trecho, ele estabelece que a racionalidade da relação está nela ser considerada inteligível. E para ser inteligível, como vimos, a relação precisa ser coerente.

<sup>59</sup> Weinrib (1988:985) assevera que: “*For the formalist the crucial consideration is not what happened but how one is to understand the justificatory structure that is latent in the legal arrangements that might deal with what happened.*”

Assim, a relação do formalismo com a justiça corretiva não é a relação de uma concepção de como deve ser o direito e um determinado princípio substantivo. Quando se pensa o formalismo em geral, pensa-se na relação coerente entre forma e conteúdo. Quando se pensa especificamente no formalismo da esfera jurídica, necessariamente se pensará na adequação entre o conteúdo do Direito e uma ou outra das formas da justiça (WEINRIB, 1988:985). No caso desta dissertação, o eixo de análise é a responsabilidade civil. Portanto, do ponto de vista do formalismo weinribiano, falar em responsabilidade civil, que envolve um fazer e um sofrer numa estrutura de transação, significa falar da subsunção do conteúdo da responsabilidade civil (das doutrinas, da legislação e da organização institucional) à forma da justiça corretiva.

## **2.2. THE IDEA OF PRIVATE LAW (O CONCEITO DE DIREITO PRIVADO) E A FUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA JUSTIÇA CORRETIVA**

A reflexão de Ernest Weinrib sobre a fundamentação teórica do direito privado remonta aos anos 80 do século XX quando escreveu os primeiros artigos sobre o assunto. Um importante e longo artigo - “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law” - foi publicado em 1988 e serviu de base para boa parte da discussão apresentada na primeira parte deste capítulo, pois se trata da primeira apresentação sistemática que Weinrib conduz sobre o tema do formalismo e sobre a fundamentação do Direito nas formas da justiça. Depois desse, muitos artigos curtos com reflexões mais pontuais sobre o tema do formalismo e a fundamentação do direito privado foram também publicados<sup>60</sup>, até que, em 1995, Weinrib lançou um livro que se pretendeu mais completo e com uma apresentação de fôlego sobre o tema da fundamentação do direito privado, obra também em que reposiciona e rediscute de forma mais integrada todos os temas que tratara em artigos anteriores. Esta obra é *The Idea of Private Law (1995)* e é ela que serve de fio condutor para a segunda parte do capítulo 2.

As questões que conduzem esta segunda parte do capítulo são, basicamente, de caráter conceitual e de extensão e limites da teoria de Weinrib. Em outras palavras, pretende-se apresentar a concepção weinribiana de direito privado e de responsabilidade

---

<sup>60</sup> Dentre eles, pode-se destacar: “Adjudication and Public Values: Fiss’s Critique of Corrective Justice” (1989); “Understanding Tort Law” (1989); “Formalism and Practical Reason, or How to Avoid Seeing Ghosts in the Empty Sepulchre”(1993); “The Gains and Losses of Corrective Justice” (1994)

civil. Tendo-as claras, pretende-se expor , no que concerne à responsabilidade civil, o que o autor compreende como parte desse instituto e o que ele aponta como elemento externo, como as considerações políticas, por exemplo, apresentando assim o alcance de sua fundamentação da responsabilidade civil.<sup>61</sup>

É importante expor a aderência entre o tema desta dissertação - a fundamentação da responsabilidade civil - e tese de Ernest Weinrib, enunciada nas primeiras páginas da obra *The Idea of Private Law*. Expõe Weinrib (1995:2) acerca de seu objeto: “*Minha preocupação é com a responsabilidade como um locus de uma moralidade especial que tem sua própria estrutura e seu próprio repertório de argumentos*”.<sup>62</sup> Ou seja, se na primeira parte deste capítulo buscou-se apresentar a concepção de formalismo defendida por Weinrib que desemboca em seu conceito de Direito, aqui, estando o formalismo weinribiano pressuposto, o objetivo é explorar mais detidamente o significado desta concepção normativa da responsabilidade, as implicações da afirmação da existência desta moralidade e das justificações que se pode observar para esta tese da moralidade.

Na esteira da afirmação da responsabilidade como um fenômeno constituído por uma moralidade especial e própria, Weinrib (1995:2) adiciona que, em oposição ao funcionalismo, para ele o direito privado e, portanto, também a responsabilidade civil, se constitui num modo normativamente distinto de interação, marcado pela característica da inteligibilidade interna.

O caminho percorrido no item 2.1. (O formalismo weinribiano e suas especificidades) desta dissertação serviu para estabelecer as bases corretas para se analisar a fundamentação normativa da responsabilidade civil apresentada por Weinrib. Novamente, o autor afirma a impropriedade e o erro de se buscar compreender o direito privado e a responsabilidade civil a partir da perspectiva externa, típica do funcionalismo e predominante da teoria do direito contemporânea (WEINRIB, 1995:5).

Weinrib tem como premissa de sua obra que: “*o direito privado é um exercício (um empreendimento) de coerência justificatória que pode ser compreendido a partir de sua*

---

<sup>61</sup> “*The most striking feature of private law is that it directly connects two particular parties through the phenomenon of liability.*” (WEINRIB, 1995:1)

<sup>62</sup> “*My concern here is with liability as a locus of a special morality that has its own structure and its own repertoire of arguments.*” (WEINRIB, 1995:2)

*perspectiva imanente*”<sup>63</sup> (WEINRIB, 1995:114). A partir dessa premissa ele demonstra que há três idéias que dão suporte umas às outras na explicação da concepção de direito privado que ele defende. A **primeira** é o formalismo, que é a moldura metodológica utilizada para integrar a unidade, o tipo e o caráter das relações jurídicas em geral, conforme analisado na primeira parte deste capítulo 2. A **segunda** é a justiça corretiva que se constitui na forma da relação jurídica de direito privado e, conseqüentemente, da responsabilidade civil objeto desse trabalho. A **terceira** é o Direito (*right*) kantiano de onde se atribui a origem da normatividade da justiça corretiva, voltando as suas raízes normativas para a capacidade para a ação autodeterminada (“*self-determining agency*”) e avançando para os valores e instituições de uma ordem jurídica coerente (WEINRIB, 1995:114).

Esta segunda parte do capítulo 2 deverá dar conta de apresentar a relação entre essas três premissas colocadas por Weinrib como necessárias para a compreensão do direito privado para que assim, seja possível entender também a fundamentação da responsabilidade civil por ele defendida. Apresentadas as premissas, a última parte do capítulo será destinada especificamente a discutir as análises e críticas que o autor faz de duas doutrinas de responsabilidade civil no âmbito de *Common Law*, especificamente responsabilidade com culpa (*negligence law*) e responsabilidade objetiva (*strict liability*), com o objetivo de expor o impacto de todo o arcabouço teórico construído sobre a compreensão dos possíveis regimes de responsabilização civil.

### **2.2.1. A possibilidade de inteligibilidade interna do direito privado**

Segundo Weinrib, o direito privado é uma parte bastante destacada do fenômeno jurídico e que tem como característica a possibilidade de ser compreendido a partir de sua dimensão interna. Ademais, ele afirma que a teoria apropriada para o entendimento do direito privado da forma supramencionada é o formalismo (WEINRIB, 1995:22).

Esta idéia de que o direito privado possui uma dimensão interna tem como ponto de partida a experiência (WEINRIB, 1995:9; 1988:951). A experiência daqueles que participam do fenômeno jurídico, em especial os operadores do direito (dentre eles, advogados, juízes

---

<sup>63</sup> “Starting from the premise that private law is an exercise in justificatory coherence that can be understood from its own immanent perspective.” (WEINRIB, 1995:114)

e promotores) permite reconhecer questões específicas deste campo jurídico e características do discurso e raciocínio sem as quais não seria possível conceber o direito privado.<sup>64</sup>

Essas características, sem as quais os operadores não falam ou raciocinam sobre direito privado, são, no plano prático e teórico, os indícios de que há um corpo ordenador para o qual atribuímos o nome “direito privado” (WEINRIB, 1995:9-10). Ainda que de forma preliminar, Weinrib afirma que essas colocações são suficientes para fornecer alguma pista da conceituação do objeto ora estudado.

A proposta weinribiana é analisar em que consiste o direito privado, a partir dessas características fundamentais e não a partir de eventuais objetivos ou metas independentes, como ocorre numa abordagem funcionalista. Dentre essas características tidas como fundamentais, ele destaca uma que parece ser essencial para a caracterização do direito privado, que é a conexão direta entre determinadas partes (entre um certo autor-ofendido e um certo réu-ofensor) em uma ação, aspecto que parece repetidamente negligenciado pelos funcionalistas quando se preocupam em elucidar os objetivos que o direito privado deve perseguir<sup>65</sup> (WEINRIB, 1995:10-11).

Assim, ao afirmar que sua abordagem é não-funcionalista e interna ao material jurídico, o que Weinrib assevera é que seu método de compreensão não indaga dos eventuais objetivos ou metas externas que o direito privado pode ser chamado a cumprir, como, no caso da responsabilidade civil, os já citados objetivos de dissuasão ou compensação. Sua análise se concentra nas características fundamentais, tanto institucionais, quanto conceituais do direito privado e, em especial, no que considera seu aspecto essencial, a conexão direta existente entre uma determinada parte e outra. Pensando-se novamente em termos da responsabilidade civil, a análise não-funcionalista e

---

<sup>64</sup> Weinrib aponta dois âmbitos nos quais identificamos as características fundamentais do direito privado. No âmbito institucional, ele apresenta as características da ação do autor contra o réu, o processo de adjudicação, o resultado desse processo num julgamento retroativo que afirma direitos e deveres das partes e a atribuição de um remédio jurídico ou de indenização pela violação dos direitos ou quebra de dever. No âmbito conceitual, a característica mais marcante do direito privado seria o regime de correlação entre direitos e deveres que põe em destaca a idéia de causalidade (nexo de causalidade) entre ação e dano. Segundo ele, para os operadores que atuam no sistema jurídico com direito privado, essas características institucionais e conceituais se constituem nos pontos de estabilidade dentro dos quais o pensamento jurídico se movimenta. (WEINRIB, 1995:9-10)

<sup>65</sup> A presença das características institucionais e conceituais parece levar à conclusão de que a tarefa central daquele que estuda o direito privado é esclarecer o caráter direto da conexão entre as partes (autor e réu, ofensor e ofendido). (WEINRIB, 1995:11)

interna passa pela compreensão de algumas idéias-chave como culpa, causalidade, dano, estrutura bilateral da relação entre a parte que causa o dano e a que o sofre, dentre outras.

Este esforço de olhar para as características fundamentais e específicas do direito privado já se constitui num estímulo para o raciocínio interno ao objeto, para o conhecimento da matéria jurídica que emerge da experiência dos operadores do direito, para a reflexão que estes fazem sobre o material com o qual trabalham e para a observação crítica do discurso próprio que utilizam para falar desse material. Daí porque Weinrib acredita que é possível uma abordagem não-funcionalista para explicar o direito privado.

O autor enxerga dois momentos em que se pode realizar uma abordagem interna do direito privado. O **primeiro momento** é aquele em que se busca identificar as características salientes do direito privado por meio da análise da prática e do discurso do próprio ramo do direito em questão. O **segundo** diz respeito ao processo de análise e compreensão dessas características salientes previamente identificadas.

Nesta segunda etapa, Weinrib advoga que elas podem ser compreendidas a partir de dentro, a partir de seu significado para o próprio direito. Isto é, para Weinrib, o direito privado é dotado de inteligibilidade interna, o que significa que pode ser compreendido a partir de si mesmo por meio do estudo de suas características fundamentais e elementos constitutivos e que o entendimento e a interpretação dessas características serão também levados a cabo a partir da esfera jurídica (WEINRIB, 1995:11). Isto significa que o direito privado é ao mesmo tempo um objeto de compreensão e um modo de compreensão e é em razão desse duplo caráter do direito privado que Weinrib o considera um empreendimento auto-inteligível<sup>66</sup> (WEINRIB, 1995:14).

Um dos exemplos que Weinrib fornece para esclarecer este ponto é o seguinte: definido que o direito de ação faz parte das características fundamentais do direito privado, um formalista que busque compreender essa característica internamente não irá, como um funcionalista, considerá-lo, por exemplo, um mecanismo para influenciar alguém (o autor da ação) a defender os interesses que a coletividade tem de dissuasão do comportamento ineficiente do réu. Ao contrário, o formalista busca interpretar o direito de ação a partir de seu significado interno ao direito privado e eminentemente jurídico, ou seja, que o direito

---

<sup>66</sup> A expressão original utilizada por Ernest Weinrib é “*self-understanding enterprise*” (WEINRIB, 1995:14).

de ação é a afirmação de um direito pelo autor em resposta a um ilícito perpetrado contra ele pelo réu (WEINRIB, 1995:11).

Como empreendimento auto-inteligível, o direito privado apresenta aspectos relevantes que se relacionam com as premissas da abordagem formalista anteriormente expostas. O primeiro aspecto relevante é que, como modo de compreensão (entendimento), o direito privado é uma exibição de inteligência que vem da concepção de que o direito reside na razão ou, conforme se tratou no âmbito do formalismo, o direito é constituído de pensamento (WEINRIB, 1995:14).

O segundo aspecto é que, como empreendimento auto-inteligível, o direito privado é exercício de pensamento que opera por meio de sua própria inteligibilidade e assim, como no exemplo do direito de ação, resolve controvérsias a partir de uma reflexão interna, buscando manter a coerência entre seus componentes conceituais, doutrinários e institucionais<sup>67</sup> (WEINRIB, 1995:15).

O terceiro aspecto salientado por Weinrib é que o direito privado incorpora um processo dinâmico, pois apresenta uma dimensão de autocrítica que, pela via institucional (por exemplo, apelações de sentenças de primeira instância), pela disputa no âmbito doutrinário e pela criação de novas regras, o transforma e desenvolve ao longo do tempo. Por fim, o quarto aspecto distintivo do carácter auto-inteligível do direito privado é que a inteligibilidade interna é considerada sistêmica à ordem jurídica. Isto não implica ignorar o fato de que a ordem jurídica é resultado do esforço intelectual de indivíduos particulares, mas significa enxergar o Direito como algo a ser entendido em si e não como a obra de um determinado legislador, jurista ou juiz (WEINRIB, 1995:15).

Das três principais teses abordadas por Weinrib para explicar o direito privado ao menos a primeira e uma considerável parte da segunda já foram exposta na primeira parte

---

<sup>67</sup> O direito privado possui uma dinâmica que é respeitada pela abordagem interna. Dentre os principais aspectos dessa dinâmica estão: (1) a articulação de conexões normativas entre controvérsias e suas soluções, ou seja, o ato de levar a sério as razões justificadoras de uma decisão, diferenciando-as de meras compilações de soluções *ad hoc*; (2) a valorização da e tendência a coerência, isto é, o esforço para evitar contradições, diminuir inconsistências e fazer um auto-ajuste harmônico entre princípios, regras e padrões; (3) a aceitação de que a coerência é uma aspiração, mas não necessariamente uma realização permanente ou inevitável. Mais uma vez, as razões que justificam uma determinada decisão são importantes para que a própria decisão seja analisada sob o prisma da coerência, tornando-a parte de uma sistema constante de interpretação e reinterpretação; (4) um último aspecto da dinâmica da inteligibilidade imanente é que a coerência implica integração dentro de uma estrutura única em que o todo é maior do que a soma de suas partes. (WEINRIB, 1995:12-13)

deste capítulo 2. A primeira delas, extensamente apresentada no item 2.1. deste capítulo, diz respeito à estrutura teórica em que se insere a análise weinribiana da inteligibilidade interna do direito privado. Como se sabe, o método para se empreender essa abordagem interna é o formalismo jurídico. Nesse sentido, Weinrib afirma que: “*Aplicada ao direito privado, a tese da inteligibilidade imanente é uma versão do formalismo jurídico*”<sup>68</sup> (WEINRIB, 1995:18).

A segunda tese estruturante do pensamento weinribiano é aquela que identifica as formas da justiça corretiva e distributiva como as mais abstratas e amplas estruturas unificadoras que tornam as relações jurídicas imanentemente inteligíveis. Será apresentada, a seguir, uma subtese weinribiana pontual, diretamente relacionada ao objeto dessa dissertação, que considera a concepção aristotélica da justiça corretiva a forma que torna inteligível as relações de direito privado e, conseqüentemente, as relações sob a égide da responsabilidade civil (WEINRIB, 1995:19).

A terceira tese weinribiana é igualmente central para essa dissertação. Trata-se da tese concernente à normatividade da justiça corretiva e, portanto, da normatividade ínsita à responsabilidade civil. Segundo Weinrib, a força normativa da justiça corretiva deriva do conceito kantiano de Direito (*right*) como idéia dominante para a relação entre seres livres (“*free beings*”)<sup>69</sup> e, conforme se sabe, onde a própria liberdade já impõe deveres. As doutrinas, conceitos e instituições de direito privado serão normativas porquanto decifrem uma realidade jurídica de relações de justiça corretiva (WEINRIB, 1995:19).

Weinrib assevera que o conceito de direito privado encontra-se na síntese das três teses acima enunciadas e assim, o conceito de responsabilidade civil, sendo parte do direito privado, também se encontrará. Ademais, embora o autor diferencie uma teoria acerca do direito privado e o próprio direito privado, defende que a elaboração da teoria a partir das correlações entre as teses do formalismo, justiça corretiva e Direito (*right*) kantiano se relaciona intimamente com o direito privado em si.

Segundo Weinrib, “*a justiça corretiva e o Direito kantiano são os arquiconceitos por meio dos quais se deve conceitualizar os aspectos do direito privado se for para*

---

<sup>68</sup> “*Applied to private law, the thesis of immanent intelligibility is a version of legal formalism.*” (WEINRIB, 1995:18)

<sup>69</sup> Kant assim define o Direito: “*O Direito é, pois, o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um se pode harmonizar como o arbítrio do outro, segundo uma lei universal da liberdade*”. (KANT, 2004:36)



*constituírem um conjunto normativo coerente*”<sup>70</sup> (WEINRIB, 1995:19). Tendo isso em mente, a seguir serão analisadas algumas passagens das teses weinribianas que não foram tratadas na primeira parte deste capítulo, dando especial relevância para a fundamentação da responsabilidade civil na justiça corretiva e no direito kantiano para, ao final, mostrar as implicações dessa fundamentação sobre a análise crítica que o autor faz das doutrinas de responsabilidade com culpa (*negligence law*) e responsabilidade objetiva (*strict liability*).

### **2.2.2. A fundamentação da responsabilidade civil na justiça corretiva de matriz aristotélica**

O item 2.1.5. (As formas de Justiça) apresentou uma introdução à temática das formas de justiça para explicar como Ernest Weinrib, partindo de uma concepção formalista de Direito, chega a uma fundamentação para a defesa da autonomia do Direito em relação à Política, bem como às razões para que certos ramos do Direito estejam embasados na forma da justiça corretiva ou na forma da justiça distributiva. Todavia, naquele momento não se aprofundou a análise das formas e tampouco se apresentou a responsabilidade civil dentro deste quadro.

Também conforme foi exposto naquele item, segundo Weinrib, a mais antiga descrição das formas de justiça de que se tem notícia vem de Aristóteles, no Livro V da *Ética a Nicômaco*. Para ele (1995:56), Aristóteles foi o primeiro a constatar que as relações jurídicas de direito privado possuem estrutura específica, uma forma determinada que as identifica como tal e ao mesmo tempo as diferencia de outros tipos de relações. Esta estrutura específica é a forma da justiça corretiva que relaciona diretamente duas partes e uma certa transferência de recursos entre uma e outra.

Segundo Aristóteles (1985:1132a), a justiça corretiva é a justiça atinente às relações privadas. Ela se constitui numa igualdade aritmética em que é indiferente “*se uma pessoa boa lesa uma pessoa má, ou se uma pessoa má lesa uma pessoa boa*”, o que implica afirmar que a justiça corretiva trata as partes como formalmente iguais. O que Aristóteles notou, a partir da observação de sua época, foi que, numa dada situação em que uma

---

<sup>70</sup> “... *corrective justice and Kantian right are the archconcepts by which one must conceptualize the features of private law if they are to constitute a coherent normative ensemble.*” (WEINRIB, 1995:19)

injustiça seja cometida por uma pessoa e gere um dano a outra pessoa, a justiça entre as partes será alcançada quando uma certa quantidade de recursos for transferida de uma parte (réu-ofensor) para a outra (autor-ofendido). Essa quantidade que equaliza novamente a relação é exatamente *quantum* que foi tirado do ofendido quando o ofensor cometeu a injustiça. Subtraindo do ofensor o “*excesso do ganho*” e transferindo-o ao ofendido restabelece-se a igualdade aritmética que existia antes do cometimento da injustiça.

Portanto, a justiça corretiva é considerada por Aristóteles o meio-termo entre perda e ganho em que os termos “perda” e “ganho” procedem das operações de trocas voluntárias (ARISTÓTELES, 1985:1132b). Os exemplos que Aristóteles fornece de trocas voluntárias são a venda, a compra, o empréstimo a juros, o penhor, o depósito, dentre outros (ARISTÓTELES, 1985:1131a).

Todavia, como Aristóteles busca enfatizar, a justiça corretiva toca igualmente as relações involuntárias, isto é, aquelas que não resultam de uma deliberação entre as partes envolvidas, aquelas que são sub-reptícias ou violentas, dentre as quais, hodiernamente, seriam incluídas as relativas à responsabilidade civil. Nesses casos, Aristóteles (1985:1132b) afirma que: “*O justo, portanto, é em certo sentido um meio termo entre o ganho e a perda nas ações que não se incluem entre as voluntárias, e consiste em ter um quinhão igual antes e depois da ação*”.

Pode-se observar que na investigação de Aristóteles acerca das relações de direito privado estava presente a preocupação com a “questão normativa” apontada na INTRODUÇÃO dessa dissertação, pois como afirma Weinrib: “*Implícito na investigação de Aristóteles está a questão básica do direito privado: o que autoriza um demandante específico a mover uma ação e obter em juízo (reaver) de um demandado específico?*”<sup>71</sup> (WEINRIB, 1995:56-57). Em outras palavras, o que gera o vínculo entre aquelas partes específicas e o que gera a obrigação de um determinado réu de indenizar um determinado autor?

Para Aristóteles, no que foi seguido por Weinrib, o caminho para resolver estas questões passa necessariamente por compreender a unidade intrínseca da relação autor-réu (ofendido-ofensor) (WEINRIB, 1995:57). Isto é, entender o aspecto essencial que caracteriza

---

<sup>71</sup> “*Implicit in Aristotle’s inquiry is the basic question of private law: what entitles a specific plaintiff to sue and recover from a specific defendant?*” (WEINRIB, 1995:56-57)

a relação jurídica de direito privado que é a conexão direta entre um demandante em particular e um demandado em particular (WEINRIB, 1995:10). Isto significa, entender a relação jurídica que se forma entre estas partes como uma estrutura justificatória unitária e coerente.

Assim, se a justiça corretiva envolve numa igualdade entre quantidades, essas quantidades representando o que, por direito, cada um tem como seu, a injustiça ou a violação da justiça corretiva implica que uma parte ganhe algo às custas da outra numa transação voluntária ou involuntariamente. A justiça corretiva demanda que a restauração da igualdade perturbada pela ação da parte ganhadora ocorra se o autor dessa ação restituir à vítima o valor que ganhou as suas custas (WEINRIB, 1995:62-63).

A apresentação da justiça corretiva como uma igualdade quantitativa apreende o aspecto essencial a que se fez referência de início, isto é, a relação direta que se estabelece no direito privado entre um demandante (autor) específico e um demandado (réu) específico (WEINRIB, 1995:63). Ou, como se diz em matéria de transações involuntárias e dentre elas as de responsabilidade civil, a relação direta e específica que se estabelece entre o ofensor, que comete a ação causadora de dano, e o ofendido, que sofre as conseqüências da ação cometida pelo primeiro. Como diz Weinrib: “*porque o demandante perdeu o que o demandado ganhou, uma única responsabilidade liga a particular pessoa que ganhou à particular pessoa que perdeu*”<sup>72</sup> (WEINRIB, 1995:63).

Essa concepção aristotélica, integralmente incorporada por Weinrib, explica e justifica a transferência de valores entre autor e réu numa ação de direito privado em que se constate um distúrbio em relação à forma da justiça corretiva. Caso contrário, o vínculo entre as partes torna-se, nas palavras de Weinrib, um verdadeiro mistério<sup>73</sup> (WEINRIB, 1995:63). Rejeitar a concepção aristotélica implica aceitar que a razão para se retirar recursos do demandado seja distinta da razão para entregar recursos ao demandante. Essa disjunção de razões quebra a unidade da relação e dá azo a soluções, com todos os problemas implicados, como a de *loss-spreading*<sup>74</sup> que foram discutidas anteriormente.

---

<sup>72</sup> “...because the plaintiff has lost what the defendant has gained, a single liability links the particular person who gained to the particular person who lost.” (WEINRIB, 1995:63)

<sup>73</sup> “Without some conception such as Aristotle’s, private law’s linking of the particular parties becomes a mystery.” (WEINRIB, 1995:63)

<sup>74</sup> Ver discussão acerca da doutrina de *loss-spreading* no item 2.1.4.1. (A coerência como critério de verdade) deste capítulo.

Na concepção aristotélica, a relação entre autor e réu ou entre ofensor e ofendido é uma relação bipolar, ou seja, há duas partes (e apenas duas partes) que estabelecem uma transação em que, ocorrida uma injustiça, o ganho do ofensor é correlativo à perda do ofendido. A injustiça conecta as duas partes que se relacionam mutuamente a partir de uma perda e um ganho que são correspondentes (WEINRIB, 1995:64).

A bipolaridade da relação estabelecida entre as partes molda também o remédio que será exigido, isto é, a retificação que a justiça corretiva exige. A retificação reverte a perda, anulando o ato injusto ao cancelar o excesso e a falta que constituem a injustiça (WEINRIB, 1995:65). A retificação é um processo de realinhamento, de correção, que anula o desbalanceamento que se forma entre as partes em função do ato injusto, retornando-as à posição original anterior a ele. O agente da retificação é o juiz que, como representante da igualdade quantitativa inscrita na forma da justiça corretiva, define os casos em que se deva operar a retificação (WEINRIB, 1995:65).

É importante ter em conta o significado das formas de justiça para melhor compreender em que nível se dá a relação entre o direito privado e a justiça corretiva. Weinrib afirma que Aristóteles enxerga a justiça como o âmbito das relações externas e busca classificá-las conceitualmente, em oposição à classificação empírica (WEINRIB, 1995:68).

Isto implica dizer que o foco da classificação de Aristóteles é a estrutura das operações de justiça ou as diferentes formas pelas quais é possível conceber tais operações. Embora não ignore o mundo físico e social, ou seja, o substrato empírico, Aristóteles não acredita que eles possam funcionar como princípios organizadores. É preciso focar nas diferentes formas de conexão entre os elementos constitutivos das relações externas de justiça para melhor conhecê-las (WEINRIB, 1995:69).

É por meio dessa classificação conceitual que Aristóteles chega às estruturas mais abrangentes e abstratas que explicam as relações externas, que são a justiça corretiva e a justiça distributiva. Justamente porque chega a elas a partir de uma classificação que é conceitual e não empírica, a diferença que existe entre elas é de estrutura e não de substância ou conteúdo (WEINRIB, 1995:69).

Seguindo a lógica da classificação aristotélica, Weinrib também acredita que as formas da justiça são ambas capazes de explicar uma parte específica dos fenômenos físicos e sociais presentes no mundo empírico. Weinrib explica essa idéia da seguinte forma: “*Assim como proporções e quantidades podem ser ambas aplicadas a quaisquer números, também ambas as formas de justiça podem ser aplicadas a qualquer incidente externo*”<sup>75</sup> (WEINRIB, 1995:70).

Assim, é possível conceber que o direito privado como um todo pode ser organizado corretivamente ou distributivamente. Igualmente, a responsabilidade civil pode ser estruturada tanto corretivamente quanto distributivamente (WEINRIB, 1995:70). Basta lembrar que, ao explicar os problemas relacionados ao *loss-spreading*, Weinrib faz questão de deixar claro que não se opõe a essa doutrina em si. No entanto, a doutrina do *loss-spreading* se subsume à forma da justiça distributiva e é, portanto, incompatível com o que se entende por responsabilidade civil.

A questão central para a construção da tese weinribiana é que o ponto de partida da análise formalista é a experiência. Analisando a experiência e, portanto, o arcabouço conceitual, doutrinário e institucional do direito privado, tal como um empreendimento auto-reflexivo e tendente à coerência, chega-se às características que expressam a racionalidade da justiça corretiva e não da justiça distributiva. É possível lidar com os problemas resolvidos pelo direito privado distributivamente. Todavia, nesse caso não se estaria mais falando de direito privado, que ainda que se mantivesse o mesmo nome, expressaria uma estrutura de classificação da interação entre partes distinta da corretiva.

Para o sistema jurídico, o contraste entre a justiça corretiva e a justiça distributiva significa que são modos de ordenação distintos, isto é, duas maneiras distintas pelas quais relações jurídicas podem ser coerentes e, portanto, os dois meios de organizar a pluralidade de elementos (partes e bens) envolvidos nessas relações em totalidades integradas (WEINRIB, 1995:72).

No caso do direito privado (e da responsabilidade civil), na medida em que as relações possuem como aspecto essencial a bipolaridade, sua coerência é uma questão de adequação à forma da justiça corretiva (WEINRIB, 1995:74). Quando os tribunais são

---

<sup>75</sup> “*Just as proportions and quantities can both apply to any numbers, so either of the forms of justice can apply to any external incident*”. (WEINRIB, 1995:70)

consultados acerca de uma questão de direito privado, sua função deverá ser de manter a coerência e, portanto, o raciocínio e a argumentação deverão se dar no sentido de restaurar os contornos da estrutura corretiva e, com isso, a igualdade formalmente existente entre as partes, alterada pelo cometimento da injustiça.

Analisando-se a relação de direito privado à luz dos três aspectos fundamentais do formalismo, unidade, tipo ou classe e caráter, conclui-se que a correlação entre ganhos e perdas é uma maneira de representar a unidade da relação de direito privado. A correlação liga uma parte a outra, tratando-as como uma única unidade normativa (WEINRIB, 1995:75). No que concerne ao tipo ou classe, a correlação entre ganhos e perdas estabelecida entre duas partes é categoricamente distinta das relações de igualdade que se estabelecem entre séries de proporções. A justiça corretiva é, nos dizeres de Weinrib, uma “*estrutura justificatória distinta que informa as relações bipolares de direito privado*”<sup>76</sup> (WEINRIB, 1995:76).

Por fim, o caráter do direito privado é dado pelo aspecto essencial das relações privadas que é a bipolaridade entre as partes. A justiça corretiva reflete a bipolaridade, característica fundamental do direito privado, por meio da correlação entre ganhos e perdas, propiciando uma justificativa para a escolha de um demandante específico e de um demandado específico e fazendo os deveres de uma parte serem correlatos dos direitos da outra (WEINRIB, 1995:76). A justiça corretiva junta os aspectos da unidade, do tipo e do caráter do direito privado numa abordagem única que o torna inteligível em si mesmo.

No entanto, embora a justiça corretiva de matriz aristotélica seja utilizada por Weinrib como a estrutura explicativa das relações de direito privado, há uma lacuna que a obra de Aristóteles não resolve a contento. Se, para Aristóteles, a justiça corretiva pressupõe a igualdade (aritmética) entre duas partes que transacionam entre si, o sentido dessa igualdade não é dado pela obra aristotélica.

A justiça corretiva desempenha uma função normativa, impondo que as transações se conformem a sua estrutura, sob pena de retificação. As não-conformidades à estrutura corretiva e, portanto, os distúrbios da igualdade entre as partes geram a necessidade de retificação para que haja o restabelecimento da igualdade. Assim, a

---

<sup>76</sup> A esse respeito, Weinrib afirma o seguinte: “*Corrective justice thus constitutes a distinctive justificatory structure that informs the bipolar relationships of private law*”. (WEINRIB, 1995:76)

compreensão do significado exato dessa igualdade e de suas implicações é crucial para o entendimento do próprio caráter normativo da justiça corretiva (WEINRIB, 1995:77).

A única passagem em que Aristóteles apresenta um ponto de partida para a compreensão do significado dessa igualdade é no trecho abaixo transcrito do livro V da *Ética a Nicômaco*:

*“... é irrelevante se uma pessoa boa lesa uma pessoa má, ou se uma pessoa má lesa uma pessoa boa, ou se é uma pessoa boa ou má que comete adultério; a lei contempla somente o aspecto distintivo da justiça, e trata as partes como iguais, perguntando somente se uma das partes cometeu e a outra sofreu a injustiça, e se uma infligiu e a outra sofreu um dano”* (ARISTÓTELES, 1985:1132a2-1132a6)

Weinrib interpreta essa passagem da seguinte forma: em primeiro lugar, a justiça corretiva prescinde de considerações morais ou relativas ao posicionamento social das partes em questão, conforme parece afirmar Aristóteles na primeira parte do trecho acima; em segundo lugar, a sentença acima considera as partes como iguais, conforme a interpretação do trecho *“a lei (...) trata as partes como iguais”*<sup>77</sup>; por fim, de acordo com Aristóteles, o que parece importante é apenas a relação imediata que se estabelece entre aquele de realiza a ação (*“doer”*) e aquele que sofre a ação (*“sufferer”*) (WEINRIB, 1995:81). Dessa interpretação resulta a idéia de que o realizador da ação e aquele que sofre a ação estão unidos numa relação imediata em que são considerados iguais a partir da abstração de suas particularidades.

A solução encontrada por Weinrib para preencher a lacuna acerca do significado exato da igualdade entre as partes foi recorrer à concepção kantiana de direito. Para Weinrib, o que Aristóteles deixou incompleto, a filosofia do direito kantiano tratou de terminar ao conseguir integrar a igualdade com a característica da justiça corretiva de abstração das particularidades e com a correlação entre o fazer e o sofrer numa relação imediata (WEINRIB, 1995:81).

### **2.2.3. O direito kantiano como a força normativa da justiça corretiva**

---

<sup>77</sup> Numa outra tradução desse mesmo trecho: *“A lei olha apenas para a especificidade do dano, e trata toda a gente por igual, o seu intuito é o de ver quem comete injustiça e quem a sofre, quem lesa e quem é lesado. A injustiça é de tal sorte iniquidade que o juiz tenta repará-la”* (ARISTÓTELES, 2004:1132a6)

Para explicar a origem da normatividade atribuída por Kant à igualdade das partes na justiça corretiva, Weinrib buscar refazer alguns passos fundamentais da filosofia kantiana. Conforme apresentado no item 2.2.2., a justiça corretiva se constitui na forma da relação jurídica de direito privado e, conseqüentemente, também das relações de responsabilidade civil. Dentre as características da justiça corretiva está a de considerar as partes como iguais, estabelecendo entre si uma relação imediata e ocupando as posições de ofensor (o que faz) e ofendido (o que sofre). E, como visto acima, a apresentação aristotélica da justiça corretiva não fornece o significado específico dessa igualdade entre as partes e, por esta razão, Weinrib advoga que esta lacuna deva ser suprida pela concepção kantiana de Direito (*right*). Para Weinrib, é o direito kantiano que fornece a normatividade para a igualdade da justiça corretiva (WEINRIB, 1995:82).

Ele acredita que para cada idéia fundamental presente na sentença aristotélica acima transcrita, isto é, para cada aspecto essencial da justiça corretiva aristotélica há uma idéia kantiana análoga. A **primeira**, abstração dos aspectos particulares da relação, corresponde ao que Kant chamou de “liberdade negativa”, que é a capacidade do agente de se elevar acima da determinação da inclinação e das circunstâncias. A **segunda**, a igualdade entre as partes, corresponde à irrelevância dos aspectos particulares que podem distinguir um agente de outro para a dimensão normativa do agir. A **terceira**, a correlação entre o fazer e o sofrer, segundo Weinrib, encontra seu análogo no tratamento kantiano do fazer e sofrer como uma única seqüência normativa na qual, desconsideradas as particularidades, a ação de fazer deve ser capaz que coexistir moralmente com o sofrer por ela causado (WEINRIB, 1995:82).

Weinrib ressalta que a concepção de capacidade de ação (*agency*) pressuposta na justiça corretiva torna-se o foco da análise na filosofia do direito kantiana. Nesta, Kant pretende demonstrar como a justiça corretiva se origina da estrutura da capacidade de ação autodeterminada (“*self-determining agency*”). Ademais, ele afirma ainda que as diferenças entre as explicações efetuadas por Aristóteles e por Kant do direito privado são mais de natureza da exposição do que substantivas (WEINRIB, 1995:83). Assim, para complementar a lacuna deixada por Aristóteles acerca do conceito de igualdade, Weinrib se propõe a situar a justiça corretiva dentro da filosofia do direito kantiana (WEINRIB, 1995:84).

Segundo a leitura weinribiana (1995:84), Kant situa as raízes conceituais da justiça corretiva na ação autônoma (autodeterminada ou desinteressada - *free purposiveness of*



*self-determining activity*). Por meio disso, ele liga a justiça corretiva à vontade (*will*). A igualdade da justiça corretiva aristotélica passa a ser compreendida em termos kantianos como a igualdade entre vontades livres (*free wills*) que se influenciam mutuamente. Weinrib acredita que essa igualdade seja normativa, pois, para Kant, essa normatividade reflete a normatividade intrínseca em todas as atividades autônomas (autodeterminadas - *self-determining*).

Ademais, o conceito de justiça corretiva para Kant também possui um aspecto institucional, na medida em que se insere na ordem jurídica. A justiça corretiva é considerada por Kant parte de um complexo de idéias que incluem a condição pública da ordem jurídica. Para ele, a operação institucional da justiça corretiva é chamada de “direito público” (*public law*), referindo-se com isso à estrutura oficial jurídica para as normas nascidas do conceito de direito (*norms arising as a matter of right*) (WEINRIB, 1995:85). Ademais, a presença do juiz na operação da justiça corretiva assume o caráter de uma necessidade conceitual em razão da mútua externalidade dos agentes que interagem (WEINRIB, 1995:85).

Assim como em Aristóteles, em Kant (1995:85), a coerência é crucial para a explicação do Direito. Kant também compreende a transação que se estabelece entre as partes na justiça corretiva como uma unidade normativa coerente. O Direito (*right*) kantiano também se constitui numa unidade em que várias partes integram coerentemente o todo. Este todo integrado será chamado de “idéia da razão” (*idea of reason*)<sup>78</sup>.

A “idéia da razão” é uma expressão utilizada por Kant para se referir a conceitos que expressam a integração das partes num todo em que cada parte condiciona e é condicionada pelas demais (WEINRIB, 1995:86 e 87). Trata-se de um “princípio ordenador pelo qual a razão unifica um grupo de conceitos diversos”<sup>79</sup>, uma unidade conceitual construída pela razão derivada de sua função sistematizadora (WEINRIB, 1995:88).

Kant nomeia de “idéia da razão” um grande número de elementos tais como, o contrato original, a propriedade, a soberania e a legalidade. Esta última assume importância crucial para a tese weinribiana, pois, tratando-se de uma “idéia da razão”, é

---

<sup>78</sup> Para a explicação weinribiana exclusivamente do conceito de “idéia da razão”, ver: Weinrib (1987) no artigo intitulado “Law as a Kantian Idea of Reason”.

<sup>79</sup> “An idea of reason is an ordering principle by which reason unifies a group of diverse concepts” (WEINRIB, 1995:88)

concebida como unidade articulada aplicável às relações externas entre seres dotados vontade livre (*freely willing beings*). Já o direito (*law*) é concebido como uma estrutura reguladora composta por uma comunidade autônoma de conceitos dentro da qual toda vontade livre (*free will*) pode perseguir seus interesses (WEINRIB, 1995:86).

Weinrib menciona que Kant também define a legalidade como uma idéia da razão dotada de realidade prática (WEINRIB, 1995:87). O termo prático se relaciona, na concepção kantiana, a tudo que é possível por meio da liberdade (*through freedom*). A vontade (*will*) que pode ser determinada independentemente dos impulsos sensuais, isto é, por motivos que são representados apenas pela razão, é uma vontade livre (*freewill*) (WEINRIB, 1995:89). O que estiver ligado à vontade livre poderá ser chamado de prático. Conseqüentemente, segundo Weinrib (1995:89), a realidade prática de uma “idéia da razão” se relaciona com a concepção kantiana da vontade como vontade livre.

A autonomia da vontade (*freedom of the will*) é o que distingue uma atividade dotada de finalidade (*purposive activity*) da passividade de uma seqüência de causas eficientes. A finalidade (*purposiveness*) diz respeito a uma relação peculiar entre o ser e o objeto sujeito aos seus atos. O ser será dotado de finalidade na medida em que traduzir a representação do objeto de seus desejos em realidade. A atividade finalística pode ou não ser livre. Apenas será livre quando tiver a capacidade de abstrair da imediação da inclinação, for capaz de refletir sobre o conteúdo da representação mental e, espontaneamente, substituir uma representação por outra (WEINRIB, 1995:90). Essa é a chamada “liberdade negativa” de que fala Kant e à qual liga também o termo livre arbítrio (*free choice*) (WEINRIB, 1995:90).

Chega-se ao ponto em que se conclui que, para Kant, a atividade livre, isto é, aquela não determinada pela inclinação, pode se autodeterminar. Portanto, a base para a definição da ação livre não é o conteúdo de um objetivo particular, mas a forma da finalidade (*purposiveness*) considerada como uma causalidade de conceitos<sup>80</sup> (WEINRIB, 1995:90). Trata-se de uma determinação pela forma e não pelo conteúdo. Esta forma diz

---

<sup>80</sup> Segundo Weinrib, a causalidade de conceitos é uma modalidade distinta de causalidade em relação a causalidade eficiente. Trata-se que uma causalidade que possui uma noção própria de necessidade: “*ela é uma necessidade conceitual de que a intencionalidade livre (free purposiveness) se conforme a sua própria natureza como uma causalidade de conceitos*”. No original: “*it is a conceptual necessity that free purposiveness conform to its own nature as a causality of concepts.*” (WEINRIB, 1995:93).

respeito a um princípio válido para todos os seres capazes de finalidade (*purposive beings*), independentemente de suas inclinações.

Weinrib (1995:91) aponta que, para Kant, a expressão mais geral desse formalismo é o imperativo categórico<sup>81</sup> que fornece os elementos mínimos para que a razão de alguém para ação possa ser concebida em termos universais sem contradição. Conseqüentemente, a liberdade consiste na capacidade daquele ser dotado de finalidade de determinar sua própria natureza racional. A esta determinação, que expressa a liberdade em sentido positivo, Kant dá o nome de razão prática.

A razão prática e o livre arbítrio (*free choice*) formam assim, dois aspectos da autonomia da vontade (*freedom of the will*), posto que se constituem, respectivamente, nos aspectos positivo e negativo da liberdade, sendo o princípio que une os vários aspectos da “idéia da razão” prática numa rede de interdependência conceitual (WEINRIB, 1995:94).

Weinrib destaca o aspecto positivo da liberdade pela sua dimensão formal. A razão prática, segundo ele (WEINRIB, 1995:91), é a mais completa expressão da racionalidade inerente na finalidade vista como uma causalidade de conceitos. Ela avalia atos particulares a partir do ponto de vista abstrato e formal da causalidade de conceitos por meio da qual a escolha livre é determinável. Ademais, cobrindo ambos os aspectos da liberdade (escolha livre e razão prática), a vontade livre (*free will*) pode ser identificada como o ponto no qual tudo que diz respeito à esfera prática, incluindo o Direito e a legalidade, convergem (WEINRIB, 1995:92).

Assim, chega-se à determinação da legalidade em Kant como uma “idéia da razão” em que está presente um conjunto de componentes jurídicos cuja pré-condição é a noção de vontade livre (*free will*). Todavia, por que é possível afirmar que a legalidade obriga todo legislador, isto é, de onde surge a força normativa da legalidade?<sup>82</sup>

Segundo Weinrib (1995:92), Kant reivindica uma implicação normativa para a legalidade justificando-a a partir da própria “idéia da razão” e, portanto, internamente.

---

<sup>81</sup> “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. (KANT, 2003)

<sup>82</sup> Vale lembrar que Weinrib cita a seguinte definição kantiana de legalidade: “*uma idéia da razão que entretanto tem indubitável realidade prática; já que pode obrigar qualquer legislador...*” (WEINRIB, 1995:87). No original: “*an idea of reason, which nonetheless has undoubted practical reality; for it can oblige every legislator...*”

Como uma “idéia da razão” é uma unidade articulada de partes inscritas numa totalidade (WEINRIB, 1995:92), para não quebrar essa unidade, a normatividade não poderá vir de algo independente da ou externo a própria legalidade. Assim, a normatividade deverá ser inerente à legalidade. Weinrib assim explica a normatividade inerente à legalidade:

*“Atribuir à legalidade uma natureza inerentemente normativa provem da descrição kantiana da escolha livre. A legalidade como uma “idéia da razão” é “prática” no sentido kantiano de estar fundamentada na noção de atividade finalística. Como a base determinadora da escolha livre, a razão prática fornece normas. No entanto, a razão prática não impõe exigências à escolha livre de fora (a partir do exterior); ela meramente torna explícita a normatividade implícita na intencionalidade como uma espontânea causalidade de conceitos. O sentido da normatividade é precisamente a determinação da escolha livre de acordo com a sua própria natureza.”*<sup>83</sup> (WEINRIB, 1995:93).

Conseqüentemente, Weinrib (1995:93) conclui que as pretensões da razão prática não demandam razões adicionais para explicar sua força normativa, pois essas pretensões são normativas na medida em que são requisitos da razão prática. Visto que, a razão prática é a necessidade apropriada à liberdade, no sentido da necessidade correspondente a causalidade de conceitos, para Kant, a obrigação é a necessidade de uma ação livre sob o imperativo categórico da razão. Portanto, resulta que o que a razão prática ordena é intrinsecamente obrigatório. Nesses termos, Weinrib afirma que para Kant, “*a escolha livre e a razão prática contêm toda a normatividade que há*”<sup>84</sup> (WEINRIB, 1995:94).

A legalidade ou a esfera do direito (*law*) é o âmbito das relações externas. O foco de Kant no estudo da legalidade está na consistência da ação com a liberdade de todos os indivíduos, posto que, em sua formulação kantiana mais comum o Direito (*right; das Recht*) é concebido como “*o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser unido ao arbítrio de outro segundo uma lei universal de liberdade*” (WEINRIB, 1995:95; TERRA, 2004:16-17). O Direito (*right*), portanto, alia duas noções, a de relações externas e a de vontade livre (*free will*), harmonizando-as da forma mais abstrata concebível.

---

<sup>83</sup> “Ascribing to legality an inherently normative nature arises from Kant’s account of free choice. Legality as an idea of reason is “practical” in Kant’s sense of being grounded in the notion of purposive activity. As determining ground of free choice, practical reason provides norms. However, practical reason does not impose any demands on free choice from without; it merely makes explicit the normativeness implicit in purposiveness as a spontaneous causality of concepts. The meaning of normativity is precisely the determination of free choice in accordance with its own nature” (WEINRIB, 1995:93).

<sup>84</sup> “The integration of free choice and practical reason contains all the normativeness there is” (WEINRIB, 1995:94).

Conforme acrescenta Weinrib (1995:95), é da união da externalidade e da liberdade características do Direito (*right*) que faz com que direito (*law*) e a legalidade possam ser entendidos como uma “idéia da razão” dotada de realidade prática.

Nesse sentido, o conceito kantiano de Direito apresenta três condições principais de aplicação. A **primeira condição** é que esse conceito se aplica a relações externas e práticas (WEINRIB, 1995:95). A **segunda condição** diz respeito ao arbítrio (escolha - *choice*) posto que, segundo Kant, os deveres originados do conceito de Direito não se justificam somente pela pretensa necessidade do obrigado já que a necessidade de alguém é algo interno a ela e, portanto, não tem lugar nas relações externas. A relação prática referida no conceito de Direito será sempre entre arbítrio e arbítrio (WEINRIB, 1995:96). Por fim, a **terceira condição** diz respeito à abstração do objeto particular do arbítrio (*choice*). O que é relevante no Direito é a forma da relação entre os arbítrios (*choice*), enquanto expressões da liberdade e respeito à lei universal de liberdade e não o objeto específico que o livre arbítrio (*free choice*) tenta atingir (WEINRIB, 1995:97).

Dessa maneira, conforme destaca Weinrib (1995:97), no centro da concepção kantiana de Direito está a forma da relação entre vontades que são livres. Como explicado acima, o livre arbítrio consiste na possibilidade de se efetuar a substituição de um objeto de desejo por outro, de forma que independentemente do conteúdo particular da vontade, este não determine necessariamente o que a pessoa faça. O conceito de Direito (*right*) portanto, diz respeito à relação entre dois seres cuja atividade está sujeita à possibilidade referida pelo livre arbítrio.

Neste ponto, é importante ressaltar que o argumento de Weinrib (1995:97) é que ao dar relevância para a forma do livre arbítrio, Kant torna seu conceito de Direito (*right*) congruente com a descrição aristotélica da justiça corretiva. Ele acrescenta que o que Aristóteles concebeu como abstração de considerações de virtude, Kant concebeu como abstração em relação ao conteúdo da escolha (ou do arbítrio). Da mesma maneira, Aristóteles volta-se para a relação entre ação e efeito avaliada a partir da justiça e esta relação é interpretada em termos do Direito (*right*) kantiano com a união do externo com o prático (WEINRIB, 1995:98). Ademais, o que Aristóteles aponta como o igual tratamento do autor (*doer*) e da vítima (*sufferer*) do dano pelo direito (*law*) aparece no Direito (*right*) kantiano como a possibilidade a convivência moral da ação de um com a liberdade do outro.

É importante também ressaltar que, segundo Weinrib (1995:100) o conceito de Direito (*right*) kantiano age como um difusor dos requisitos impostos pela razão prática para dentro das relações externas de direito (*law*). Essa difusão atua no sentido do aspecto público do direito (*law*). Isso porque, para além das partes na relação, o conceito de Direito (*right*) exige a existência de uma terceira parte, um juiz, que é a expressão pública do direito (*law*) e que imparcialmente interpreta a relação e, se necessário, coloca em ação o aparato coercitivo para fazer cumprir o direito (WEINRIB, 1995:101).

Conforme salienta Weinrib (1995:104), seguindo a tradição escolástica, Kant usa a terminologia de justiça comutativa para o que ele nomeou justiça corretiva. Trata-se do estágio em que um agente encontra outro, passando a estar um sob o espectro de efeitos da ação do outro. Sendo seres práticos, o livre arbítrio (*free choice*) de um deve coexistir com a liberdade do outro de acordo com a lei universal.

A justiça corretiva (ou comutativa) kantiana diz respeito assim a interação formal entre dois arbítrios, estruturada correlativamente e externamente como um arranjo entre direitos e deveres recíprocos. Em Kant, essa forma constitui as categorias jurídicas da propriedade, do contrato e do *status* doméstico. Conseqüentemente, a justiça corretiva (ou comutativa) requer dos agentes que não violem a igualdade formal que existe entre eles enquanto arbítrios livres (WEINRIB, 1995:104). Por essa razão, essa estrutura constitui também a categoria jurídica da responsabilidade civil, que é invocada quando, por razões específicas que serão tratadas a seguir, a igualdade formal é violada.

Retomada a questão do juiz, Weinrib (1995:105) resalta que para Kant a função do juiz é interpretar as transações entre as partes de forma imparcial e desinteressada. Isto significa que não pode intervir na interação entre as partes com interesses distintos tais como, os interesses da coletividade e de pessoas que estejam fora da relação. A única função que o juiz pode desempenhar corretamente é a de esclarecer o significado do Direito (*right*) naquela relação particular, dando-lhe expressão pública.

Por fim, Weinrib (1995:109) resalta que na filosofia jurídica de Kant, o conceito de Direito (*right*) permeia o sistema jurídico atribuindo-lhe seu caráter normativo. O Direito (*right*) é um conceito “*abrangente, unificador e sistemático, abarcando tudo desde*

*o funcionamento da vontade até doutrinas e instituições jurídicas substantivas*”<sup>85</sup> (WEINRIB, 1995:105). Segundo ele, sem a concepção kantiana de Direito (*right*) o fenômeno jurídico, incluindo o direito positivo (*law*) seria um fenômeno meramente empírico e destituído de inteligibilidade interna.

No que concerne ao direito privado, Weinrib (1995:109) afirma que para Kant trata-se de um campo dotado de auto-suficiência normativa. O direito privado retira seu caráter moral da noção de vontade livre (*free will*) que nele está pressuposta. Como consequência das implicações conceituais relativas à vontade livre, as relações de direito privado, que são interações entre seres dotados de finalidade livre (*purposive beings*), estão sujeitas às exigências impostas pela justiça corretiva (WEINRIB, 1995:110).

A conclusão que Weinrib (1995:121) retira da análise do conceito de Direito kantiano é que numa relação externa as partes ocupam uma igual posição normativa<sup>86</sup>. A igualdade da justiça corretiva, não elucidada por Aristóteles, é identificada com a noção abstrata de capacidade de ação (*agency*) que embasa o Direito kantiano. A igualdade expressa a concepção kantiana de normatividade em relações externas. Ganho e perda são correlatos se considerados sob o aspecto normativo, sendo, em verdade, variantes da base normativa. O nexos entre direito e dever sob a noção de direito kantiano captura essa correlação normativa (WEINRIB, 1995:126).

#### **2.2.4. A correlação (*correlativity*) entre ganho e perda e suas implicações para a justiça corretiva**

Com base no que foi apresentado acima, faz-se necessário apresentar algumas implicações para a concepção de direito privado da incorporação do Direito (*right*) kantiano ao interior da justiça corretiva, em especial, (i) o sentido exato da correlação entre o ganho e a perda, (ii) como identificar essa perda e esse ganho e interpretá-los como expressões do Direito (*right*) kantiano e (iii) como os principais campos da responsabilidade, dentre eles a responsabilidade civil (*torts*), refletem a correlação tal como mencionada por Aristóteles (WEINRIB, 1995:114).

---

<sup>85</sup> “*Right is comprehensive, unifying, and systematic, encompassing everything from the operation of the will to substantive legal doctrines and institutions*” (WEINRIB, 1995:109).

<sup>86</sup> “*equal normative standing in the transaction*” (WEINRIB, 1995:121).

No que diz respeito à identificação da perda e do ganho, Weinrib enuncia a tese de que o **binômio ganho/ perda** tem um **sentido normativo e não factual**. Isto significa que, para ele, o ganho e a perda ocorridos referem-se à diferença entre o que as partes têm e o que deveriam ter conforme a norma que oriente a interação entre elas. Portanto, ele rejeita a tese de que o ganho e a perda se relacionam às mudanças nas condições (aumento e diminuição) dos bens das partes, em geral considerados a integridade física e os objetos externos<sup>87</sup> (WEINRIB, 1995:114-115).

O aspecto normativo deriva da função justificadora da justiça corretiva, pois essa incorpora um conjunto de normas que definem como deve se dar a interação. A base para o ganho e a perda, sob o aspecto normativo, é a obrigação que cada um tem conforme a justiça corretiva (WEINRIB, 1995:116).

Conseqüentemente, para que haja verdadeira correlação, o ganho e a perda em questão devem ser do mesmo tipo. Um ganho factual, isto é, um ganho palpável cuja existência se observa empiricamente, não será correlato a uma perda normativa. Segundo a tese de Weinrib (1995:117), para que haja correlação, ganho e perda da justiça corretiva deverão ser normativos. A razão disso decorre da idéia de igualdade que está na base da correlação. A igualdade, conforme apresentado nos itens anteriores, é também conceitual, isto é, trata-se de *“uma representação formal de uma norma que deve prevalecer entre aquele que faz e aquele que sofre a ação”*<sup>88</sup> (WEINRIB, 1995:117). Tanto a igualdade quanto a desigualdade, que é o desvio da norma, são normativas.

A experiência contemporânea da responsabilidade civil confirma a tese de Weinrib (1995:117), pois, embora em geral o objetivo ao demandar em juízo seja a recuperação de uma perda factual, ela não costuma ser acompanhada de um ganho factual. O que está em jogo quando A, negligentemente, bate no carro de B não é o ganho factual de A, que inexistente. O que há é uma perda normativa correlata a um ganho normativo, que são definidos pela inobservância da norma que governa a interação entre as partes. De acordo

---

<sup>87</sup> Acerca do uso do termo “normativo”, é importante fazer um esclarecimento. O termo “normativo” é utilizado em pelo menos dois sentidos e contextos diferentes nessa dissertação. No primeiro, é utilizado na discussão apresentada na INTRODUÇÃO e no CAPÍTULO 1 da “questão normativa”, isto é, na investigação relativa a de onde nasce ou no que se fundamenta a obrigação do réu de indenizar, se meramente na imposição pela lei positiva ou se em alguma justificativa que a transcenda. No item ora apresentado, o termo “normativo” é usado em oposição ao termo “factual”, ou seja, em oposição à concepção do ganho e da perda palpáveis e existentes na realidade empírica.

<sup>88</sup> *“... equality is a formal representation of the norm that ought to obtain between doer and sufferer”* (WEINRIB, 1995:117)



com o que foi visto da concepção aristotélica, o ganho e a perda representam a ocorrência de uma injustiça que precisa ser retificada. A injustiça reflete a violação de uma norma e não a ocorrência de certos fatos (WEINRIB, 1995:119).

No que tange ao significado da correlação entre ganho e da perda normativa serem correlatos, Weinrib (1995:120) acredita que ela estrutura o conteúdo normativo da justiça corretiva, isto é, ela permite descobrir quais razões justificatórias são possíveis respeitando aquela forma da justiça. Essas razões só poderão ser, como se verá a seguir, do tipo correlativo.

As razões justificadoras a serviço da justiça corretiva deverão seguir a estrutura exigida pela mesma para serem coerentes e, portanto, deverão ser unificadoras, bipolares e expressar a igualdade entre as partes (WEINRIB, 1995:120). Para que a razão justificadora seja unificadora, uma mesma norma deve embasar a perda normativa e o ganho normativo. Igualmente, a bipolaridade advém do fato da razão justificadora ser uma ligação exclusivamente entre as duas partes e, conseqüentemente, não trazer outras partes para a relação. Por fim, sendo a mesma razão aplicável as duas partes (e apenas as duas), ela não coloca nenhuma delas numa posição preferencial, respeitando sua igualdade (WEINRIB, 1995:120).

É em função da estrutura normativa da justiça corretiva e da conseqüente necessidade de manter a correlação entre ganho e perda normativa que Weinrib (1995:121) apresenta o exemplo de duas razões de fundamentação da responsabilidade civil que ele considera totalmente equivocadas: a compensação e a dissuasão. Segundo ele, a compensação não respeita a estrutura da justiça corretiva porque sua força justificatória recai exclusivamente no autor-ofendido, independentemente do réu-ofensor (WEINRIB, 1995:121). A necessidade de compensar o autor-ofendido não o liga ao réu-ofensor, tanto que é possível imaginar um sistema geral de compensação, tal qual um sistema de seguridade social, em que todos os ofendidos recebam compensações por seus danos, independentemente dos ofensores, ou, no limite, que a razão para pedir a compensação leve o autor-ofendido a exigi-la de quem não lhe causou dano. Isto porque a compensação é uma razão que atribui posição predominante ao autor-ofendido, quebrando a ligação entre as partes e tratando-as desigualmente.

*Mutatis mutandis*, a dissuasão é uma razão justificadora aplicável ao réu-ofensor independentemente da posição ocupada pelo autor-ofendido (WEINRIB, 1995:121). Nesse caso, considera-se que o réu teve um ganho normativo ao realizar o ato danoso, mas a dissuasão é uma razão que relaciona réu e autor, pois o autor não busca a indenização para dissuadir o réu, mas pela razão de ter sofrido uma perda, que sob o prisma da dissuasão, não é nem mesmo normativo, mas factual. Assim, da mesma maneira que a compensação, a dissuasão não trata perda e ganho normativamente e correlativamente, não estabelece uma ligação entre as partes e não lhes atribui uma posição de igualdade na relação.

Por fim, a idéia de aliar compensação e dissuasão também não é satisfatória do ponto de vista da justiça corretiva posto que, mesmo nesse caso, a razão para considerar que o réu-ofensor ganhou será distinta da razão para considerar que o autor-ofendido perdeu e, mais uma vez, o ganho e a perda não serão normativamente correlativos, mas apenas justapostos artificialmente (WEINRIB, 1995:121).

Para Weinrib (1995:122), ao contrário das equivocadas razões aduzidas acima, o conceito de Direito (*right*) kantiano preenche a justiça corretiva de forma que satisfaz o requisito da correlação. No Direito kantiano, a forma da correlação é a de direito e dever, isto é, todo agente está obrigado a não violar os direitos dos outros, conforme o princípio do Direito kantiano de que a ação de uma pessoa pode ser unida com a liberdade de outra de acordo com a razão prática. De acordo com a teoria kantiana, direitos (*rights*) são a manifestação jurídica da liberdade inerente na ação autodeterminada. Ter um direito implica que outros estejam moralmente obrigados a não infringi-lo.

Assim, na relação entre as partes, o direito (*right*) representa a posição moral ocupada pelo autor-ofendido e o dever (*duty*) representa a posição moral ocupada pelo réu-ofensor. O conteúdo do direito é exatamente o objeto do dever e, portanto, direito e dever são correlatos e conectam as partes sob uma mesma razão justificadora, mantendo a estrutura e os requisitos de unidade, bipolaridade e igualdade entre as partes impostos pela forma da justiça corretiva (WEINRIB, 1995:123).

Correlativamente considerados, direito e dever podem ser vistos como uma unidade articulada. Isto implica que, embora atuando unificadamente numa relação bipolar, o direito e o dever mantêm conservam suas características morais distintas (WEINRIB, 1995:123). Weinrib assinala que para Kant, direito e dever possuem funções normativas

distintas. O direito é manifestação jurídica da liberdade de uma pessoa com respeito às ações de outra e o dever é a necessidade moral de agir de uma determinada maneira (WEINRIB, 1995:124). Cada um deles mantém seus próprios requisitos internos e, portanto, não podendo ser tratados um como reflexo analítico do outro (WEINRIB, 1995:124).

Chega-se à unidade da relação jurídica na medida em que a quebra do dever e a violação do direito constituam uma seqüência normativa única, o que é dado pelo fato do direito de um se constitui na base do dever do outro (WEINRIB, 1995:125). Dessa forma, Weinrib conclui (1995:125) que a correlação entre direito e dever normativamente considerados compõe o nexos moral entre um autor-ofendido específico e um réu-ofensor específico. É esta correlação entre direito e dever que, sob a perspectiva do Direito (*right*) kantiano e considerado como uma unidade articulada, abarcando a seqüência que vai do ato ao dano, explica a ligação direta e imediata que se estabelece entre as partes da relação jurídica.

Percorrida a seqüência que vai do ato ao dano e ocorridos ganho e perda normativas, a responsabilidade (*liability*) gera a reparação da violação do direito por aquele que tinha o dever por meio da transferência exata do ganho para aquele que antes observara a perda, anulando ganho e perda entre si (WEINRIB, 1995:126).

### **2.2.5. A construção das doutrinas de responsabilidade civil compatíveis com a forma da justiça corretiva**

Com o esclarecimento do sentido normativo da correlação entre perda e ganho, está apresentada a estrutura da justiça corretiva com as respectivas implicações da concepção kantiana de Direito (*right*) em seu interior.

Com isso, Weinrib considera realizada a grande explicação acerca do direito privado. Todavia, seu objetivo não é apresentar uma teoria descritiva do direito privado. Também é seu intuito explorar o aspecto prescritivo da justiça corretiva compreendida em termos do princípio kantiano do Direito (*right*) e por essa razão ele escolhe duas doutrinas de responsabilidade civil como exemplos para realizar uma análise crítica.

Assim, o projeto weinribiano não se exaure na demonstração apenas teórica de que o direito privado e seus diferentes ramos para serem coerentes, sob a perspectiva formalista, devem obedecer aos requisitos impostos pela forma da justiça corretiva tal como acima caracterizada.

Weinrib ainda pretende apresentar quais são as áreas específicas da responsabilidade civil que são compatíveis e incompatíveis com a justiça corretiva. Dessa pretensão ele retira duas teses, a primeira, que será trata neste item, que a forma da justiça corretiva é imanente à responsabilidade com culpa (*negligence liability*). A segunda, apresentada no item seguinte (2.2.6.), de que a responsabilidade objetiva (*strict liability*) não expressa a justiça corretiva, devendo ser rejeitada por sua incoerência.<sup>89</sup>

Segundo Weinrib (1995:145), a responsabilidade derivada de *negligence* é um campo da responsabilidade civil onde o dano é uma consequência não-intencional, isto é, o agente causador do dano não age objetivando causar o dano, embora por seu comportamento negligente crie um risco excessivo que acaba por se materializar num dano.<sup>90</sup>

Essa seqüência que vai do comportamento culposo até o dano pode ser vista como uma seqüência normativa única e, portanto, como a ligação imediata e correlativa entre o ofensor (*doer*) e a vítima (*sufferer*). Ademais, ele acredita que todos os conceitos que formam a doutrina da responsabilidade com culpa (*negligence law*) tais como, dever de cautela (*reasonable care*), dever de cuidado (*duty of care*), causa próxima (*proximate*) e causa factual (*factual cause*), *misfeasance*<sup>91</sup> e o padrão de *reasonable person*<sup>92</sup> edificam conjuntamente regras de responsabilidade que coerentemente conectam autor e réu.

---

<sup>89</sup> Evidentemente os exemplos de doutrinas de responsabilidade civil analisadas por Weinrib dizem respeito ao sistema de *Common law* no qual esse autor está inserido. Ainda assim, se a tese de Weinrib estiver correta as doutrinas jurídicas de outros sistemas jurídicos complexos poderão ser analisadas e criticadas nos mesmos moldes ora efetuados por Weinrib. A esse respeito Weinrib afirma que: “*my account of negligence liability illustrates the formalist idea that corrective justice is immanent in a sophisticated system of private law. Given the juridical necessity for such a system to have its concepts and discourse express coherent bipolar relationships, corrective justice and Kantian right are theoretical notions that must be seen as implicit in the system’s functioning.*” (WEINRIB, 1995:146)

<sup>90</sup> Aqui se verifica que a sinonímia entre responsabilidade com culpa e *negligence law* não é perfeita, pois, de acordo com a doutrina e a legislação brasileira, a responsabilidade com culpa engloba danos intencionais e não-intencionais, enquanto que *negligence law* regula apenas danos não-intencionais ou o equivalente brasileiro aos danos resultantes de negligência, imprudência e imperícia. Todavia, o que ambos têm em comum é a presença da **culpa**.

<sup>91</sup> *Misfeasance* é o desempenho impróprio de algum ato que a lei faculta ou a má execução de um ato lícito (BLACK’S, 2004, verbete *misfeasance*)

Ademais, ele acrescenta que esses conceitos que formam a responsabilidade civil com culpa (*negligence law*) não se referem à imanência da justiça corretiva e do Direito (*right*) kantiano explicitamente, pois o direito privado não é uma teoria, mas sim, uma prática normativa. Como tal, a imanência da justiça corretiva e do Direito (*right*) kantiano está em seu discurso assim como os princípios de sintaxe e lógica são imanente ao discurso em geral (WEINRIB, 1995:146).

Nesse sentido, Weinrib (1995:147) argumenta que, compreendidos em seus próprios termos e, portanto, internamente como exige o método formalista, os conceitos da responsabilidade com culpa (*negligence law*) formam uma seqüência normativa única que começa com a ação do réu e termina com o sofrimento do dano ou lesão pelo autor. Juntos, os conceitos citados acima constituem um conjunto integrado que expressa a unidade entre o fazer e o sofrer (*doing and suffering*). Separadamente considerados, cada um deles expressa um momento da relação imediata entre as partes e, portanto, atende, coerentemente, aos requisitos impostos pela forma da justiça corretiva e do Direito (*right*) kantiano.

Conforme Zweigert e Kötz (1998:608-609), o termo *negligence* refere-se genericamente a ausência de cuidado ou falta de atenção na realização de uma tarefa. No entanto, em sentido técnico-jurídico denota, de forma bastante específica, as condições pelas quais uma pessoa pode ser feita responsável por um dano causado sem intenção. Os principais requisitos são dever de cuidado (*duty of care*), violação do dever (*breach of duty*) e dano ou lesão (*damage ou injury*). O primeiro significa que para ser responsável por um dano não intencional, o ofensor deve obedecer a um dever de cuidado em relação ao grupo de pessoas no qual se encontra a vítima. O segundo requisito quer dizer que havendo o dever de cuidado o ofensor, com seu ato, deve tê-lo infringido, violando o dever que tinha para com o grupo de pessoas e, conseqüentemente, para com a vítima.

Por fim, o dano ou lesão (*damage/injury*), para ser imputável ao réu-ofensor para o qual se demanda reparação, deve ser uma conseqüência relevante do comportamento culposos, isto é, deve haver uma conexão causal entre o comportamento apontado como negligente e o dano materializado (ZWEIGERT e KÖTZ, 1998:609). Essa conexão deverá ser

---

<sup>92</sup> A doutrina da “pessoa razoável” equivale à noção de homem médio ou homem comum, que fornece um padrão de ação que está considerado como normal pela lei, isto é, que age com de acordo com um padrão de cuidado normal, evitando lesar os direitos alheios (MELLO, 2006, verbete *reasonable man doctrine*)

considerada suficientemente próxima (*proximate cause*) posto que, se excessivamente remota poderá ser desconsiderada e dano remoto não considerado como imputável ao réu (ZWEIGERT e KÖTZ, 1998:610).

Isto posto, é possível dizer que o padrão de cuidado objetivo ou dever de cautela (*reasonable care*) é o padrão em que uma pessoa razoável (*reasonable person*) age, expondo as pessoas à sua volta a um nível de risco aceitável. Quanto este padrão é quebrado por uma ação que causa um dano, este dano é passível de indenização.

Segundo Weinrib (1995:147), a idéia de níveis de risco (aceitáveis e inaceitáveis) é importante para a justiça corretiva. O risco permite que se considere o que uma pessoa faz do ponto de vista do que outra pessoa pode sofrer. Trata-se, pois, de um conceito que relaciona ofensor e vítima (*doing and suffering*).

Weinrib (1995:148) considera que o tratamento adequado do conceito de risco é dado pelas decisões dos tribunais britânicos e dos membros da *Commonwealth* e não pelos julgados norte-americanos e, especial, não pelo clássico julgamento de *United States v. Carroll Towing* [1947] em que o juiz Learned Hand propôs sua fórmula para definir em quais situações o réu deveria ser responsabilizado.<sup>93</sup>

Ao contrário, segundo Weinrib, no sistema britânico, o conceito de dever de cautela (*reasonable care*) reflete o Direito (*right*) kantiano. Ele ilustra sua posição a partir da análise do caso *Bolton v. Stone* [1951]. Nesse caso, durante uma partida de críquete num clube especializado o réu que atuava como batedor lançou uma bola que atingiu a cabeça do autor da ação quando esse passava numa rua que estava além da cerca divisória do clube. A questão colocada aos Lordes nesse caso envolvia uma definição do nível de risco aceitável durante a execução de atividades lícitas como jogar críquete e, portanto, até onde o réu teria um dever de cautela (*reasonable care*) em relação ao autor.

---

<sup>93</sup> Na clássica exposição do juiz Learned Hand no caso *United States v. Carroll Towing* [1947], ele propõe que a responsabilidade do réu seja uma função entre a probabilidade de ocorrência do dano (P), o dano (no original, L) e ônus de tomar precauções adequadas para evitar o dano (*burden* - B). Segundo o juiz Learned Hand, a responsabilidade dependeria de B ser menor do que a multiplicação de P por L. Isto é, quando o ônus de tomar precauções adequadas para evitar o dano é menor do que a probabilidade multiplicada pelo dano, o réu não é responsável e, portanto, não deve indenizar o autor. Nesse caso, a idéia é que o autor deveria ter se precavido a um custo menor. Todavia, a criação de risco pelo réu é considerada ilícita se a probabilidade multiplicada pelo dano (PxL) excede o ônus de tomar precauções (PxL > B) (WEINRIB, 1995:148).

A Câmara dos Lordes decidiu que o réu não havia sido negligente e Lord Reid, no voto vencedor, formulou um conceito de dever de cautela (*reasonable care*) da seguinte forma: “*Seria correto levar em consideração não apenas quão remota é chance de uma pessoa ser golpeada, mas também quão sérias as conseqüências dela ser golpeada, mas eu não penso que seria correto levar em consideração a dificuldade de tomar medidas reparadoras*” (WEINRIB, 1995:152).

No entanto, Lord Reid complementou afirmando que um agente não é considerado responsável por uma “fantástica e improvável”<sup>94</sup> possibilidade de dano que inevitavelmente, conforme veremos a seguir, acompanha toda e qualquer ação humana. Assim, a criação de risco é passível de responsabilização quando o dano materializado era razoavelmente previsível e, portanto, o agente falha em ajustar a sua ação ao nível tolerável de risco em vista do potencial para causar danos a outrem (WEINRIB, 1995:152).

Essa concepção de dever de cautela (*reasonable care*) atribui expressão à idéia de capacidade de ação (*agency*) que subjaz à justiça corretiva. O risco inevitavelmente acompanha as ações humanas. Portanto, é contraditório impor ao agente o dever de não impor riscos enquanto age no mundo, pois, tal dever nega a possibilidade moral de ação. (WEINRIB, 1995:151-152). No entanto, o risco pode ser afetado pelo agente, isto é, este pode escolher agir no mundo de maneira a reduzir os riscos que acompanham a sua ação. Agir da maneira oposta significa tratar o mundo como um depósito para atos danosos em total desconsideração dos demais agentes existentes (WEINRIB, 1995:152).

De acordo com Weinrib (1995:152), o princípio kantiano do Direito (*right*) exige que a posição ocupada por cada agente seja sempre consistente com a dos demais considerados como agentes dotados de autodeterminação. Assim, o autor-ofendido não pode exigir que o direito (*law*) considere ilícita a criação de risco posto que, negaria ao réu-ofensor a qualidade de agente. Em termos semelhantes, o réu-ofensor não pode exigir imunidade em relação aos riscos que poderiam ter sido mitigados, pois isso significaria desconsiderar o efeito das ações do réu nos demais agentes, o que equivaleria a considerá-los não existentes.

---

<sup>94</sup> No original, Weinrib utiliza a expressão “*fantastic and far-fetched*” retirada da decisão de Lord Reid no caso *Bolton v. Stone* [1951] (WEINRIB, 1995:149).

Weinrib (1995:152) conclui dizendo que levados em consideração os requisitos impostos pelo Direito (*right*) kantiano, é possível constituir um padrão de cuidado (*care*) que respeite a igualdade imposta pela forma da justiça corretiva e em que as partes estejam igualmente posicionadas como agentes autodeterminados no que concerne ao nível de criação de risco admissível.

Segundo Weinrib (1995:153), ademais desses contornos gerais da doutrina responsabilidade com culpa (*negligence*), alguns outros requisitos precisam ser preenchidos. O primeiro requisito é o de *misfeasance* (ver nota de rodapé nº 4). Para que uma pessoa que tenha sofrido um dano possa exigir retificação em termos da justiça corretiva, o dano deve ser consequência de uma ação do réu-ofensor, não bastando a mera falha prevenir ou aliviar um perigo vislumbrado pelo réu. Isto quer dizer que a não execução (*nonfeasance*) que implica em ausência de ação não é base para a responsabilização por culpa. De alguma forma, o réu-ofensor deve ter agido para criar um risco para o autor-ofendido que acaba se materializando no dano. A necessidade unilateral do autor por assistência não estabelece uma ligação entre as partes. O sofrimento (*suffering*) do autor, que não seja resultante de uma ação do réu, não tem significado em termos de justiça corretiva (WEINRIB, 1995:154). O segundo requisito é o de causalidade factual (“*factual causation*”) (WEINRIB, 1995:154). Weinrib (1995:155) é taxativo em afirmar que a mera criação de risco não pode ser ilícita, não bastando para gerar responsabilidade.

Como já foi analisado anteriormente, do ponto de vista da justiça corretiva, a responsabilidade civil age através de e na relação do autor e do réu. Ambos ocupam posições moralmente iguais e nenhum deles pode ser desconsiderado no momento da definição da retificação. Portanto, é necessário que não apenas o réu-ofensor aja criando um risco, mas que, por meio de uma relação causal factual, esta criação excessiva de risco se materialize num dano ao auto-ofendido. Em termos de justiça corretiva, não basta que o réu seja moralmente culpável, independentemente de ter ou não causado um dano ao autor (WEINRIB, 1995:156) e, igualmente, não basta que a mera criação de risco seja, em si, considerada um dano (WEINRIB, 1995:157). É necessário percorrer todo o arco de acontecimentos que vai da ação criadora de risco até a materialização desse risco num dano. Somente percorrendo todo este arco causal é que autor e réu se tornam ligados correlativamente.



A esse respeito Weinrib (1995:158) conclui da seguinte forma: “*Risco é sempre risco de alguma coisa. Na justiça corretiva, essa alguma coisa engloba o direito que define a demanda do autor. O risco se refere a possibilidade de uma perda normativa. Ele não é em si uma perda normativa.*”<sup>95</sup>

Uma última questão a ser abordada diz respeito aos conceitos de dever de cuidado (*duty of care*) e causa próxima (*proximate cause*). De acordo com Weinrib (1995:158), esses dois conceitos completam a idéia criação de risco excessivo (*unreasonable risk creation*) ao chamarem a atenção para as questões de “risco para quem?” e “risco de quê?”.

Essas questões são especialmente importantes na determinação da responsabilização em casos de dano imprevisíveis. O exemplo utilizado por Weinrib (1995:159) essa situação bastante comum é do famoso caso *Palsgraf v. Long Island Railroad [1928]*. Nesse caso, um empregado da companhia de estradas de ferro negligentemente empurrou um passageiro na plataforma que, em razão do empurrão, deixou cair sua bagagem. O problema é que a bagagem continha fogos de artifício que explodiram e derrubaram objetos que estavam no final da plataforma, sendo que um deles atingiu a Sra. Palsgraf, machucando-a.

Segundo Weinrib (1995:169), a solução prevalente dada pelo Juiz Cardozo é uma solução que tratou os conceitos de dever de cuidado e causa próxima coerentemente a partir dos requisitos impostos pela justiça corretiva. Já a argumentação dissidente do Juiz Andrew não, posto que, unicamente justapôs, mas não integrou, as partes uma relação entre agente (*doer*) e o sofredor do dano (*sufferer*).

A opinião prevalecente do Juiz Cardozo enfatizava a qualidade relacional do risco, mas também do ato negligente. Para ele, a negligência do réu não era um ilícito relativo à Sra. Palsgraf e, portanto, ela não tinha direito a retificação do dano. Ele argumentou que a ilicitude do ato negligente não consiste numa conduta anti-social ampla, isto é, numa conduta ilícita em relação ao público como um todo, mas a ilicitude consiste numa potencial violação de um direito de outra pessoa. Para Cardozo, a culpa do réu foi em relação ao dono da bagagem. Assim, o dano da Sra. Palsgraf não foi resultado de um ilícito do réu em relação a ela (WEINRIB, 1995:160).

---

<sup>95</sup> “*Risk is always the risk of something. In corrective justice, that something encompasses the right that defines the plaintiff’s claim. Risk refers to the possibility of a normative loss. It is not itself the normative loss.*” (WEINRIB, 1995:158, destaques no original).

Segundo Weinrib (1995:160) a argumentação do Juiz Cardozo se desenvolve no sentido de que o risco ilícito, isto é, aquele que extrapola o limite até onde iria o homem razoável (*reasonable man*), deve qualificar ao mesmo tempo a ação do réu e o dano do autor. Para Cardozo, apenas quando o dano do ofendido está dentro do espectro do risco que faz o ato do ofensor ilegal é que o primeiro se habilita a recuperar a perda. Weinrib (1995:160) conclui que se trata de uma construção que une as partes numa única relação.

Ao revés, para Weinrib (1995:161), a exposição do Juiz Andrew apenas apresenta paralelamente duas razões: uma para considerar a conduta do réu ilícita e outra para considera o dano sofrido pela autora indenizável. Para o Juiz Andrew, há duas concepções diferentes do ilícito do réu. Na primeira, o ilícito do réu se configura assim que ele cria um risco imoderado para o público em geral e isso é suficiente para considerar que ele infringiu o dever de cuidado (*duty of care*). Na segunda, o ilícito se configura numa violação aos direitos da autora. Weinrib (1995:161) acrescenta que o conceito de causa próxima (*proximate cause*) é invocado então pelo Juiz para, arbitrariamente, limitar a possibilidade de que, de acordo com a primeira concepção de ilícito, qualquer pessoa do público que tenha sofrido um dano se habilite a demandar retificação do réu.

Weinrib afirma (1995:163) que o problema da argumentação do Juiz Andrew é a não preservação da correlação entre as partes. Na medida em que a Sra. Palsgraff estava além do âmbito do risco excessivo, seu direito a integridade física não se constituía na base do dever do réu de se abster de empurrar o passageiro. O dever que foi quebrado colocava o réu em relação com o passageiro, mas não era correlativo ao direito da Sra. Palsgraf. Para colocar nos termos já trabalhados por Weinrib, houve uma perda factual (palpável) para a Sra. Palsgraf, no entanto, não havia entre ela e o réu uma perda normativa correlata a um ganho normativo, isto é, essas duas partes não os ligavam normativamente conforme os requisitos da justiça corretiva e do Direito (*right*) kantiano.

Weinrib (1995:164) conclui que o agente quando age cria tanto riscos reais quanto riscos improváveis ou “*fantastic and far-fetched*” para usar a expressão cunhada por Lord Reid, mas a culpa decorre apenas dos primeiros. Isto porque, como apresentando acima, a possibilidade de considerar culposa também a criação de riscos improváveis e, portanto, todos os possíveis riscos, advindos de qualquer ação, negaria a possibilidade moral de ação (WEINRIB, 1995:151-152).

Para Weinrib (1995:164), no caso *Palsgraf* justamente um risco improvável (*far-fetched*) se materializou. Considerando que esse risco não era ilícito, sua materialização não fez da autora uma vítima de um ilícito, razão pela qual, conseqüentemente, o réu não lhe devia indenização.

Como observado no caso *Palsgraf* e à luz dos requisitos da justiça corretiva e do Direito (*right*) kantiano, os conceitos de dever de cuidado (*duty of care*) e causa próxima (*proximate cause*) exercem a função de preencher o espaço normativo existente entre as partes tratando o dano ocorrido em termos do risco ilícito a partir do qual o primeiro se materializa (WEINRIB, 1995:164).

Essa função deve ser compreendida levando em conta duas características do risco. A primeira é que o risco consiste num processo de maturação que vai do geral ao particular. Quando ocorre o ato ilícito, o risco é relacional em um sentido geral, pois nesse momento ele se refere a uma classe de pessoas que podem ser afetadas, a um tipo de dano que pode se materializar e a um mecanismo pelo qual o dano pode chegar a acontecer. Apenas quando o dano ocorre efetivamente é que esta generalidade afunila para uma vítima particular e um dano particular, completando o arco de maturação do risco (WEINRIB, 1995:164-165). A segunda característica do risco apresentada por Weinrib (1995:165) é que ele é sempre risco de alguma coisa, devendo assim ser concebido a partir de uma descrição de seus potenciais efeitos.

Dessa forma, na doutrina da responsabilização por *negligence* desenvolvida no sistema de *Common Law* os conceitos de dever de cuidado e causa próxima são as rubricas sob as quais é possível retratar o risco com o adequado grau de generalidade (WEINRIB, 1995:165). Como Weinrib (1995:166-167) procura enfatizar, não se trata de uma fórmula que, quando aplicada, resolva todos os problemas, mas são conceitos que servem como indicações da estrutura normativa ou de balizas normativas dentro das quais o problema da generalidade e da particularização do risco aparece. Os dois conceitos exigem um julgamento caso a caso e a avaliação de qual seria a conduta do homem razoável (*reasonable man*).

Com essa apresentação Weinrib pretendeu ter demonstrado a imanência da justiça corretiva nos conceitos mais fundamentais da responsabilidade com culpa (*negligence law*) (WEINRIB, 1995:168). Para ele, cada um dos conceitos apresentados envolve um momento

da progressão que vai da ação causadora até o sofrer do dano. Esses conceitos não conflitam entre si, mas, contrariamente, formam uma seqüência normativa única que representa a justiça corretiva. Na responsabilidade com culpa autor e réu são correlatos um ao outro e a ligação entre eles é apreendida imediatamente (WEINRIB, 1995:168).

Weinrib (1995:169) conclui que a responsabilidade civil com culpa apresenta dois sentidos principais. O primeiro sentido é que essa doutrina erige uma ponte sobre o espaço (temporal e moral) que há entre o agir do ofensor e o sofrer impingido ao ofendido a partir da justificação que cada conceito estudado gera para cada momento da progressão entre a ação e o dano. Já o seu segundo sentido é interpretativo (WEINRIB, 1995:170). Weinrib entende todos os conceitos como partes de uma seqüência normativa que formam uma totalidade. Analisados a partir do marco formalista, esses conceitos são vistos como expressões da aspiração do direito privado a ser um empreendimento verdadeiramente justificador e, por conta disso, “*são explicados a partir da perspectiva de sua possível coerência e integração*”<sup>96</sup> (WEINRIB, 1995:170).

#### **2.2.6. A responsabilidade objetiva (*strict liability*) como um caso de doutrina incompatível com a forma da justiça corretiva**

Da mesma forma que, utilizando-se da abordagem formalista, Weinrib procurou traçar as implicações da forma da justiça corretiva e do Direito (*right*) kantiano na doutrina da responsabilidade com culpa (*negligence law*), vista como um exemplo de coerência em face das premissas antes apresentadas, ele igualmente procura expor as razões por que considera que a responsabilidade objetiva (*strict liability*) e o padrão subjetivo de responsabilização sejam incoerentes em vista das mesmas premissas.

Comumente, responsabilidade objetiva (*strict liability*) é considerada um ramo da responsabilidade civil em que a culpa não é requisito necessário para o dever de indenizar, mas apenas o dano. Weinrib (1995:177) afirma que a responsabilidade objetiva (*strict liability*) e também o padrão subjetivo de responsabilização, diferentemente da responsabilidade com culpa (*negligence law*), não se conformam à justiça corretiva.

---

<sup>96</sup> “...they (the concepts) must be construed from the perspective of their possible coherence and integration” (WEINRIB, 1995:158, destaques nossos).

Ele procura refutar os dois modelos conjuntamente, pois, do ponto de vista da justiça corretiva, ambos apresentam problemas similares de quebra da unidade imediatamente estabelecida entre autor e réu, cada um deles dando especial relevo a uma das partes e desconsiderando a posição moral ocupada pela outra (WEINRIB, 1995:177).

O padrão subjetivo considera que um agente-ofensor somente pode ser responsabilizado considerando-se um padrão de conduta e, conseqüentemente, um nível de cuidado ao agir que ele seja capaz de seguir, isto é, um padrão determinado em função das capacidades pessoais do agente e não, conforme o modelo estudado de responsabilidade com culpa (*negligence law*) conforme um padrão objetivo de cuidado (WEINRIB, 1995:177). De outra parte, a responsabilidade objetiva (*strict liability*) reflete a idéia de que “*não se deve permitir que alguém invada o espaço moral de outrem impunemente*”.<sup>97</sup>

A desigualdade entre as partes perpetrada pela responsabilidade objetiva (*strict liability*) se origina da idéia de que o réu deve ser considerado responsável por qualquer penetração no espaço do autor (WEINRIB, 1995:177). O que importa nesse caso é a demarcação de um espaço em que o autor esteja imune a qualquer interferência ou percepção de efeitos de ações realizadas por outras pessoas. Essa zona de imunidade restringe a ação do réu a qualquer uma que fique fora desse espaço.

Conclui-se dessa tese que os interesses do autor são os únicos levados em consideração, determinando unilateralmente os contornos da relação que, em si, é bilateral (WEINRIB, 1995:170).

Paralelamente, a desigualdade derivada do padrão subjetivo de responsabilização emerge da desconsideração da posição moral formalmente equivalente ocupada pelas partes quando em relação uma com a outra. Depreende-se da crítica weinribiana que qualquer argumento que procure estabelecer um padrão subjetivamente customizado para cada réu estará, de fato, considerando apenas a capacidade moral subjetiva desse e estabelecendo os limites entre o direito do réu de agir e a liberdade do autor exclusivamente em face da capacidade de avaliação do autor (WEINRIB, 1995:178).

As desigualdades observadas na doutrina de responsabilidade objetiva e no padrão subjetivo de responsabilização espelham a ausência nesses regimes de um direito correlato

---

<sup>97</sup> “*Strict liability reflects the idea that one should not be allowed to encroach on another’s moral space with impunity*” (WEINRIB, 1995:177).

a um dever. A responsabilidade objetiva se caracteriza, do lado autor, pela presença de um direito sem o correlativo dever. No caso do padrão subjetivo de responsabilização, o que se observa é a presença de dever sem direito por parte daquele que sofre o dano (autor) (WEINRIB, 1995:178). No primeiro caso, observa-se uma consideração excessiva pelos direitos do autor, tomados como “*um sacrossanto domínio de autonomia*”<sup>98</sup>. O autor é considerado imune a qualquer tipo de interferência em sua pessoa ou propriedade (WEINRIB, 1995:179).

O descompasso está no fato de o ofendido ter o direito a que sua esfera de liberdade (sua pessoa e sua propriedade) não seja invadida pelo ofensor, mas não haver por parte do ofensor um dever correlato àquele direito, isto é, um dever de se abster do ato que causa o dano. O dever não existe previamente ao dano, é somente retrospectivamente que, ocorrido o dano, se identifica a ação do ofensor como ilícita (WEINRIB, 1995:179).

Dentro da mesma lógica, Weinrib (1995:179) observa que o padrão subjetivo de responsabilização apresenta um dever desacompanhado do correlato direito. O ofensor ao agir está sob um dever de exercício de cuidado de acordo com a sua capacidade pessoal e não de acordo com um padrão objetivamente determinado de cuidado. Apenas quando o ofensor viola o seu próprio padrão subjetivo de cuidado e causa um dano a outrem é que este último pode exigir a reparação. A esfera de liberdade do ofendido está subordinada à capacidade pessoal o agente-ofensor de estar ciente da possibilidade de ocorrência do dano.

Todavia, essa liberdade subordinada não se constitui em direito, pois um direito reflete a capacidade do agente para a ação autodeterminada. Como apresentado anteriormente, as pessoas têm direitos em virtude de serem fins em si mesmas e não, com pretende o padrão subjetivo de responsabilização, em função da situação moral de outras pessoas<sup>99</sup> (WEINRIB, 1995:179).

Para Weinrib (1995:181), um ofensor somente pode ser responsabilizado por uma ação dotada de finalidade (*purposiveness*). A possibilidade de atualização do potencial para

---

<sup>98</sup> “*Under strict liability, the plaintiff’s person and property are a sacrosanct domain of autonomy, within which the plaintiff is entitled to freedom from interference by anyone else.*” (WEINRIB, 1995:179).

<sup>99</sup> Para Weinrib (1995:179, nota de rodapé 16), a filosofia do direito kantiana não entende o direito como reflexo do dever, mas sim, o direito como a base para um dever correlato. Segundo ele, Kant nega que para cada dever aja um correspondente direito, pois alguns deveres são exclusivamente morais.

ação nesses moldes caracteriza a posição do ofensor como um agente e o diferencia de uma força da natureza.

Weinrib (1995:181) conclui que, conforme o princípio de Direito (*right*) kantiano, o direito do ofensor de agir implica num correlato direito da vítima de reclamar das conseqüências daquele ato. Consideradas as partes como dotadas de um mesmo *status* moral, a responsabilidade procede da inconsistência da ação do ofensor com essa mesma posição moral e a indenização serve para defender a dimensão moral da capacidade de agir por meio do desfazimento, via retificação, daqueles atos incapazes de coexistir com a capacidade para agir das demais pessoas.

## CAPÍTULO 3: AS CRÍTICAS À TEORIA DA FUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DE ERNEST WEINRIB

---

*“A refutação genuína deve penetrar a fortaleza do oponente e refutá-lo em seu próprio terreno; nenhuma vantagem se ganha em atacá-lo em qualquer outra parte e derrotá-lo onde ele não está”<sup>100</sup> Hegel, Ciência da Lógica*

### 3.1. AS CRÍTICAS POSSÍVEIS

O objetivo deste capítulo é apresentar algumas objeções à teoria weinribiana de fundamentação da responsabilidade civil que ajudem a esclarecer os pontos fortes de suas teses. Para isso, será apresentado um breve mapeamento das críticas já produzidas ao argumento para, posteriormente, analisar mais detidamente uma crítica específica formulada a Weinrib.

Essa crítica, como se verá, liga-se às interpretações ou às desconsiderações do papel do formalismo dentro do projeto teórico geral do autor. Por negligenciar um aspecto fundamental da teoria em questão, tal crítica poderia ser descartada como descabida. No entanto, a frequência com que ela aparece e o fato de que importantes filósofos e estudiosos da responsabilidade civil é que a formulam (em diferentes versões, como se verá) faz dela uma objeção importante e que merece escrutínio cuidadoso.

As análises e críticas já publicadas aos diferentes artigos de Weinrib e ao seu livro *The Idea of Private Law (1995)* abordam diversos pontos da teoria do direito privado weinribiana e de sua fundamentação da responsabilidade civil, partindo de distintos pressupostos teóricos, alguns convergentes com os de Weinrib e outros diametralmente opostos.

Temporalmente, as primeiras análises sobre as idéias de Weinrib surgiram por volta de 1990. Tais análises se basearam nos primeiros escritos do autor, notadamente o texto sobre o formalismo apresentado e discutido no capítulo 2 (1988b) e no artigo

---

<sup>100</sup> Este trecho de Hegel (*The genuine refutation must penetrate the opponent's stronghold and refute him on his own ground; no advantage is gained by attacking him somewhere else and defeating him where he is not.*) foi citado por Weinrib (1992) ao refutar argumentos levantados contra sua teoria formalista por Joseph Raz.



“Understanding Tort Law” (1989), cujas idéias acerca do conceito e fundamentos da responsabilidade civil foram em grande medida incorporados à sua obra de 1995.

Uma primeira e importante crítica foi oferecida por um partidário do movimento de *Critical Legal Studies*, A.C. Hutchinson (1989), que, como era de se esperar, contestou de forma veemente a pretensão apolítica do conceito de direito weinribiano derivado de sua interpretação formalista e o acusou de mascarar suas premissas ideológicas - altamente contestáveis, segundo Hutchinson - com sua construção teórica.

No ano seguinte, Alan Brudner (1990) apresentou suas restrições ao modelo interpretativo de Weinrib. Em certa medida concordando com a análise de Hutchinson, Brudner afirma que a suposta neutralidade da compreensão do direito derivada da abordagem do formalismo não se sustenta e esconde a “*santificação ideológica da ordem jurídica cuja estrutura conceitual é co-extensiva à do mercado*”<sup>101</sup> (BRUDNER, 1990:1181).

Dentre o debate de filosofia moral em curso na época, dois grandes eventos, o Simpósio *Corrective Justice and Formalism: The Care One Owes One's Neighbors* (1992) e o simpósio *Legal Formalism* (1993), discutiram vivamente as bases filosóficas e teóricas de conceitos importantes para a teoria de Weinrib, especialmente o de justiça corretiva e o de formalismo.<sup>102</sup> Um artigo em específico, elaborado por Stephen Perry (1993), gerou uma importante discussão acerca da relação entre o formalismo weinribiano e a justiça distributiva e o papel desempenhado pela coerência, ensejando, inclusive, uma resposta por parte de Weinrib (1993).

Nesse mesmo ano, Izhak Englard (1993) lançou um livro voltado exclusivamente para o tema da filosofia da responsabilidade civil em que dedica grande espaço à teoria de Weinrib. Embora ressalte vários pontos positivos da construção weinribiana, ele critica sua estrutura formal que, segundo ele, não é capaz de fornecer soluções substantivas, advogando, em oposição, por uma fundamentação plural, isto é, calcada em mais de um princípio, para além da justiça corretiva, para solucionar as questões materiais compostas de inúmeras variáveis que desafiam teóricos e juízes (ENGLARD, 1993:57).

---

<sup>101</sup> “... the ideological sanctification of a legal order whose conceptual structure is coterminous with that of the market” (BRUDNER, 1990:1181).

<sup>102</sup> O simpósio *Corrective Justice and Formalism: The Care One Owes One's Neighbors* está publicado na **Iowa Law Review**, vol. 77, n.403, 1992 e o simpósio *Legal Formalism* está publicado na **Harvard Journal of Law and Public Policy**, vol.16, n.579, 1993.

Numa edição coletiva tratando do tema da Teoria do Direito Natural, editada por Robert P. George (1992), dois importantes artigos conversam entre si - um de Joseph Raz (capítulo 11) e outro do próprio Weinrib (capítulo 12) - acerca da relação entre o formalismo e o *rule of law*. O primeiro analisa criticamente o conceito de *rule of law* presente nos escritos de Ernest Weinrib enquanto o segundo refaz em boa medida as explicações sobre o formalismo presentes no texto de 1988, oferecendo, com isso, uma resposta às objeções expostas por Raz.

Nos principais compêndios de filosofia do direito e de teoria do direito lançados na década de 90 do século XX se encontram, igualmente, várias análises das teses de Weinrib. Na coletânea *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (1996) há discussão crítica de trechos da obra de Weinrib tanto no capítulo 3, sobre responsabilidade civil, escrito por Stephen Perry (1996), quanto no capítulo 38, sobre os sentidos do conceito de coerência na filosofia e teoria do direito contemporâneas, escrito por Ken Kress (1996). Na obra coletiva *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2002), alguns capítulos abordam diferentes aspectos da teoria de Weinrib, dentre eles o capítulo 5, sobre formalismo, o capítulo 15, sobre o tema da responsabilidade, e especialmente, o capítulo 16, que trata de filosofia do direito privado. Nesse último, a discussão de Zipursky (2002:627-633) gira em torno dos problemas da concepção weinribiana de fundamentação do direito privado na justiça corretiva.

Após o lançamento de *The Idea of Private Law* (1995) uma nova leva de resenhas e críticas foram publicadas. Tais obras não mais se baseavam em artigos dispersos em inúmeras revistas que, conjuntamente, formavam o pensamento weinribiano, mas na análise de uma obra de fôlego, orgânica entre suas partes e com a pretensão de explicar a relação entre o formalismo e a teoria do direito privado.

Quatro resenhas sobre *The Idea of Private Law* (1995) foram lançadas em revistas anglo-saxãs prestigiadas, cada uma delas abordando um aspecto da obra. A de Dennis Patterson (1995) é a mais elogiosa e também a mais curta, atribuindo-lhe um lugar de destaque no debate acerca dos fundamentos do direito privado.<sup>103</sup> Já a de John Gardner (1996) se constitui num verdadeiro artigo com mais de 30 páginas, em que o autor analisa não só o trabalho de Weinrib, mas também o de Brudner (1995), lançado no mesmo ano.

---

<sup>103</sup> Patterson volta a analisar a obra de Weinrib, focando especialmente no formalismo, em seu livro *Law and Truth* (1996).

Robert Rabin (1996) e Peter Cane (1996) fazem resenhas parcialmente favoráveis, cada um apresentando diferentes ressalvas, ao livro em questão. Ambas fazem análises que envolvem questões distributivas. No entanto, a primeira se volta para preocupações relativas ao impacto do sistema de responsabilidade civil na sociedade atual, enquanto a segunda questiona a tese weinribiana de que a forma da justiça distributiva não está presente na estrutura do direito privado.

Ao lado deles, Martin Stone (1996) redige um importante artigo sobre Weinrib e seu conceito de justiça corretiva, questionando algumas leituras weinribianas da obra de Aristóteles e criticando alguns aspectos do formalismo.

Por fim, em um dos livros mais recentes acerca do tema da filosofia do direito privado, *Philosophy of Private Law* (2007), William Lucy traz um capítulo inteiro voltado para a discussão das teses de Weinrib sobre a justiça corretiva, analisadas em conjunto com as de Jules Coleman (LUCY, 2007:268-326).

Como é possível observar por essa breve e, certamente, não exaustiva exposição das análises e críticas, a obra de Weinrib tem passado por um enorme escrutínio advindo dos mais diferentes pontos do espectro acadêmico.<sup>104</sup> No entanto, como foi enfatizado no início do capítulo, uma perplexidade em especial assalta quem busca analisar a obra de Weinrib à luz de seus críticos.

Analisando mais detidamente algumas dessas críticas, observa-se uma constante objeção ao trabalho de Weinrib, que, no entanto, envolve uma interpretação equivocada de seu projeto teórico. Em linhas gerais, pode-se definir esse grupo de críticas como aquelas que, desconsiderando (ou não compreendendo) o exato significado e implicações do formalismo como teoria explicativa do fenômeno jurídico, do direito privado e da responsabilidade civil, visualizam uma tensão entre a teoria e a prática, afirmando que Weinrib (i) “cria um mundo jurídico próprio” ao explicar o funcionamento do fenômeno jurídico segundo os ditames do formalismo e, com isso, faz uma descrição empobrecida da

---

<sup>104</sup> Vale observar que, da relação de livros e artigos de crítica ao pensamento de Weinrib não foram listados autores diretamente ligados à Análise Econômica do Direito. Embora não dialogue diretamente com a obra de Weinrib, Richard Posner (1981) analisa as concepções de justiça corretiva nas obras de cinco importantes estudiosos contemporâneos da responsabilidade civil (George Fletcher, Richard Epstein, John Borgo, Jules Coleman e Frederick Sharp) e depois as descarta como equivocadas, observando ainda que, segundo ele, a justiça corretiva aristotélica seria compatível com a teoria econômica de responsabilidade civil por ele defendida.

realidade jurídica, ou seja, afirmam que o “mundo jurídico real” não funciona da forma como Weinrib o apresenta e (ii) que o formalismo impõe um afastamento e uma separação em relação ao mundo real<sup>105</sup>.

Exemplos dessas posições podem ser encontrados em análises como a de Rabin (1996), para quem Weinrib teria produzido “*um trabalho que, de fato, cria seu próprio universo de direito privado, sensível às sintéticas possibilidades do pensamento filosófico e à matização dentro da doutrina de responsabilidade*”<sup>106</sup> (RABIN, 1996: 2279, grifos nossos). Na mesma linha, observa-se também a conclusão a que chega Cane (1996) ao afirmar que: “*Meu principal problema com a teoria do direito privado de Weinrib é que ao excluir considerações distributivas, Weinrib termina por fornecer uma exposição incompleta da estrutura do direito privado e, por isso, ele descreve incorretamente a realidade*”<sup>107</sup> (CANE, 1996:487, grifos nossos). Ou ainda em Englard, quando explica os motivos da oposição à adoção da teoria de Weinrib: “*uma implementação estrita da concepção purista de Weinrib exigiria uma transferência de todas as preocupações distributivas para o campo do direito público*”<sup>108</sup> (ENGLARD, 1993:55, grifos nossos).

Esses breves trechos exemplificativos proporcionam uma visão rápida da crítica que se pretende analisar nesse capítulo. Conforme foi exposto na Introdução, a hipótese central dessa dissertação é de que esses críticos não compreenderam o projeto teórico geral de Weinrib e, portanto, não compreenderam o papel desempenhado pelo formalismo como uma teoria do conhecimento jurídico. Negligenciando os fundamentos da própria teoria que analisam, esses críticos terminam por interpretar as categorias da justiça corretiva e distributiva como se a pretensão de Weinrib fosse efetuar a mera descrição do “mundo jurídico” de direito privado e de responsabilidade civil. Na medida em que essa descrição, na opinião deles, é falha ou irreal, tais críticos são conduzidos a prescrever a não aplicação ou a desconsideração da teoria weinribiana pelas razões equivocadas.

---

<sup>105</sup> Esta última questão é conhecida como *detachment issue*.

<sup>106</sup> O trecho completo no original diz: “*Weinrib has produced a work that does in fact create its own private law universe, sensitive to the synthetic possibilities of philosophical thought and to nuance within tort doctrine. That is no minor accomplishment*” (RABIN, 1996:2279).

<sup>107</sup> “*My main problem with Weinrib’s theory of private law is that by excluding distributional considerations, Weinrib ends up giving an incomplete account of the structure of private law and thereby he misdescribes reality*” (CANE, 1996:487).

<sup>108</sup> “*... a strict implementation of Weinrib’s purist conception would require a transfer of all distributive concerns to the field of public law*” (ENGLARD, 1993:55).

A premissa implícita no trabalho de Weinrib e recorrentemente desconsiderada por esses críticos é que inteligibilidade do mundo, isto é, o processo pelo qual se conhece o mundo é diferente do próprio mundo e que a inteligibilidade do mundo, no caso, do fenômeno jurídico, se dá por duas categorias formais, justiça corretiva e justiça distributiva. Nesse sentido, o mundo jurídico não corresponde às próprias categorias, mas pode ser entendido a partir delas. Nessa medida, a teoria do direito privado de Weinrib e sua conseqüente teoria da responsabilidade civil só são inteligíveis a partir de sua teoria do conhecimento acerca dos fenômenos jurídicos e, portanto, a partir das categorias formais da justiça corretiva e distributiva.

Portanto, abaixo serão expostos sucintamente os termos dessa crítica à teoria de Weinrib. Na seqüência, serão reapresentadas as premissas do formalismo, com o intuito de expor as respostas de Weinrib às duas vertentes da objeção principal formulada, isto é, rebater os argumentos (i) de que “cria um mundo jurídico próprio” e (ii) de que o formalismo impõe um afastamento e uma separação em relação ao mundo real.

### **3.2. O EQUÍVOCO NA COMPREENSÃO DA PROPOSTA WEINRIBIANA**

O objetivo desse item é recuperar, sucintamente, os argumentos expostos pelos críticos às teses weinribianas que, tomados como um conjunto, formam o arquétipo do crítico acima descrito. A idéia é apresentar brevemente os momentos argumentativos em que cada um desses analistas expõe o seu alinhamento com a crítica acima destacada de forma a, posteriormente, re-situar Weinrib em seu próprio projeto teórico.

É possível afirmar que Rabin (1996) se encaixa nesse arquétipo do crítico weinribiano. Se fosse necessário apresentar uma frase que, de certa forma, enuncia seu equívoco interpretativo, pode-se escolher a seguinte:

*“Sugerirei que a notável realização intelectual de Weinrib em formar um universo doutrinário para ajustar aos seus princípios filosóficos é enfraquecida tanto por seu caráter altamente conceitual quanto por sua insistente indiferença à preocupações”*

*funcionais sobre o impacto da responsabilidade civil na sociedade*<sup>109</sup> (RABIN, 1996:2263, grifos nossos)

Embora a primeira objeção possa até certo ponto ser considerada verdadeira, pois, de fato, os escritos de Weinrib são “altamente conceituais”, isso não se constitui num argumento sustentável para o “enfraquecimento” de suas teses. É fato que sua linguagem é altamente abstrata e por vezes obscura. Todavia, tal afirmação é bastante subjetiva e, do ponto de vista teórico, sem grande relevância.

Já a segunda, como se pretende expor, decorre de um julgamento incorreto dos objetivos teóricos de Weinrib e do papel do formalismo em sua obra. O objetivo de Weinrib não é simplesmente criar um universo doutrinário que se encaixe em seu universo filosófico. Ademais, observados os pressupostos weinribianos, a mera afirmação de que ele desconsidera os impactos de sua teoria na sociedade não lhe pode ser imputada sem deturpar algumas posições declaradas em sua obra. Essa afirmação inaugural de Rabin se constitui num indício de uma interpretação equivocada que aqui se pretende identificar.

Esses indícios são reforçados quando se analisa a crítica exposta por Rabin ao que ele chama de “credo formalista”. Divididos em três grandes grupos, ele apresenta uma série de argumentos para demonstrar as incorreções na tese de Weinrib baseada no formalismo. No primeiro grupo ele reúne críticas ao caráter intrínseco do direito privado (RABIN, 1996:2269). No segundo, ele agrupa críticas às implicações do princípio de Direito (*right*) kantiano no sistema de responsabilidade civil (RABIN, 1996:2272 e 74). No último, volta-se às considerações de políticas públicas envolvidas na discussão acerca do desempenho do sistema de responsabilidade civil. Segundo ele, Weinrib passa ao largo dessas importantes discussões em função do isolamento que a abordagem formalista impõe ao direito privado e para Rabin esse isolamento e desconexão são problemas sérios presentes na teoria weinribiana (RABIN, 1996:2279-2280).

Dentro do primeiro conjunto de críticas Rabin afirma, inicialmente, que: “*o sistema não funciona no piloto automático*” (RABIN, 1996:2269).<sup>110</sup> Essa frase é proferida no contexto de rejeição à tese essencial de Weinrib de que o direito privado deve ser

---

<sup>109</sup> “*I will suggest, Weinrib’s notable intellectual accomplishment in fashioning a doctrinal universe to fit his philosophical principles is undermined both by its highly conceptual normative character and by its insistent indifference to functional concerns about the impact of tort law on society*” (RABIN, 1996:2263).

<sup>110</sup> No original: “*...the system does not run on automatic pilot*” (RABIN, 1996:2269).

apreendido a partir de si mesmo e não como manifestação, na esfera jurídica, de um conjunto de propósitos externos.

Rabin acredita que o modelo corretivo aristotélico-kantiano de Weinrib é em si um **objetivo** a ser alcançado pelo direito privado e pela responsabilidade civil dentre um conjunto com muitos outros objetivos possíveis, e que todos estão igualmente na competição pela escolha daquele que será adotado (RABIN, 1996:2269).

A segunda crítica que Rabin apresenta contra o formalismo e seus desdobramentos é o de que, ao contrário do que afirma Weinrib, o direito (*law*) e o amor pertencem a ordens diferentes. Rabin nem mesmo desenvolve longamente a idéia de se o amor é ou não um fim em si mesmo, pois para ele a comparação é totalmente infundada. Ele se concentra em afirmar, de forma direta e simples, que ninguém recorre ao direito como a um fim em si mesmo, mas sempre como um meio para reivindicar uma pretensão ou resguardar um direito (RABIN, 1996:2270).

Rabin ainda vai além ao dizer que não é por acaso que Weinrib precisa fundir Aristóteles com Kant para tornar operativa a sua construção. Muito embora ele obviamente aceite que Weinrib possa enunciar a idéia da inteligibilidade interna, ele acredita que é logicamente insustentável considerar a tradução feita pelo sistema jurídico da versão kantiana da autonomia individual (ou da proteção vontade livre em regras de responsabilidade civil ou regras contratuais) como algo apartado de uma perspectiva externa ou como algo desconectado de qualquer tipo de finalidade (RABIN, 1996:2270).

Em um terceiro argumento crítico, ele chama a atenção para um ponto que teria sido negligenciado por Weinrib e que considera “*quase embaraçoso de elaborar*” por ser tão fundamental. Tal ponto diz respeito ao fato de que “*o sistema jurídico é uma criatura do Estado*” e, conseqüentemente, que “*o sistema de direito privado não cai do céu ou emerge misticamente de uma vontade coletiva*”<sup>111</sup> (RABIN, 1996:2270). Rabin afirma que um sistema de responsabilidade civil existe apenas porque, em algum momento, um soberano considerou adequado criar, por meio da atuação de tribunais, um mecanismo para retificar lesões ou perdas individuais resultantes de certos atos que passam, então, a ser considerados ilícitos civis.

---

<sup>111</sup> “*There is a fundamental point here, almost embarrassing to make. The legal system is a creature of the state... A system of private law does not fall from the sky or emerge mystically from a collective will*” (RABIN, 1996:2270).

De acordo com Rabin, em nenhuma parte de *The Idea of Private Law* (1995) Weinrib afirma que ocorra algo diferente e igualmente não reivindica que o soberano esteja obrigado a adotar os modelos aristotélicos da justiça corretiva e distributiva (RABIN, 1996:2270). Segundo a sua interpretação, o sistema de direito privado reflete uma escolha pela persecução de um certo objetivo externo, seja ele de caráter utilitarista, seja ele a justiça corretiva tal como pretende Weinrib e que, conseqüentemente, é possível imaginar a situação hipotética do “dia da criação do sistema de responsabilidade civil”<sup>112</sup> e considerar que, dentre um conjunto de objetivos, o soberano poderia (e pode) escolher livremente tanto a justiça corretiva quanto qualquer outro propósito.

No geral, Rabin considera que a rejeição de Weinrib a atribuir uma finalidade ao direito privado está ligada ao papel central que ocupa a idéia de coerência em todo seu pensamento (RABIN, 1996:2270). Buscando reproduzir as alegações de Weinrib, ele afirma que, para o formalista, o defeito fatal na *rationale* da responsabilização não é o fracasso em perseguir objetivos como compensação ou dissuasão, mas fazê-lo de maneira incoerente (RABIN, 1996:2271) e que o formalismo, a maneira de Weinrib, indaga exclusivamente se um sistema (seja ele de responsabilidade civil, contratual ou outro qualquer) persegue os objetivos coerentemente, abrindo mão de avaliar os objetivos em si mesmos.

A crítica de Rabin a Weinrib é que para o primeiro a sensibilidade em relação aos custos de precaução não é automaticamente igual a adoção de uma posição utilitarista e que a consideração da questão dos custos pode ser incorporada sem atrito no modelo de justiça corretiva (RABIN, 1996: 2275-2276). Segundo ele, muito antes do Juiz Learned Hand ter enunciado sua fórmula no caso *Carroll Towing [1947]* os juízes no sistema de *Common Law* já mostravam sensibilidade em relação aos custos de precaução com base numa análise geral de equidade (*general fairness analysis*) (RABIN, 1996: 2275).<sup>113</sup>

Rabin afirma que a solução de Weinrib seria tachar todos esses juízes de instrumentalistas (ou funcionalistas) e repudiar tais soluções pelas mesmas razões

---

<sup>112</sup> A respeito dessa possibilidade ampla de escolha, Rabin diz que: “Presumably, a community could have accepted from day one Holme’s invitation to redress tort-type grievances exclusively through a ‘mutual insurance company’ and consequently have foregone a corrective justice system altogether” (RABIN, 1996:2270, notas omitidas).

<sup>113</sup> Apesar de afirmar que considerações de custo poderiam ser incorporadas sem atrito ao modelo corretivo, ele não explica como isso poderia ocorrer, nem esclarece que esse “modelo corretivo” seria o de Weinrib ou um outro qualquer. O que se observa desde o início da leitura da resenha é que Rabin não compreende ou não concorda, embora não coloque nesses termos, com a concepção de Weinrib de que a justiça corretiva e distributiva são formas e não princípios substantivos.



apresentadas para repudiar as abordagens funcionalistas. Em oposição a essa atitude, Rabin acredita que não existam razões para que não se incorpore a sensibilidade em relação à questão dos custos de precaução, com base na equidade (*fairness*) ao modelo kantiano (RABIN, 1996: 2276).

Ademais, segundo ele, o conceito de previsibilidade dos danos (*foreseeability*), tão caro a Weinrib em seu tratamento da responsabilidade civil, animado pela proteção kantiana da autonomia, não fornece critério para se definir o alcance da correlação entre direitos e deveres nessas situações que ele chama de “*lesões atenuadas*” (*attenuated harm*), deixando espaço para várias soluções (RABIN, 1996: 2278).

Weinrib teria produzido “*um trabalho que, de fato, cria seu próprio universo de direito privado, sensível às sintéticas possibilidades do pensamento filosófico e à matização dentro da doutrina de responsabilidade*”<sup>114</sup>, o que, segundo Rabin, não é uma conquista menor (RABIN, 1996: 2279, grifos nossos). Todavia, as maiores fraquezas da posição de Weinrib seriam, em primeiro lugar, sua **insularidade**, em razão das persistentes constrições da abordagem formalista e da perspectiva interna do direito privado e da responsabilidade civil. Em segundo lugar, a **falta de vitalidade moral** da posição defendida. Rabin afirma que a noção kantiana de Direito (*right*) que deveria impulsionar o sistema sofre, na verdade, de falta de vigor (RABIN, 1996: 2279).

Para ele, em nenhum momento do livro *The Idea of Private Law* (1995) Weinrib fornece um argumento que justifique os motivos pelos quais, na atualidade, preocupações ditas “funcionalistas” seriam assuntos para menor preocupação num sistema de responsabilidade civil do que a proteção da autonomia individual (RABIN, 1996: 2279).

A última grande falha na análise weinribiana seria seu total **afastamento** do candente **debate público envolvendo o desempenho do sistema de responsabilidade civil**, especialmente, no que concerne a três grandes questões: os custos de funcionamento do sistema, o problema da capacidade institucional e o problema da avaliação do que é considerado prejuízo ou lesão (RABIN, 1996: 2280).

---

<sup>114</sup> O trecho completo no original diz: “*Weinrib has produced a work that does in fact create its own private law universe, sensitive to the synthetic possibilities of philosophical thought and to nuance within tort doctrine. That is no minor accomplishment*” (RABIN, 1996:2279).

Rabin acredita que essa indiferença advenha da separação que Weinrib faz entre o normativo e o factual e em seu foco exclusivo no primeiro, isto é, na correspondência conceitual das regras de responsabilidade civil e os preceitos aristotélico-kantianos. Essa distinção e foco no normativo o teriam isolado da necessidade de lidar com questões substanciais relativas aos custos com advogados, produção de provas e outras despesas processuais, principalmente em casos tecnicamente complexos como de dano envolvendo material tóxico, danos de produtos (*product damage*), casos de imperícia médica ou casos envolvendo perdas intangíveis em danos acidentais envolvendo grandes interesses econômicos e financeiros (RABIN, 1996: 2280).

Como se verificará à frente, essa crítica do afastamento em relação ao debate contemporâneo é uma derivação da crítica geral que acusa Weinrib de “construir um mundo jurídico próprio” e, na seqüência, se exporá os argumentos do próprio Weinrib para afastar essa objeção.

\*\*\*

Embora Rabin possivelmente seja o exemplo mais explícito da crítica que acusa Weinrib de “construir um mundo jurídico próprio”, mesmo um crítico mais sutil, como Peter Cane (1996), que aparentemente procura respeitar os pressupostos weinribianos, acaba por ressaltar a desconexão entre o “mundo teórico” e “mundo real”.

A resenha de Cane sobre *The Idea of Private Law* (1995) é, até certo ponto, bastante positiva. Ele considera a obra como altamente complexa e estimulante, ressaltando que ela desempenha um importante papel em demonstrar de forma clara como certas teorias sobre a função e as justificativas para o direito privado são inadequadas (CANE, 1996:487). Todavia, ele discorda da exclusão de razões distributivas do âmbito da teoria do direito privado e da responsabilidade civil. Para ele, ao apresentar apenas parcialmente a estrutura do direito privado ao descrever apenas a esfera formada pela justiça corretiva, Weinrib acaba descrevendo de maneira errada a realidade, ou melhor, acaba simplificando uma realidade que é, de fato, bem mais complexa e inclui razões distributivas (CANE, 1996:487).

Em suas próprias palavras, ele afirma que: “*Meu principal problema com a teoria do direito privado de Weinrib é que ao excluir considerações distributivas, Weinrib termina por fornecer uma exposição incompleta da estrutura do direito privado e, por*

isso, ele descreve incorretamente a realidade<sup>115</sup> (CANE, 1996:487, grifos nossos). O argumento de Cane, que o faz chegar a essa conclusão, desenvolve-se, resumidamente, da forma abaixo descrita.

Ao buscar reproduzir as teses weinribianas, Cane (1996:471) afirma que, segundo a abordagem formalista adotada por Weinrib, o objetivo mesmo do direito privado ao “ser direito privado”, isto é, ao se constituir em um fim em si mesmo, seria levar a efeito a idéia da correlação (ou reciprocidade, como prefere Cane) nas relações humanas. Cane, no entanto, considera essa posição equivocada, pois, para ele, a reciprocidade é apenas uma das bases sob a qual as relações humanas podem ser conduzidas e não a única (CANE, 1996:471).

Conseqüentemente, como formalista, Weinrib afirma que o direito privado pode e deve ser entendido e avaliado como bom ou mau em termos de sua própria estrutura antes de ser avaliado em termos de alguma meta externa (CANE, 1996: 472). Alguns campos do direito privado, como a responsabilidade civil, refletem a estrutura da justiça corretiva em vários de seus aspectos, como na estrutura bipolar entre as partes e em seus diferentes conceitos básicos e nos remédios aplicáveis quando essa justiça é perturbada (CANE, 1996:474-475).

Disso, Cane conclui que Weinrib não nos oferece uma exposição da estrutura do direito privado, mas sim daquelas partes do direito privado que se ocupam da proteção da existente distribuição de recursos, ou seja, da regras protetoras ou reparadoras. Segundo ele: “*Sua teoria é uma teoria sobre a resolução de disputas privadas*”<sup>116</sup> (CANE, 1996:476).

Na seqüência, Cane analisa os supostos âmbitos descritivo e normativo da teoria em questão. Ele interpreta a teoria de Weinrib como sendo, ao mesmo tempo, normativa e descritiva. O aspecto descritivo é identificado na sua busca pelo aspecto estrutural mais fundamental do direito privado que, como apresentado acima, é a correlação e por seu posterior mapeamento minucioso. Nesse sentido, a obra de Weinrib é vista como um exercício descritivo. Nessa parte, ele não faz apologia ao uso da justiça corretiva como

---

<sup>115</sup> “My main problem with Weinrib’s theory of private law is that by excluding distributional considerations, Weinrib ends up giving an incomplete account of the structure of private law and thereby he misdescribes reality” (CANE, 1996:487).

<sup>116</sup> “His theory is a theory about the resolution of private disputes” (CANE, 1996:476).

meio de se organizar qualquer aspecto da vida social, incluindo-se a responsabilidade civil (CANE, 1996:477).

Por outro lado, Weinrib procura atribuir força normativa à sua teoria no seguinte sentido: “*se uma sociedade decide organizar algum aspecto de sua vida de acordo com as demandas da justiça corretiva, deve fazê-lo consistentemente*”<sup>117</sup> (CANE, 1996:477). Isto significa que, por exemplo, tomada a decisão de se lidar com a questão dos danos pessoais por meio de um sistema de responsabilidade civil e não por meio de algum esquema de compensação via seguridade social, esse sistema de responsabilidade civil deverá ser operado com obediência às demandas da justiça corretiva e, portanto, deverá ser executado coerentemente em todos os seus aspectos.

Assim, sua teoria normativa acerca do direito privado, isto é, acerca da estrutura formal do direito privado, exige que as regras de direito positivo se conformem com tal estrutura. Eventuais regras que não se encaixem nos termos da forma da justiça corretiva serão julgadas como incoerentes. Nesse sentido, Cane conclui que: “*A justiça corretiva fornece não só um mapa da estrutura da responsabilidade civil, mas também um critério para julgar regras positivas de responsabilidade civil*”<sup>118</sup> (CANE, 1996:478).

Na parte final de seu texto, Cane se volta para a objeção da indeterminação. Segundo ele, o direito privado está embasado apenas parcialmente na justiça corretiva, pois essa não dá conta de todas as soluções. Assim, no espaço que essa deixaria indeterminado, atuaria a justiça distributiva.

Reavaliando os casos *Bolton v. Stone* e *Lamb v. Camden*, analisados por Weinrib, Cane visualiza problemas de indeterminação derivados da aplicação das exigências da justiça corretiva. Em *Lamb v. Camden*<sup>119</sup>, trazido à baila na discussão sobre o caráter público do direito privado, Weinrib assim afirma:

---

<sup>117</sup> “... *if a society chooses to organize some aspect of its life in accordance with the demands of corrective justice, it should do so consistently*” (CANE, 1996:477).

<sup>118</sup> “*Corrective justice provides not only a map of the structure of tort law but also a criterion for judging positive rules of tort law*” (CANE, 1996:478).

<sup>119</sup> No caso inglês *Lamb v. London Borough of Camden [1981]* um proprietário de um imóvel processou a municipalidade de Camden por danos resultante de um reparo mal feito em um cano de esgoto do imóvel. Os empreiteiros contratados pela municipalidade atingiram uma adutora durante o reparo fazendo com que a casa fosse inundada e sua estrutura cedesse, tornando-a insegura. Enquanto esperava pelos reparos, o proprietário passou a deixá-la fechada e utilizá-la apenas como depósito. Nesse meio tempo, invasores se mudaram para o imóvel. O proprietário conseguiu retirá-los e fechou com madeiras as entradas da casa.

*“Dado o número e variedade de possíveis causas, bem como a variável generalidade das possíveis descrições do risco, os tribunais nunca se aproximaram – e indubitavelmente nunca irão – de uma fórmula verbal definitiva para resolver estas disputas”*<sup>120</sup> (WEINRIB, 1995:220).

Para Cane (1996:479) isso demonstra que tanto um resultado em favor de uma parte quanto de outra poderia ser consistente, desde que efetuada uma argumentação que respeitasse as restrições impostas pela justiça corretiva, isto é, uma argumentação “*jurídica*” no sentido que lhe atribui Weinrib.<sup>121</sup>

Como se sabe, Weinrib efetua uma distinção rígida entre direito privado e política segundo o qual o primeiro está estruturado sob o conceito de justiça corretiva e o segundo sob o conceito de justiça distributiva, sendo que essas duas são consideradas por ele categorias que não se misturam, sob pena de se criar incoerências (CANE, 1996:480). No entanto, Cane discorda dessa tese da incomunicabilidade entre justiça corretiva e distributiva dentro do direito privado. Para ele, alguns princípios de justiça distributiva são consistentes com a lógica estrutural da justiça corretiva.

Cane se ocupa ainda em desvendar a idéia de que, para Weinrib, o direito privado não teria propósito ou finalidade alguma ou, como ele mesmo coloca, que “*a finalidade do direito privado é ser direito privado*”<sup>122</sup>, bem como a analogia entre o direito e o amor (WEINRIB, 1995:5).

Segundo Cane, a conclusão de Weinrib não decorre de sua premissa. Para ele, uma coisa é afirmar que um fenômeno não pode ser totalmente e adequadamente descrito ou compreendido unicamente em termos de suas finalidades quando com isso não se atentar para características essenciais que compõem o próprio fenômeno. Todavia, disso não

---

Ainda assim, um segundo grupo de invasores conseguiu se mudar e dessa vez, danificaram o interior do imóvel. A questão colocada ao tribunal era se a municipalidade era responsável pelos danos causados pelo segundo grupo de invasores. Weinrib, ao analisar os votos, rejeita as razões invocadas pelo juiz Lord Denning para julgar a favor da municipalidade com base na idéia de que o proprietário deveria ter um seguro protegendo seu imóvel e que, se tivesse, esse deveria arcar os eventuais danos. De outra parte, Weinrib concorda com as razões invocadas pelo Lord Justice Watkins que, mesmo com resultado final idêntico ao do outro juiz, isto é, mesmo julgando improcedente a demanda do proprietário, utilizou-se do conceito de causa próxima para concluir que o dano dos invasores era muito remoto para considerar a municipalidade responsável (WEINRIB, 1995:219-220).

<sup>120</sup> “*Given the number and variety of possible causes, as well as the varying generality of the possible risk descriptions, courts never have – and doubtless never will – come up with a definitive verbal formula for resolving these disputes*” (WEINRIB, 1995:220).

<sup>121</sup> Ainda na análise do caso *Lamb v. London Borough of Camden [1981]* Weinrib afirma que a abordagem do juiz Denning foi política enquanto que a abordagem do juiz Watkin foi jurídica (WEINRIB, 1995:220-221).

<sup>122</sup> “*the purpose of private law is to be private law*” (WEINRIB, 1995:5).

decorre que o fenômeno não tenha qualquer propósito ou finalidade que vá além da sua própria existência, especialmente quando o fenômeno em questão for um aspecto qualquer do comportamento humano ou um artefato criado pelo homem, como o direito (CANE, 1996:484).

Para Cane, Weinrib simplesmente não demonstra que o direito privado não sirva a nenhum propósito senão de ser ele mesmo. Segundo Cane: “*Qualquer tentativa de encontrar um objetivo amplo de direito privado certamente falhará; mas não é solução para este problema dizer que o direito privado não tem objetivo algum*” (CANE, 1996:484).

Ademais, na concepção dele, Weinrib erra ao descrever o direito privado apenas em termos da justiça corretiva. Cane acusa Weinrib de negligenciar o tratamento a certos conceitos, tal como o de *nonfeasance*<sup>123</sup>, que extravasam os limites da justiça corretiva e se mostram claramente distributivos (CANE, 1996:485).

Por fim, Cane analisa a crítica weinribiana à responsabilidade objetiva (*strict liability*) por sua alegada inconsistência com a justiça corretiva embasada no Direito (*right*) kantiano. Para ele, a rejeição weinribiana à responsabilidade objetiva o coloca numa situação difícil, pois tem como consequência a qualificação de uma parte significativa de fatos atualmente tutelados pela responsabilidade civil como erros (CANE, 1996:486).

Cane (1996:488) afirma que para demonstrar a inadequação de certas abordagens em voga, tais como, da eficiência econômica, da compensação ou da dissuasão, Weinrib não precisaria ter desconsiderado os aspectos distributivos. No fim, Cane acredita que a teoria se torna normativamente sem atrativos, pois resulta na classificação de grandes áreas do direito privado em geral e da responsabilidade civil em particular como erros.

\*\*\*

Englard (1993:49) segue nessa mesma linha de crítica quando afirma que se centra nos problemas de aplicação da teoria de Weinrib à responsabilidade civil. Isso em si já denuncia um primeiro problema, pois parece pressupor que o movimento seja de cima para

---

<sup>123</sup> *Nonfeasance* é a falha em agir quando o dever de agir existe. Trata-se de inação, conduta passiva em oposição à ação que se conduz erradamente, que é chamada de *misfeasance* (BLACK’S, 2004:1080, verbete *nonfeasance*).

baixo, dando a entender que a proposta de Weinrib é impor a aplicação de sua teoria à realidade jurídica.

Segundo ele, o primeiro problema da tese weinribiana é a tensão entre a teoria propugnada e a prática da responsabilidade civil (compreendida como a prática dos tribunais e o direito positivo). Englard afirma que a teoria de Weinrib, baseada em premissas kantianas, tem como requisito básico da responsabilidade civil a culpa e que tal requisito, na prática, não é sempre necessário, visto os casos de *vicarious liability*, responsabilidade por *tresspass* e *conversion* e demais casos em que a responsabilidade é objetiva, como atividades perigosas, responsabilidade por fogo e animais, responsabilidade por produtos e a tradicional regra de *Common Law* de responsabilização de pessoas débeis que, segundo ele, “é dificilmente compatível com a noção kantiana de vontade livre”<sup>124</sup> (ENGLARD, 1993:49).

Englard se adianta e acrescenta que essa crítica pode ser resolvida se apegando à dimensão normativa da teoria que transcende o direito atual. Todavia, segundo ele: “o desvio de grandes partes da moderna responsabilidade civil das premissas conceituais, formais da teoria é uma indicação da falta de sensibilidade do sistema a elas”<sup>125</sup> (ENGLARD, 1993:50). Ou, pelo menos, coloca em dúvida a asserção de Weinrib de que nos sistemas jurídicos complexos se observa um profundo esforço no sentido da coerência e da inteligibilidade intrínseca. Ele lembra ainda que as razões invocadas pelos juízes nos tribunais e também pelos legisladores na criação de novas regras são abertamente funcionalistas e, em geral, fortemente distributivistas (ENGLARD, 1993:50).

O questionamento básico de Englard recai, assim, sobre a alegada imposição da coerência intrínseca conforme concebida por Weinrib. Segundo ele, o confinamento da visão do jurídico à relação bilateral entre a vítima individual e ofensor individual, em desconsideração à questão da alocação dos custos, está apta a frustrar a própria realização da justiça corretiva. E que a adoção da teoria de Weinrib agravaria a situação já difícil da atual responsabilidade civil (ENGLARD, 1993:53).

Saindo do campo das objeções práticas e entrando nas objeções teóricas, Englard enfatiza a falta de justificativa para total incomunicabilidade entre a justiça corretiva e a

---

<sup>124</sup> “... a rule which is hardly compatible with the kantian notion of free volition” (ENGLARD, 1993:49).

<sup>125</sup> “However, the deviation of large parts of moderns tort law from the conceptual, formal premises of the theory is an indication for the system’s insensitiveness to them” (ENGLARD, 1993:50).

justiça distributiva propugnada por Weinrib (ENGLARD, 1993:54). Segundo ele, o conceito de coerência está intimamente ligado ao conceito de contradição e que a busca por coerência não é nada além do que uma busca por uma compreensão da realidade monista e não-contraditória, o que, para ele, é uma busca utópica, na medida em que a realidade convive com contradições (ENGLARD, 1993:55).

Segundo Englard, os conceitos de justiça corretiva e distributiva podem coexistir, mesmo que criem uma contradição conceitual, e é melhor um sistema que funcione razoavelmente do que simplesmente não funcione em razão de alternativas politicamente implausíveis (ENGLARD, 1993:55). Ele arremata seu argumento contra a adoção da teoria de Weinrib dizendo que: “*uma implementação estrita da concepção purista de Weinrib exigiria uma transferência de todas as preocupações distributivas para o campo do direito público*”<sup>126</sup> (ENGLARD, 1993:55, grifos nossos).

Englard conclui que, para Weinrib, deve haver uma completa congruência entre forma e conteúdo no direito, sua integral interpenetração, constituindo um ideal intelectual de grande harmonia formal (ENGLARD, 1993:57). A maior fraqueza de sua teoria, na visão de Englard, situa-se em sua prática normativa. Segundo ele, não se deve rejeitar o sentimento comum de que as categorias formais não conseguem dominar integralmente as soluções substantivas. As contradições fazem parte da vida humana e, para ele, a consecução parcial de um objetivo concreto é preferível à inteligibilidade formal e à coerência intrínseca. Por essa razão, ele advoga por um certo pluralismo de princípios ou de fundamentos que ele denomina de complementaridade (*Idea of Complementarity*) e que, em sua visão, possibilitam a resolução de uma grande quantidade de problemas concretos (ENGLARD, 1993:57).

Englard termina sua análise da teoria weinribiana comparando-a com a tese de Ronald Dworkin do direito como integridade. Segundo a interpretação feita por Englard, Dworkin apresenta em *O Império do Direito* (2003) uma teoria que se ampara numa idéia distinta de coerência (ENGLARD, 1993:57).

Englard (1993: 58) acredita que, segundo Dworkin, o direito é em princípio um sistema coerente e é isto que se chama de direito como integridade (DWORKIN, 2003:266).

---

<sup>126</sup> “... a strict implementation of Weinrib’s purist conception would require a transfer of all distributive concerns to the field of public law” (ENGLARD, 1993:55).



Segundo essa leitura, para Dworkin, quando o juiz se depara com dois princípios independentes aplicáveis ao mesmo caso (no exemplo, um princípio de justiça corretiva e um de justiça distributiva), segundo a lógica de funcionamento dos princípios, é um erro considerá-los contraditórios (ENGLARD, 1993:59). A coerência da concepção teórica do direito como integridade exige que se estabeleça um esquema não-arbitrário para definir a prioridade, o peso ou a acomodação entre os dois (DWORKIN, 2003:273-274).

Utilizando-se desse argumento, Englard afirma, referindo-se indiretamente à relação entre justiça corretiva e justiça distributiva, que dificilmente seremos convencidos de que princípios independentes e em competição, trazidos a baila em casos concretos, ingressarão no conflito e poderão ser associados sem criar problemas de coerência (ENGLARD, 1993:59). Como será exposto na seqüência, essa última aproximação de Englard com a tese de Dworkin só reforça a hipótese enunciada no início do capítulo - de que trata-se de um leitor equivocado a respeito das premissas teóricas de Ernest Weinrib.

### **3.3. O FORMALISMO COMO TEORIA DO CONHECIMENTO**

Para recuperar os pressupostos teóricos weinribianos com o objetivo de esclarecer como ele responde às várias objeções formuladas por seus críticos, serão apresentados três momentos de sua construção. O primeiro momento diz respeito ao papel desempenhado pelo formalismo e pelas formas da justiça dentro da construção teórica weinribiana. O objetivo dessa primeira parte é retomar os argumentos que buscam afastar as alegações de que Weinrib faz uma descrição empobrecida da realidade jurídica ou de que cria um mundo jurídico próprio. A partir disso, a segunda parte compreende a resposta de Weinrib à crítica da desconexão entre teoria e mundo, isto é, sua refutação da visão de que o formalismo impõe uma separação entre os conceitos e o mundo no qual operam.

Por fim, a última parte compreende a apresentação dos argumentos weinribianos que combatem a crítica de que o conceito de justiça corretiva é indeterminado e, portanto, que necessita de complementação de outros conceitos.

#### **3.3.1. Reapresentação do Formalismo e das Formas da Justiça**

Para o formalista, a estrutura (a forma) é superior à substância. Isto significa que, ao analisar o direito, o teórico formalista sempre pergunta, em primeiro lugar, se as razões que embasam uma determinada doutrina jurídica se harmonizam com uma estrutura justificatória coerente para, em segundo lugar, julgar tal doutrina em termos substantivos (WEINRIB, 1992:359).

O formalismo se constitui numa maneira de abordar e compreender o fenômeno jurídico que é considerado por Weinrib superior às demais formas de abordagem do mesmo fenômeno. Nesse sentido, o formalismo pressupõe uma certa concepção epistemológica, isto é, uma certa maneira de apreender o direito tal como se encontra no mundo ou, como afirma Weinrib, “*O formalismo... propõe uma concepção diferente do que constitui uma explicação*”<sup>127</sup> (WEINRIB, 1992:346).

Assim, lembrando o que foi dito no capítulo 2, o estudioso que se utiliza do instrumental formalista enxerga o direito privado como *locus* de uma racionalidade que dá efeito à correlação normativa entre um fazer e um sofrer num contexto de controvérsias específicas (WEINRIB, 1995:206). Isto é, no direito privado se observa uma racionalidade a ele imanente que consiste na elaboração de categorias que expressam a justiça corretiva e o direito (*right*) kantiano (WEINRIB, 1995:207).

As formas da justiça (justiça corretiva e justiça distributiva) são consideradas as estruturas (ou categorias) mais abstratas possíveis para a análise, compreensão e categorização dos fenômenos jurídicos, ou seja, a partir das quais a inteligibilidade do direito é possível a partir dos elementos fornecidos pelo próprio direito, isto é, imanentemente. Isto significa que cada relação jurídica que se estabelecer será a expressão de uma dessas formas. Sendo uma relação que uma caráter, tipo e unidade, se constituirá numa relação coerente e, portanto, expressiva de uma das formas apenas. Como já foi explicado, Weinrib considera que as relações que expressam as duas formas ao mesmo tempo são incoerentes. A incoerência é problemática porque significa que as formas, quando atuantes numa mesma relação jurídica, não aproveitam toda a força normativa que cada uma tem separadamente.

Se as formas são, para Weinrib, as estruturas mais abstratas de inteligência dos fenômenos jurídicos e se encontram-se latentes nos sistemas jurídicos sofisticados, é o

---

<sup>127</sup> “*The formalist ... proposes a different conception of what constitutes and account*” (WEINRIB, 1992:346).

Direito (*right*) kantiano que lhes fornece sua normatividade (WEINRIB, 1992:360). Como as representações mais amplas e abrangentes da coerência nas interações, as formas da justiça pressupõem uma concepção normativamente significativa dessas interações que é fornecida pelo Direito (*right*) kantiano (WEINRIB, 1992:355).

O Direito (*right*) kantiano estabelece a mais abstrata e rigorosa noção do “*juridicamente normativo*” (WEINRIB, 1992:355). Cada uma das formas da justiça pressupõe a noção kantiana de ação (*agency*) e a dimensão normativa. A justiça corretiva conecta as partes como o agente (*doer*) e aquele que sofre (*sufferer*) e abstrai todas as considerações morais envolvendo as partes exceto aquelas que se relacionem com a correlação entre o fazer e o sofrer como tais (WEINRIB, 1992:355).

O que a filosofia jurídica de Kant explica é justamente o embasamento normativo da noção de ação que está presente na justiça corretiva, isto é, que a ação de um ser livre e dotado de vontade está ligada à liberdade de outro de acordo com uma lei universal e que justifica as medidas retificadoras como, por exemplo, os remédios disponíveis na responsabilidade civil, quando a ação de um invade o espaço de liberdade do outro (WEINRIB, 1992:356).

A coerência, tão criticada por Rabin (1996:2272 e 2283) e por Englard (1993:51 e 55-57) em face das contradições do mundo, é um requisito necessário do formalismo. Segundo Weinrib (1992:359), a questão de que os sistemas jurídicos complexos tendem à coerência não leva, necessariamente, à conclusão de que um único valor substantivo deva permear o direito (*law*), pois, para ele, a coerência deve se encontrar na estrutura justificatória de uma relação jurídica (ou seja, na justiça corretiva ou distributiva) e não em valores substantivos inscritos no direito.

Esse argumento afasta a interpretação de Englard (1993:59) de que a coerência não pode ser alcançada, pois quando Weinrib fala em coerência ele está se referindo aos conceitos ordenadores do mundo e não ao próprio mundo. A esse respeito, Weinrib afirma que o que Aristóteles chama de formas de justiça são idéias estruturais e não substantivas (WEINRIB, 1992:360).

Assim, a aproximação que Englard faz com Dworkin contrapondo-se a Weinrib é totalmente deslocada, pois Dworkin fala da coerência de valores substantivos (e muitas

vezes contraditórios) inscritos no direito como um todo. Por seu lado, Weinrib refere-se à coerência dos conceitos necessários para compreender os fenômenos jurídicos. Trata-se de conceitos de coerência diferentes aplicados a idéias diferentes, de um lado, a valores substantivos e de outro, a categorias formais.

O que os críticos em questão fazem, equivocadamente, é traduzir as considerações estruturais do formalismo weinribiano em considerações substantivas. Tal postura constitui um erro de análise, pois miram um alvo inexistente.

No caso da responsabilidade civil, o formalismo busca explicá-la observando sua estrutura conceitual e institucional, isto é, analisando os conceitos que a compõe (culpa, causalidade, dever de cuidado, dentre outros) e organização institucional na qual ela funciona (o papel do juiz como terceiro que dirime eventual conflito, o processo de adjudicação envolvendo duas partes, etc). Dessa observação extrai-se que a coerência da conexão entre autor e réu é elemento essencial, isto é, o nexó entre as partes (bilateralidade) constituindo uma unidade normativa única. Aos olhos do formalista, a responsabilidade civil é considerada um modo de ordenação das relações jurídicas que, quando coerente, incorpora a estrutura da justiça corretiva.

### **3.3.2. A falsa questão da separação entre a teoria weinribiana e o mundo real**

Em primeiro lugar, é importante esclarecer o sentido da alegação weinribiana de que o direito privado é autônomo para, na seqüência, expor as razões pelas quais Weinrib considera equivocada a crítica que afirma que sua teoria está apartada do mundo real e que ele então cria um “mundo jurídico próprio”.

A consideração de que o direito privado é autônomo se apóia na imanência da racionalidade no direito privado e em si mesma. Isto significa dizer que a racionalidade é imanente no direito privado porque esse, visto como um fenômeno coerente, pressupõe a estrutura da justiça corretiva e seu embasamento no Direito (*right*). De outra parte, a racionalidade é imanente em si mesma, pois sua força moral deriva da inerente dimensão normativa encontrada na ação livre e com finalidade (*free and purposive action*). Ademais, a elaboração dessa normatividade inerente no direito privado envolve referência apenas à correlação entre ação (ou fazer – *doing*) e o sofrer (*suffering*) e não a qualquer valor

externo. Por fim, em função da proposta formalista de explicar a relação como uma unidade intrínseca, essa, considerada como um todo, é essencial para a inteligibilidade e o significado normativo de qualquer uma de suas partes (WEINRIB, 1995:207).

Essa racionalidade imanente tem uma função reguladora para o direito privado e, embora não determine a persecução de fins substantivos, requer sim que o direito privado concretize sua própria racionalidade imanente expressa na forma da justiça corretiva (WEINRIB, 1995:207).

Passando do plano dos conceitos para a realidade jurídica, o direito privado regula e desenvolve a si mesmo através dessa racionalidade distintiva que o torna o tipo de ordenação normativa que ele é. Para o formalista, a autonomia se refere precisamente a este processo de auto-regulação que, evidentemente, prescinde do que está além do próprio direito (WEINRIB, 1995:208).

Uma outra forma de Weinrib expressar a sua idéia de autonomia do direito é a separação que faz entre direito e política. Considerando-se as duas formas da justiça como as estruturas mais abstratas e abrangentes que informam as relações externas, chega-se à conclusão que a justiça distributiva é a estrutura que informa a política, pois, na medida em que essa forma da justiça envolve a escolha de um critério para mediar a relação entre pessoas e coisas conforme a igualdade proporcional, uma orientação externa será sempre necessária para a escolha do critério (WEINRIB, 1995:210).

Diferentemente da justiça corretiva, que é integralmente auto-referente ou inteiramente imanente e, portanto, não envolve qualquer decisão relativa à seleção de propósitos externos, a justiça distributiva possui um aspecto externo e um interno e, portanto, um aspecto político e um aspecto jurídico. O jurídico diz respeito à coerência interna de uma distribuição e o político se relaciona com a escolha de uma distribuição específica dentre uma miríade de possibilidades (WEINRIB, 1995:210).

Conseqüentemente, ao contrário da justiça distributiva, a justiça corretiva é exclusivamente uma compreensão da relação entre fazer e sofrer em si mesma, por meio de sua racionalidade imanente. Assim, na medida em que se constitui numa elaboração da

justiça corretiva, o direito privado é puramente jurídico, autônomo em relação a outras esferas e completamente não político<sup>128</sup> (WEINRIB, 1995:214).

Há ainda um outro sentido em que o direito privado é considerado autônomo por Weinrib. Na medida em que o direito privado é um fenômeno normativo distintivo, ele também é um conjunto de saberes autônomo (*autonomous body of learning*). Isto é, a inteligência do direito privado se faz compreendendo o modo de justificação que o anima a partir de dentro (WEINRIB, 1995:214).

Segundo Weinrib deve-se levar a sério o discurso de que um sistema sofisticado de direito privado busca expressar a sua racionalidade. Visto que sua racionalidade é imanente, o processo de inteligência do direito privado deve se dar partir de si mesmo, da compreensão de seus conceitos e estrutura institucional como um todo coerente (WEINRIB, 1995:214).

Em termos práticos, isso significa que para compreender o direito privado é preciso um esforço da mente ou um esforço de raciocínio para penetrar na estrutura de pensamento que o direito privado incorpora. Sendo assim, o direito privado para Weinrib não é apenas auto-regulador, mas também auto-esclarecedor (WEINRIB, 1995:214).

Eventuais outras disciplinas relevantes ao direito privado como, por exemplo, economia ou sociologia, entrarão no seu domínio vertidas em termos, categorias ou conceitos de direito privado. Isto quer dizer que o direito privado nessa concepção é autônomo sem estar apartado do mundo ou da cognição do mundo (WEINRIB, 1995:215).

Esse ponto é extremamente relevante se forem lembrados os termos gerais da objeção que acusa o formalismo de propor uma visão do direito desconectada do mundo real, tanto sob o aspecto da descrição equivocada ou empobrecida do mundo jurídico, quanto pela “criação de um mundo jurídico próprio”.

Como a forma do direito privado, a justiça corretiva é um conceito, uma idéia reguladora e não uma entidade ontológica cuja existência é paralela ou separada das interações humanas que ordena. Weinrib acrescenta que: “*O formalismo da justiça*

---

<sup>128</sup> Weinrib afirma que: “... *unlike distributive justice, corrective justice cannot be originated toward an extrinsic objective. Corrective justice is the understanding of the relationship of doer and sufferer in terms of itself, through its immanent rationality. ... As the elaboration of corrective justice, private law is purely juridical and completely nonpolitical*” (WEINRIB, 1995:214).

*corretiva não repousa numa existência à parte do mundo social, mas em sua representação da estrutura unificadora da relação ofensor e vítima*<sup>129</sup> (WEINRIB, 1995:215).

A justiça corretiva toma como dados o fazer (causar) e o sofrer um dano, assim como todas as demais condições fáticas sob as quais se desenrola a interação. Assim, como estrutura ordenadora e conceitual que é, a justiça corretiva acessa a realidade social e empírica e estampa essa realidade com o selo de sua forma reguladora (WEINRIB, 1995:215).

Na verdade, embora sejam estruturas abstratas e gerais, as formas da justiça não podem prescindir da particularidade das interações que ocorrem no mundo. Isto porque, segundo Weinrib, *“as formas não podem ser compreendidas apartadas da particularidade das interações externas que governam e dos regimes específicos de direito positivo que as efetivam*<sup>130</sup> (WEINRIB, 1995:215).

Objeção similar é feita ao formalismo no que toca seu aspecto kantiano. Weinrib afirma que alguns filósofos contemporâneos criticam a concepção kantiana de pessoa (eu; *self*) por alegarem que ela desconsidera nossa experiência como seres sociais e históricos constituídos pelas comunidades em que vivemos e pelas formas de vida das quais participamos (WEINRIB, 1995:216-217).

Weinrib discorda dessa alegação. Para ele, a razão prática funciona para concretizar uma finalidade (*purpose*) e dessa forma, na ocorrência da ação humana, ela opera dentro de um contexto social e histórico. A liberdade da autodeterminação significa a ausência de determinação por qualquer contexto particular e não a ausência de contexto (WEINRIB, 1995:217).

Assim, o agente da teoria jurídica kantiana é um ser inerentemente social e sua sociabilidade está baseada nos requisitos conceituais impostos pela vontade livre (*free will*). Segundo Weinrib: *“A vontade (will) é social sem ser comunal; ela retira seus comportamentos do mundo público sem perder, em uma vontade coletiva mais ampla, sua*

---

<sup>129</sup> *“The formalism of corrective justice therefore lies not in its existing somewhere apart from the social world, but in its representing the unifying structure of the doer-sufferer relationship”* (WEINRIB, 1995:215).

<sup>130</sup> *“the forms of justice cannot be understood detached from the particularity of the external interactions that they govern and from the specific regimes of positive law that actualize them”* (WEINRIB, 1995:215).

*capacidade individualizada para o agir desinteressado* (detachment)”<sup>131</sup> (WEINRIB, 1995:217). Isto é, embora os agentes sejam considerados abstratamente personificações iguais de vontades distintas, todos eles vivem e atuam num “*fórum público*”, ou seja, num contexto social e histórico público no qual estão imersos (WEINRIB, 1995:218).

### 3.3.3. A questão da determinação e indeterminação do formalismo

A principal objeção formulada por Cane (1996:477 e 479-481) e que embasa sua crítica de que Weinrib faz uma descrição apenas parcial do direito privado está apoiada na idéia de que a aplicação da justiça corretiva leva a uma situação de indeterminação que deve ser suplementada pela aplicação de critérios distributivos.

Weinrib tratou da questão da indeterminação da justiça corretiva na última parte de *The Idea of Private Law* (1995). Segundo ele, de fato, a justiça corretiva não determina antecipadamente cada solução que resolve cada caso particular e nesse sentido, ela é **indeterminada** (WEINRIB, 1995:222).

Como foi visto no capítulo 2, vários conceitos que formam a doutrina da responsabilidade com culpa (*negligence law*), tais como, dever de cuidado, causa próxima ou ausência de cuidado razoável, necessitam de uma descrição do nível de risco aceitável que não seja nem muito particular e nem muito geral. Assim, essas categorias dizem respeito a um “*espectro qualitativo que não determina antecedentemente resultados específicos*”<sup>132</sup> (WEINRIB, 1995:222).

Essa característica dos conceitos não é um problema para o formalismo, pois a autonomia do direito privado em relação à política não depende da determinação prévia de soluções para todos os casos concretos, mas sim da imanência da justiça corretiva ao direito privado concebido como um empreendimento normativamente coerente (WEINRIB, 1995:222).

Para isso, o direito positivo funciona como o veículo para expressar a justiça corretiva por meio de suas doutrinas e instituições, ao invés de predeterminar todas as

---

<sup>131</sup> “*The will is social without being communal; it takes its bearings from the public world without losing in a larger collective will its individualized capacity for detachment*” (WEINRIB, 1995:217).

<sup>132</sup> “*... qualitative spectrum that does not antecedently determine specific results*” (WEINRIB, 1995:222).



respostas para todos os casos concretos. Na relação entre o geral e o particular, o formalismo jurídico organiza os particulares (relações externas concretas) sob um conjunto de categorias jurídicas (doutrinas e conceitos jurídicos) que, em última instância, se organizam sob as duas formas da justiça (WEINRIB, 1995:223).

Com isso, o formalismo ilumina o particular através do geral. O processo de decisão (adjudicação) do particular à luz do geral não é pré-determinado, mas envolve o exercício de um julgamento articulado em que o juiz especifica o significado de um conceito aplicando-o ao um conjunto particular de fatos (WEINRIB, 1995:223).

É possível que, em razão da indeterminação, os juízes possam utilizar o discurso jurídico para maquiar decisões de cunho político, mas isso, em si, não nega a possibilidade de um julgamento exclusivamente jurídico. Ademais, considerando-se que a justiça corretiva é não-política, os julgamentos de casos concretos governados por essa forma serão, igualmente, não-políticos (WEINRIB, 1995:225).

Weinrib conclui que a crítica da indeterminação é equivocada na medida em que toma o direito positivo como seu ponto de referência e o avalia como indeterminado. No entanto, o formalismo oferece uma compreensão das relações jurídicas que é anterior ao direito positivo e que, na verdade, o direito positivo efetiva (põe em prática). Para essa concepção de direito e de julgamento, o que legitima uma decisão não é a sua pré-determinação pelo direito positivo, mas a subsunção do próprio direito positivo ao conceito de Direito (*right*) kantiano e à forma da justiça corretiva (WEINRIB, 1995:226).

No entanto, é curioso observar que, se no sentido acima descrito a justiça corretiva é indeterminada, sem que isso se constitua em um problema para a abordagem formalista, há um outro sentido em que ela pode ser **determinada**. Estabelecendo um contraste com a justiça distributiva, a justiça corretiva determina seus particulares e, com isso, demarca as relações externas (relações entre o agente que faz e o que sofre) que a ela se subsumem (WEINRIB, 1995:226).

Nesse sentido, as formas da justiça podem ser determinadas na medida em que assentam os limites da coerência para particulares que estão submetidos a elas. Weinrib conclui que ao especificar o caráter, o tipo e a unidade das relações jurídicas, “*as formas*

*da justiça determinam tudo que precisam ou podem determinar como formas*”<sup>133</sup>  
(WEINRIB, 1995:227).

\*\*\*

É possível concluir que Weinrib responde às objeções formuladas por seus críticos, esclarecendo a importância de se levar a sério a concepção formalista de que as formas da justiça realmente como são estruturas conceituais, amplas e abstratas que funcionam como categorias essenciais para a inteligência das relações jurídicas e não, como pretenderam esses críticos, como princípios ou valores substantivos externos.

Ele ainda elucidava a falsa questão da separação entre o formalismo e o mundo real, demonstrando como o formalismo só faz sentido quando considerado como uma teoria para a compreensão do mundo, a qual atua interpretando esse substrato fático por meio de suas categorias formais, ao invés de prescindir do mesmo ou dele se descolar.

Finalmente, Weinrib responde à crítica de que a justiça corretiva leva à indeterminação esclarecendo em que sentido a indeterminação existe no formalismo e não o afeta e, em que sentido as formas da justiça determinam as interações externas particulares organizando-as por meio das formas da justiça.

Tais considerações são importantes para situar a relevância do formalismo para a fundamentação da responsabilidade civil e verificar que, se existem limitações no tratamento de Weinrib à responsabilidade civil, os críticos supra mencionados não foram capazes de apontá-las de maneira a verdadeiramente abalar suas teses.

---

<sup>133</sup> “... *the forms of justice determine all that they need to, or can, determine as forms*” (WEINRIB, 1995:227).

## CONCLUSÃO

---

Diante do que foi apresentado nos capítulos precedentes e das hipóteses levantadas no início do trabalho, conclui-se que dentro do projeto teórico geral desenvolvido por Ernest Weinrib há dois subprojetos teóricos distintos um do outro, embora relacionados entre si.

O primeiro é o projeto de Ernest Weinrib como um teórico do direito e elaborador de epistemologia jurídica que constrói uma teoria formalista do conhecimento jurídico. O segundo, integralmente tributário do primeiro, é o de Ernest Weinrib como um teórico da fundamentação do direito privado e da responsabilidade civil.

Com relação ao **primeiro subprojeto**, conclui-se que Weinrib é autor de uma teoria formalista do conhecimento jurídico, pois da análise do papel do formalismo realizada em grande parte na primeira parte do Capítulo 2 decorre o seguinte:

O formalismo weinribiano apresenta uma teoria das formas, remontando à teoria clássica das formas de Aristóteles, o que implica afirmar que é investigando a forma de uma coisa e não de seu conteúdo que se pode compreender o que a coisa é. A forma de uma coisa é composta pela combinação de três elementos: caráter, tipo ou classe geral e unidade.

A forma é o princípio que ordena as características de algo numa unidade (como uma coisa única). Por isso, para apreender a forma de uma coisa é preciso apreender seu caráter (conjunto de características essenciais), sua unidade (características fundamentais formando um todo que é maior do que a mera soma das partes) e seu tipo (classe geral a qual pertence).

O formalismo weinribiano propõe que a melhor compreensão não só de objetos físicos e artefatos humanos, mas também do direito, se dá a partir de sua análise interna e, por meio dessa análise interna, se dá pela identificação das formas, estruturas gerais, abrangentes e abstratas a qual se subsume cada arranjo jurídico específico, quando coerente.

Como uma teoria que estuda a estrutura formal das relações jurídicas, o formalismo abstrai os contextos fáticos particulares e se volta para os conceitos estruturais mais gerais e abrangentes que circunscrevem e delimitam os fenômenos jurídicos. O direito, para o formalista, deve ser entendido como arranjo social reativo ao argumento moral e inteligível como fenômeno internamente coerente.

Assim, a compreensão do direito envolve um esforço da mente em penetrar a estrutura de pensamento que o direito incorpora, isto é, penetrar as formas jurídicas. A elucidação do Direito por meio do conceito de forma é uma maneira de exibir a **inteligibilidade imanente** do conteúdo do Direito.

O caminho a se percorrer para chegar às formas jurídicas começa com a apreciação dos dados (particularidades) que entram no universo jurídico a partir de categorias (tais como, dever, causa e culpa). Essas categorias abstraem as particularidades dos dados de realidade retendo-lhes as apenas as características estruturais. O teórico formalista avança mais um passo nesse trabalho abstraindo ainda mais dessas categorias jurídicas na busca de concepções ainda mais abstratas e gerais até chegar às formas mais abstratas possíveis.

No clássico exemplo da mesa, a forma de mesa é a estrutura conceitual que une cada mesa particular (dados da realidade) a uma mesma idéia abrangente e abstrata de mesa, fazendo com que cada uma possa ser classificada sob a rubrica “mesa”. Isso é possível, pois a forma de mesa congrega todas as características fundamentais que as mesas em geral devem ter num todo unitário. Na ausência de qualquer uma dessas características fundamentais não é possível conceber algo como mesa.

A forma é concebida por Weinrib como uma representação que se encontra na mente do sujeito que compreende. A forma de mesa se encontra na mente do artesão que fará uma mesa particular e faz com que, independentemente do material usado (metal, madeira, vidro), da dureza, da altura e das outras características materiais que o artesão pode escolher, ele saiba que o que está fazendo é, de fato, uma mesa.

Assim como para cada mesa particular e dotada de características contingentes existente no mundo empírico há a forma da mesa que faz com que o sujeito entenda aquela mesa específica e todas as outras como mesas, as relações jurídicas particulares e

contingentes também possuem formas que fazem com elas se tornem inteligíveis como relações jurídicas e não, por exemplo, como relações políticas.

Diferentemente da mesa que só possui uma forma, as relações jurídicas estão ordenadas sob duas formas. Abstraindo-se todos os elementos particulares das relações, conclui-se que as relações entre pessoas e entre pessoas e bens (relações externas) podem ser ordenadas coerentemente segundo duas formas abstratas e gerais: a forma da justiça corretiva e a forma da justiça distributiva.

A conclusão de que são duas as formas da justiça subjacentes às relações jurídicas, e não uma única forma como no caso da mesa, decorre da constatação de que há um limite no processo de abstração em que não é possível se criar uma supra-forma da justiça que lhes faça a síntese. Elas em si traduzem o maior nível de abstração e generalidade ao qual o sujeito cognoscitivo pode chegar pelo esforço de sua mente.

Para Weinrib, a justiça corretiva é a estrutura mais abrangente e abstrata que expressa uma correlação imediata entre duas partes. A estrutura corretiva estabelece entre as duas partes uma igualdade entre quantidades. A outra forma jurídica, justiça distributiva, é a estrutura mais abrangente e abstrata que expressa a relação mediata entre várias partes quando se está dividindo entre elas um benefício ou um ônus segundo um certo critério pré-determinado. A estrutura distributiva estabelece uma igualdade entre proporções.

As formas da justiça se constituem na própria racionalidade inscrita nas relações jurídicas quando analisadas internamente, isto é, a sua racionalidade imanente acessada a partir de suas características essenciais e da unidade que essas características formam.

Por um procedimento similar ao realizado no exemplo da mesa, se o sujeito, ao analisar uma relação jurídica, acessar suas características essenciais e for capaz de enxergá-las num todo unitário e, portanto, a partir de uma perspectiva interna identificar tais características unitariamente consideradas com a estrutura abstrata e geral na qual se encaixa, essa se torna inteligível para o sujeito.

A diferença entre a unidade das características essenciais de uma mesa e a unidade das características essenciais das relações jurídicas é que nas relações jurídicas exige-se que haja **coerência interna**. Para uma relação jurídica ser coerente ela precisa ser uma unidade intrínseca, o que significa que o todo (a unidade) deve ser maior do que a soma

das partes consideradas individualmente, não sendo suficiente a mera ausência de inconsistência ou contradição.

A conclusão geral acerca do formalismo é que consiste em uma teoria voltada à inteligibilidade dos fenômenos jurídicos, que envolve a verificação da presença ou ausência de coerência interna dos arranjos jurídicos concretos, a partir de sua subsunção às estruturas justificatórias mais gerais, abrangentes e abstratas aplicáveis, que são as formas da justiça corretiva e distributiva.

Com relação ao **segundo subprojeto**, analisado principalmente no item 2.2. do capítulo 2 e no item 3.3. do capítulo 3, conclui-se que, a partir da abordagem formalista, o direito privado e a responsabilidade civil serão considerados internamente coerentes quando expressarem a forma da justiça corretiva animada pelo princípio de Direito (*right*) kantiano. Essa conclusão decorre das seguintes constatações:

Como partes do fenômeno jurídico, o direito privado e a responsabilidade civil deverão ser inteligíveis internamente a partir de uma das duas formas de justiça supra mencionadas (justiça corretiva ou justiça distributiva).

Da observação das relações privadas concretas e da experiência dos operadores do direito constata-se que é essencial para a caracterização do direito privado que se compreenda a relação imediata que se estabelece entre as partes, relação essa que é, por exemplo, voluntária nos contratos e involuntária na responsabilidade civil, pois se forma em virtude a ocorrência de um dano ou lesão.

Dessa característica essencial da relação privada que é a relação bipolar e imediata entre partes, acessada pela observação da própria relação, conclui-se que é pela forma da justiça corretiva que a relação jurídica privada se torna inteligível, pois a forma da justiça corretiva expressa uma relação imediata entre duas partes, visualizando entre elas uma igualdade formal entre quantidades.

Ernest Weinrib, como teórico da responsabilidade civil, propõe que a justiça corretiva seja utilizada como estrutura explicativa das relações de direito privado, pressupondo uma igualdade (quantitativa ou aritmética) entre as partes que transacionam entre si.

O próprio Weinrib admite que Aristóteles forneceu poucos subsídios para se lidar com a questão da igualdade e a solução encontrada por ele é interpretar que a normatividade imposta pelo princípio de Direito (*right*) kantiano esteja pressuposta nas formas da justiça.

Essa necessidade deriva não só da pretensão de Weinrib de descrever a estrutura implícita nas relações jurídicas de responsabilidade civil, isto é, a justiça corretiva, mas também de considerá-la dotada de normatividade.

Se as formas são dotadas de força normativa significa que o formalismo não faz uma mera descrição de fenômenos, mas que as doutrinas, os julgamentos e os conceitos que formam a responsabilidade civil (e outros ramos do direito privado) tendem a espelhar a forma corretiva. Isto é, que a descrição da justiça corretiva animada pela normatividade kantiana se constitui na descrição da própria racionalidade que move a responsabilidade civil.

Para isso, Weinrib argumenta que a concepção kantiana de Direito (*right*) também é formal e, portanto, assim como a forma da justiça corretiva, igualmente abstrai dos aspectos particulares da relação, considerando as partes somente como agentes livres e iguais. A concepção kantiana de Direito (*right*) também supõe que as partes estejam em relação imediata e correlativa e que a ação de uma parte deva ser capaz de coexistir moralmente com a liberdade da outra.

O Direito kantiano age como um difusor dos requisitos impostos pela razão prática para dentro das relações jurídicas externas e, assim, exige a presença de um terceiro (juiz) que seja a expressão pública do direito (*law*) e que, em caso de infração da liberdade por parte daquele que tem o dever, coloque em ação o aparato coercitivo para que seja efetuada a reparação. Assim, o dever de não infringir a liberdade do outro não é um dever ético e, portanto, não está circunscrito à esfera interna do agente.

O Direito kantiano é um conceito abrangente, unificador e sistemático que permeia os sistemas jurídicos concretos, atribuindo-lhes inteligibilidade interna. As doutrinas, os conceitos e as instituições legais substantivas estão abarcadas por essa concepção. Junto com a justiça corretiva, o Direito kantiano possibilita a descrição da racionalidade implícita no sistema de responsabilidade civil.

Os casos (decisões judiciais) analisados por Weinrib funcionam como exemplos de como as doutrinas jurídicas (como a responsabilidade civil com culpa e a responsabilidade objetiva), os conceitos e a própria atividade das instituições atuam segundo essa racionalidade implícita.

Os casos envolvendo responsabilidade civil escolhidos por Weinrib para exemplificar suas teses, em especial os casos *Palsgraf v. Long Island Railroad* e *Bolton v. Stone* analisados no item 2.2.5. do capítulo 2, fornecem algumas soluções consideradas condizentes com os ditames do formalismo e com a estrutura justificatória da justiça corretiva e outras não condizentes.

É importante lembrar que a primeira característica do formalismo weinribiano (vide: 2.1.2. Principais características do Formalismo) é defender que, na medida em que o direito é detentor de uma racionalidade própria e acessada internamente, é possível se desenvolver um método de justificação jurídica que seja estritamente jurídico. Nele, a análise deverá ser interna ao próprio direito, assim como as razões que embasam a decisão.

No caso *Palsgraf v. Long Island Railroad*<sup>134</sup>, o foco da análise de Weinrib é o requisito de coerência interna relativo à forma da justiça corretiva que, em termos práticos, envolve a preservação da correlação entre as partes. Tendo em vista essa compreensão do papel da justificação jurídica acima descrita, Weinrib analisa o voto do Juiz Cardozo, considerando que esse voto desenvolve um raciocínio a partir de razões internas à responsabilidade civil e consentâneas com os requisitos formalistas. Ele utiliza os conceitos jurídicos de dever de cuidado e causa próxima, bem como de risco ilícito para estabelecer o nexo entre autor e réu, isto é, entre a vítima do dano e o causador (*sufferer e doer*), chegando a uma solução em que toda a argumentação está construída para o estabelecimento da relação entre as partes.

Já o voto dissidente do Juiz Andrew apresenta uma justificativa geral para conceituar o ilícito, afirmando que o ilícito se configura assim que o réu cria um risco imoderado para o público em geral e viola seu dever de cuidado, e uma justificativa específica para considerar ilícita a lesão aos direitos da autora em que a culpa é irrelevante,

---

<sup>134</sup> Nesse caso, a Sra. Palsgraf demandou da empresa ré uma indenização por uma lesão física que, segundo ela, foi causada pela ação imprudente de um funcionário da ré. Esse funcionário esbarrou em um pacote de um passageiro que continha explosivos. Ao cair, o pacote explodiu, fazendo com que, no final da plataforma, uma balança caísse sobre a Sra. Palsgraf.



pois do ponto de vista da lesão sofrida pela autora é indiferente se a ação causadora foi culposa ou não.

Para Weinrib, nenhuma das razões apresentadas pelo voto dissidente justifica a ligação entre as partes, uma vez que cada razão envolve apenas uma das partes, tratando-se de razões desconectadas entre si. Sua aplicação torna a apreciação da relação entre essas partes internamente incoerente. Caso se aplique a primeira aceção de ilícito, o réu será responsável por qualquer lesão que decorra de sua ação. No entanto, caso se aplique a segunda aceção, a autora será indenizada independentemente da conduta ser ou não culposa. Nenhuma das razões engloba ao mesmo tempo a relação entre as partes.

Por fim, o Juiz Andrew invoca o conceito de causa próxima para, arbitrariamente, limitar a possibilidade de que qualquer pessoa que tenha sofrido um dano se habilite a demandar contra o réu, aplicando exclusivamente a primeira concepção de ilícito e desconsiderando a posição que a autora ocupa na relação.

A decisão do Juiz Cardozo definiu que a imprudência do funcionário da ré configurava culpa em relação ao dono da bagagem e não em relação à Sra. Palsgraf. Assim, embora ela tenha experimentado uma perda factual (palpável), essa não era normativa se colocada em relação com a empresa-ré.

No caso *Bolton v. Stone*<sup>135</sup>, a questão principal é exemplificar o papel normativo desempenhado pela forma da justiça corretiva animada pela normatividade do Direito (*right*) kantiano.

O princípio kantiano do Direito (*right*) exige que a posição ocupada por cada agente seja sempre consistente com a dos demais considerados como agentes dotados de autodeterminação, mas disso não decorre que um agente deva se abster totalmente de agir e, portanto, de criar qualquer risco de invasão da esfera de liberdade do outro, pois essa imposição negaria o próprio status de agente daquele ao qual fosse imposto o dever.

O conceito de dever de cuidado desenvolvido por Lord Reid em sua sentença reflete as exigências do princípio do Direito (*right*) kantiano, pois ele argumenta que o agente não pode ser considerado responsável por qualquer probabilidade de causar um

---

<sup>135</sup> Nesse caso, o autor demandou indenização do réu por ter sido atingido na cabeça enquanto caminhava próximo a um clube de críquete por uma bola lançada por esse último.

dano em função de sua ação. Para Lord Reid, a criação de risco deve ser considerada passível de responsabilização apenas quando o dano materializado for razoavelmente previsível e, portanto, quando o agente falhar em ajustar a sua ação ao nível tolerável de risco em vista do potencial para causar danos a outrem.

A sentença de Lord Reid leva em consideração o fato de que é inexigível que o direito (*law*) considere ilícita a criação de qualquer risco, pois isto negaria ao réu-ofensor a qualidade de agente.

Já o caso *Lamb v. London Borough of Camden*<sup>136</sup>, exposto no item 3.2. (O equívoco na compreensão da proposta weinribiana) do capítulo 3, é apresentado por Weinrib para ilustrar que, de acordo com o formalismo, existe a possibilidade de uma fundamentação exclusivamente jurídica. Trata-se de um caso em que diferentes juízes chegaram à mesma decisão com fundamentações completamente diferentes. De um lado, uma decisão justificada com base em critérios externos ao direito e, portanto, políticos. E de outro, uma argumentação condizente com a racionalidade moral imanente do direito e, portanto, interna.

Lord Denning declarou que o caso em questão levantava indagações de política pública, pois era crucial considerar que, normalmente, donos de imóveis possuem seguros residenciais para cobrir esse tipo de evento. Invocando a doutrina de *loss-spreading*, Lord Denning julgou improcedente o pedido do autor com base na idéia de que, por meio dos seguros, o risco de prejuízo é dissipado entre os membros da comunidade e que as seguradoras não deveriam repassar o custo à municipalidade, já que cobrir esses eventos é a essência de sua atividade.

Já Lord Justice Watkins chegou ao mesmo resultado, por uma razão distinta. Ele voltou toda a sua atenção para as características do evento em si, como a natureza desse evento, as condições do local, a identidade e intenções dos causadores dos danos, e não para as questões referentes aos seguros ou à doutrina de *loss-spreading*.

---

<sup>136</sup> Nesse caso, o proprietário de um imóvel demandou indenização da municipalidade de Camden em razão de danos resultantes de uma invasão. A seqüência de fatos analisada pelos juizes foi a seguinte: a municipalidade, ao fazer um reparo em um cano de esgoto, danificou o encanamento, inundando o imóvel do autor que teve que ser fechado até que terminassem os reparos. Nesse meio tempo, um grupo de pessoas invadiu o imóvel, sendo posteriormente retirados pelo autor, que fechou a entrada da propriedade com tábuas. Mesmo assim, um segundo grupo invadiu o imóvel, causando os danos que o autor queria ver ressarcidos pela municipalidade.

A decisão de julgar improcedente a ação foi alcançada pela análise da relação entre as partes da demanda e, em especial, pela observação da ligação que havia entre a ação do réu e o dano sofrido pelo autor. Interpretando o conceito de causa próxima como um conceito jurídico sob o qual o tribunal compreende o nexos causal entre as partes, Lord Justice Watkins declarou que a relação era muito remota para que se considerasse culposa a conduta da municipalidade em relação ao dano alegado pelo autor.

Da exposição desses casos-exemplo, conclui-se que a concepção formalista da responsabilidade civil afeta concretamente as respostas possíveis para os problemas jurídicos que surgem na realidade das relações jurídicas, seja porque a construção de conceitos e doutrinas tendem à coerência e, com isso, expressam implicitamente a forma da justiça corretiva e do princípio de Direito (*right*) kantiano, ou seja porque ambos se constituem numa construção conceitual que serve de padrão para a construção de críticas às soluções concretas, como nos exemplos trazidos pelos casos em que Weinrib critica uma das soluções e justificações invocadas.

Além das conclusões apresentadas acerca dos dois projetos teóricos inseridos na proposta geral de Weinrib, há uma conclusão final que decorre da análise elaborada no Capítulo 3.

Embora Weinrib seja claro em expor a posição de destaque e a absoluta relevância de se compreender o formalismo como uma teoria do conhecimento jurídico para, apenas posteriormente, fazer uma análise crítica de sua fundamentação da responsabilidade civil, muitos críticos, ignorando ou desconsiderando esse ponto, construíram críticas à teoria weinribiana que não se sustentam.

Esse tipo de equívoco pode ser encontrado em análises como as de Izhak Englard (1993), Robert Rabin (1996) e Peter Cane (1996). Embora critiquem diferentes questões específicas da teoria de Weinrib, têm em comum a interpretação equivocada de seu projeto teórico geral. Os três, desconsiderando ou não compreendendo o exato significado e implicações do formalismo como teoria explicativa do fenômeno jurídico, do direito privado e da responsabilidade civil e visualizando uma tensão entre a teoria e a prática, ora afirmam que Weinrib “cria um mundo jurídico próprio” ao explicar o funcionamento do fenômeno jurídico segundo os ditames do formalismo, e ora afirmam que o formalismo impõe um afastamento e uma separação em relação ao mundo real ou que a teoria

formalista da justiça corretiva leva a uma situação de indeterminação que deve ser suplementada pela aplicação de critérios distributivos.

A análise dos exemplos apresentados anteriormente, bem como exposição dos passos argumentativos elaborados por Weinrib desde o formalismo até o princípio de Direito kantiano levam a uma conclusão diferente da exposta pelos críticos.

O formalismo explica a responsabilidade civil através da análise dos conceitos que a compõe (culpa, causalidade, dever de cuidado, dentre outros) e da organização institucional na qual ela funciona (o papel do juiz como terceiro que dirime eventual conflito, o processo de adjudicação envolvendo duas partes, etc). Dessa observação se extrai que a coerência da conexão entre autor e réu, isto é, o nexó entre as partes (bilateralidade), é elemento essencial para que a relação jurídica constitua uma unidade normativa única.

A conclusão decorrente do formalismo é de que a responsabilidade civil é um modo de ordenação das relações jurídicas que, quando coerente, incorpora a estrutura (forma) da justiça corretiva. Os críticos analisados no capítulo 3 erram na medida em que traduzem as considerações estruturais do formalismo weinribiano para considerações substantivas.

A crítica de que Weinrib efetua uma criação teórica que não se relaciona com o mundo real também não se sustenta, posto que o agente da teoria jurídica kantiana é um ser inerentemente social que estabelece relações com outros agentes, criando relações jurídicas.

Embora os agentes sejam considerados abstratamente iguais e personificações de vontades distintas, todos eles vivem e atuam em um contexto social e histórico público no qual estão imersos. A proposta formalista de análise e compreensão das relações parte do desenrolar dessas relações nesse contexto social e histórico para ordená-las segundo categorias formais e abstratas. Ademais, a própria teoria formalista não teria sentido se não houvesse dados empíricos a ordenar.

Por fim, conclui-se que também está equivocada a crítica a Weinrib de que a aplicação da justiça corretiva leva a situações de indeterminação que devem ser suplementadas por critérios distributivos, na medida em que o formalismo traça uma divisão e, portanto, determina a esfera do jurídico e a esfera do político. O direito privado e

a responsabilidade civil que expressam a forma da justiça corretiva são apolíticos e, portanto, se coerentes, não expressarão considerações distributivas.

É certo que o formalismo é indeterminado na medida em que a justiça corretiva não define antecipadamente cada solução que resolve cada caso particular, mas também nesse ponto a crítica não se sustenta. Essa indeterminação não se constitui num defeito do formalismo, na medida em que a autonomia do direito privado em relação à política não depende da determinação prévia de soluções para todos os casos concretos, mas da imanência da justiça corretiva ao direito privado concebido como um empreendimento normativamente coerente.

O formalismo ilumina o particular através do geral. No processo de decisão, desde que envolva o exercício de um julgamento articulado e interno, a função do juiz será especificar o significado de um conceito aplicando-o ao um conjunto particular de fatos a partir de sua coerência com as categorias gerais. A pré-determinação de todas as respostas possíveis, além de inalcançável, não é necessária no processo de decisão e julgamento conforme o formalismo.

O esforço teórico de Weinrib não está imune a críticas e este trabalho não tem o objetivo de defendê-lo de todo tipo de objeção. No entanto, restou evidente que as análises críticas aqui descritas se equivocaram flagrantemente ao atacar a proposta weinribiana com base em pressupostos distintos dos estabelecidos por seu autor.

Assim, de todo o desenvolvimento deste trabalho, pode-se concluir, modestamente, que qualquer postura crítica que desconsidere - ou não entenda - a relevância do formalismo como teoria do conhecimento jurídico não terá condições de apreender o real alcance da teoria de weinribiana de fundamentação da responsabilidade civil. Esse é o ponto de partida necessário tanto para o teórico formalista quanto para seus críticos.

## BIBLIOGRAFIA

---

ACKERMAN, Bruce. Temporal Horizons of Justice, **The Journal of Philosophy**, vol.94, n.6, pp.299-317, jun. 1997

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**, tradução do grego, intr. e notas Mário da Gama Kury, Brasília: Universidade de Brasília, 1985

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**, tradução do grego e notas António C. Caieiro, Lisboa: Quetzal, 2004

ATIYAH, P. S. **The Damages Lottery**, Oxford: Hart Publishing, 1997

**Black's Law Dictionary**, 8<sup>th</sup> edition, Thomson/West, 2004

BOBBIO, Norberto. Kant e as duas liberdades, *in* **Teoria Geral da Política: a filosofia política e a lição dos clássicos**, tradução Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2000

\_\_\_\_\_. Teoria e ideologia na doutrina de Santi Romano, *in* **Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito**, São Paulo: Manole, 2007

BRUDNER, Alan. "The Ideality of Difference: Toward Objectivity in Legal Interpretation", **Cardozo Law Review**, vol.11, pp.1133-1210, 1990

\_\_\_\_\_. **The Unity of the Common Law: Studies in Hegelian Jurisprudence**, University of California Press, 1995

CANE, Peter. Review: Corrective Justice and Correlativity in Private Law, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 16, N° 3, 1996

\_\_\_\_\_. (org.). **Atiyah's Accidents, Compensation and the Law**, 7<sup>a</sup> ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2006

COLEMAN, Jules ; SHAPIRO, Scott (orgs.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford: Oxford University Press, 2002

COLEMAN, Jules. On the Moral Argument for the Fault System, **The Journal of Philosophy**, Vol.71, N° 14, ago. 1974

\_\_\_\_\_. The morality of strict liability, **William & Mary Law Review**, Vol. 18, 1976

\_\_\_\_\_. Corrective Justice and Wrongful Gain, **The Journal of Legal Studies**, Vol. 11, N° 2, 1982

\_\_\_\_\_. The mixed conception of corrective justice, **Iowa Law Review**, Vol.77, jan. 1992

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, São Paulo: Martins

Fontes, 1998

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço no direito brasileiro: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2003

ENGLARD, Izhak. The System Builders: A Critical Appraisal of Moderns American Tort Theory, **The Journal of Legal Studies**, Vol.9, Nº 1, 1980

\_\_\_\_\_. **The Philosophy of Tort Law**, Cambridge: Dartmouth Publishing Group, 1993

\_\_\_\_\_. The Idea of Complementarity as a Philosophical Basis for Pluralism in Tort Law, in OWEN, David G. (org.). **Philosophical Foundations of Tort Law**, Oxford: Oxford University Press, 1995

EPSTEIN, Richard. A Theory of Strict Liability, **The Journal of Legal Studies**, Vol.2, Nº 1, jan. 1973

\_\_\_\_\_. Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraint, **The Journal of Legal Studies**, Vol.8, Nº1, 1979a

\_\_\_\_\_. Causation and Corrective Justice: A reply to two critics, **The Journal of Legal Studies**, Vol.8, Nº 3, 1979b

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1994

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**, Oxford: Oxford University Press, 1980

FISS, Owen M. The Death of Law?, **Cornell Law Review**, Vol. 72, Nº 1, 1986

FLETCHER, George P. Fairness and Utility in Tort Theory, **Harvard Law Review**, Vol.85, Nº 3, 1972

\_\_\_\_\_. Review: Corrective Justice for Moderns, **Harvard Law Review**, vol.106, n.7, pp.1658-1678, maio 1993

\_\_\_\_\_. **Basic Concepts of Legal Thought**, New York/Oxford: Oxford University Press, 2006

GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi Giuridici Comparati**, 2ª ed., Torino: Utet, 2002

GARDNER, Review: The Purity and Priority of Private Law, **The University of Toronto Law Journal**, vo.46, n.3, pp.459-493, summer 1996

GEORGE, Robert P. (editor). **Natural Law Theory: contemporary essays**, Oxford: Oxford University Press, 1992

- HART, H. L. **O Conceito de Direito**, 4ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005
- HONORÉ, Tony. The Morality of Tort Law: Questions and Answers, *in* OWEN, David (org). **Philosophical Foundations of Tort Law**, Oxford: Oxford University Press, 1995, pp.73-95
- HUTCHINSON, Allan C. The importance of not being Ernest, **McGill Law Journal**, vol.34, pp.233-263, 1989
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes. Parte I: Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito**, Lisboa: Edições 70, 2004
- \_\_\_\_\_. **Prolégomenos a toda metafísica futura que queira apresentar-se como ciência**, Lisboa: Edições 70, 2003
- \_\_\_\_\_. **Fundamental Principles of the Metaphysics of Morals**, *in* Great Books of The Western World, tomo 39, New York: Longmans, Green & Co., 2003
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002
- KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. *In* **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002
- KRESS, Ken. Coherence, *in* PATTERSON, Dennis (org.). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford: Blackwell Publishing, 1996
- LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**, São Paulo: Martins Fontes, 1999
- LUCY, William. Reviewed work: The Philosophy of Tort Law by Izhak Englard, **The Modern Law Review**, vol.57, n.6, pp.987-990, nov. 1994
- \_\_\_\_\_. **Philosophy of Private Law**, Oxford: Oxford University Press, 2007
- MELLO, Maria Chaves. **Dicionário Jurídico**, São Paulo: Método, 2006.
- MINDA, Gary. **Postmodern Legal Movements: law and jurisprudence at century's end**, New York: New York University Press, 1995
- OWEN, David. Foreword: Why Philosophy Matters to Tort Law, *in* Owen, David (org). **Philosophical Foundations of Tort Law**, Oxford: Oxford University Press, 1995
- OWEN, David G. (org.). **Philosophical Foundations of Tort Law**, Oxford: Oxford University Press, 1995
- PATTERSON, Dennis. Review: [untitled], **The Modern Law Review**, vol.58, n.6, pp.916-918, nov. 1995



- \_\_\_\_\_. **Law and Truth**, Oxford: Oxford University Press, 1996
- PATTERSON, Dennis (org.). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford: Blackwell Publishing, 1996
- PERRY, Stephen. Professor Weinrib's Formalism: the not-so-empty sepulcher, **Harvard Journal of Law and Public Policy**, vol.16, n.579, pp.602-608, 1993
- \_\_\_\_\_. Tort Law, *in* PATTERSON, Dennis (org.). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford: Blackwell Publishing, 1996
- POSNER, Richard. Epsteins's Tort Theory: A Critique. **The Journal of Legal Studies**, vol.8, n.3, pp.457-475, jun. 1979
- \_\_\_\_\_. The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law, **The Journal of Legal Studies**, vol.10, n.1, pp.187-206, jan. 1981
- RABIN, Robert L. Review: Law for Law's Sake, **The Yale Law Journal**, vol. 105, n. 8, pp. 2261-2283, junho 1996
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, São Paulo: Martins Fontes, 2002
- RAZ, Joseph. Formalism and the Rule of Law, *in* GEORGE, Robert P., **Natural Law Theory: Contemporary Essays**, Oxford: Clarendon Press, 1992
- SCHAUER, Frederick. Formalism, **The Yale Law Journal**, vol. 97, n. 4, março 1988
- SIMMONDS, N. E. **Central Issues in Jurisprudence**, 2<sup>a</sup> ed., London: Sweet & Maxwell Limited, 2002
- SIMPÓSIO: Corrective Justice and Formalism: The Care One Owes One's Neighbors, **Iowa Law Review**, vol. 77, n.403, 1992
- SIMPÓSIO Legal Formalism, **Harvard Journal of Law and Public Policy**, vol.16, n.579, 1993
- SMITH, Steven K. *et al.* **Civil Justice Survey of State Courts, 1992: Tort Cases in Large Countries**, Bureau of Justice Statistics, 1995
- STOCCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**, 6<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004
- STONE, Martin. On the Idea of Private Law, **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol. 9, n.2, pp.235-278, july 1996
- \_\_\_\_\_. Formalism, *in* **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford: Oxford University Press, 2002
- TERRA, Ricardo. **Kant & o Direito**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004
- TUNC, André. **La Responsabilité Civile**, Paris : Économica, 1989

WEINRIB, Ernest. Toward a Moral Theory of Negligence Law, **Law and Philosophy**, vol.2, N° 1, 1983

\_\_\_\_\_. The Insurance Justification and Private Law, **The Journal of Legal Studies**, vol.14, n.3, Critical Issues in Tort Law Reform: a search for principles, pp.681-687, dez. 1985

\_\_\_\_\_. Law as a Kantian Idea of Reason, **Columbia Law Review**, vol.87, n.3, pp.472-508, 1987

\_\_\_\_\_. Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law, **The Yale Law Journal**, vol.97, n.6, may 1988

\_\_\_\_\_. Adjudication and Public Values: Fiss's Critique of Corrective Justice, **The University of Toronto Law Journal**, vol.39, n.1, winter 1989a

\_\_\_\_\_. Understanding Tort Law, **Valparaiso University Law Review**, vol.23, n.3, spring 1989b

\_\_\_\_\_. Why Legal Formalism, *in* GEORGE, Robert P., **Natural Law Theory**, Oxford: Clarendon Press, 1992

\_\_\_\_\_. Formalism and Practical Reason, or How to Avoid Seeing Ghosts in the Empty Sepulchre, **Harvard Journal of Law and Public Policy**, vol.16, n.579, pp.683-699, 1993

\_\_\_\_\_. The Gains and Losses of Corrective Justice, **Duke Law Journal**, vol.44, n.2, pp.277-297, nov. 1994

\_\_\_\_\_. **The Idea of Private Law**, Cambridge: Harvard University Press, 1995

\_\_\_\_\_. Legal Formalism, *in* PATTERSON, Dennis (org.). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford: Blackwell Publishing, 1996

\_\_\_\_\_. Corrective Justice in a Nutshell, **The University of Toronto Law Journal**, vol.52, n.4, pp.349-356, autumn 2002

WRIGHT, Richard. Substantive corrective justice, **Iowa Law Review**. Vol. 77, jan. 1992

ZIPURSKY, Benjamin. Philosophy of Private Law, *in* **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, 2002

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to Comparative Law**, 3<sup>a</sup> ed., Oxford: Clarendon, 1998