

*O Problema do Custo Social**

Ronald H. Coase

Ronald H. Coase é Professor de Economia na Universidade de Chicago. Este ensaio foi publicado no *Journal of Law and Economics* (Outubro, 1960).

RESUMO: Antes de Ronald Coase, os economistas consideravam a poluição das águas, do ar e a sonora, por exemplo, como custos sociais causados à sociedade pelo sistema de mercado. Os produtores auferiam lucro ao repassar os seus custos à sociedade como um todo. Economistas acreditavam que somente um aumento de regulação estatal pudesse corrigir essas “falhas de mercado” e, assim, evitar que o capitalismo prejudicasse a sociedade. Coase desafiou a sabedoria convencional ao argumentar que os custos sociais originavam-se da indefinição de direitos de propriedade, não a partir de falhas de mercado. Em um problema de externalidades, a solução tradicionalmente dada era mudar o comportamento do agente que causava um dano a outrem. Após o trabalho de Coase, começou-se a pensar na possibilidade de mudar o comportamento também de quem havia sofrido o dano. Em *The Problem of Social Cost*, Coase demonstrou que a negociação privada poderia resolver problemas sobre os quais se pensava, anteriormente, ser passíveis de solução através apenas da regulação estatal, via esta que Coase relegou, tão-somente, a ambientes em que os custos de transação demonstravam-se impeditivos à barganha. Devido a isso, ao planejar e escolher entre arranjos sociais alternativos, a análise deve recair não só sobre os efeitos marginais, mas, também, sobre o efeito total a ser gerado.

Palavras-chave: Custos de transação, externalidades, direitos de propriedade, bem-estar social.

ABSTRACT: Before Ronald Coase, economists regarded air, water, and noise pollution, for example, as social costs inflicted on society by the market system. Producers were profiting by shifting costs to society in general. Economists believed that only increased government regulation could rectify these “market failures” and prevent capitalism from harming society. Coase undermined the conventional wisdom by arguing that social costs result from the absence of defined property rights, not from the failure of markets. In a externality problem, the traditional solution was to change the behavior of the injurer. After Coase’s article, one also had to consider changing the behavior of the injured. In *The Problem of the Social Cost*, Coase demonstrated that the private bargain could solve problems that economists had heretofore believed were solvable only by government regulation, solution that Coase relegated, just when transaction costs prevented bargain. Due to that, in devising and choosing between social arrangements, the analysis should not only be about the marginal effects, but also should regard for the total effect.

Key-words: Transaction costs, externalities, property rights, welfare.

* Tradução por Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla, bacharéis em Direito na PUC/RS e membros do Grupo de Pesquisa em Direito e Economia da PUC/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Luciano Benetti Timm. Revisão técnica de Antônio José Maristrello Porto (FGV DIREITO RIO) e Marcelo Lennertz (FGV DIREITO RIO).

I. O Problema a Ser Examinado¹

O presente ensaio tem como preocupação investigar as ações das *business firms* que geram efeitos prejudiciais* para terceiros. O exemplo clássico é o da fábrica cuja fumaça gera efeitos prejudiciais aos ocupantes de propriedade vizinhas. A análise econômica de uma situação como essa é desenvolvida, geralmente, com base na divergência entre o produto privado e o social da fábrica, numa abordagem na qual os economistas têm, largamente, seguido a proposta de Pigou em *The Economics of Welfare*. As conclusões a que esse tipo de análise parece ter levado a maioria dos economistas são as de que seria desejável fazer com que o dono da fábrica fosse responsabilizável* pelos prejuízos causados àqueles atingidos pela fumaça ou, alternativamente, estabelecer um tributo a ser pago pelo dono da fábrica, que variasse de acordo com a quantidade de fumaça produzida e fosse equivalente – financeiramente – ao prejuízo causado, ou, ainda, remover a fábrica das áreas residenciais (e, presumivelmente, de outras áreas em que a emissão de fumaça teria efeitos nocivos para terceiros). A posição que sustento é a de que os aludidos cursos de ação são inapropriados, uma vez que conduzem a resultados que não são sempre, ou mesmo geralmente, desejáveis.

II. A Natureza Recíproca do Problema

A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que deve ser feita. A questão é normalmente pensada como uma situação em que **A** inflige um prejuízo a **B**, e na qual o que tem que ser decidido é: como devemos coibir **A**? Mas isso está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar o prejuízo a **B** implicaria causar um prejuízo a **A**. Assim, a verdadeira questão a ser decidida é: **A** deveria ser autorizado a causar prejuízo a **B**, ou deveria **B** ser autorizado a causar um prejuízo a **A**? O problema é evitar o prejuízo mais grave. Em artigo anterior², citei como exemplo o caso de um confeitiro que, em sua atividade, utilizava um maquinário do qual provinham ruído e vibrações que perturbavam o trabalho de um médico. Impedir um prejuízo ao médico significaria infligir um prejuízo ao confeitiro. O problema posto nesse caso era, em essência, se valeria a pena, como resultado da restrição dos métodos de produção dos quais o confeitiro poderia se utilizar, beneficiar a atividade médica ao custo da redução da oferta de produtos de confeitaria. Um outro exemplo pode ser identificado no problema do gado que, ao se desgarrar, destrói a plantação* da propriedade vizinha. Em sendo inevitável que algumas cabeças de gado se desgarrarão e causarão prejuízo à propriedade vizinha, o aumento da oferta de carne somente será obtido mediante o decréscimo da oferta de produtos agrícolas. A natureza da escolha é clara: carne ou produtos agrícolas. A resposta para

¹ O presente ensaio, embora referente a um problema técnico de análise econômica, deriva do estudo da *Political Economy of Broadcasting*, o qual eu estou conduzindo. O argumento do presente artigo estava implícito em um artigo anterior, no qual versava sobre o problema da alocação das frequências de rádio e televisão. ("The Federal Communications Commission," *J. Law and Econ.*, II (1959), contudo, os comentários que recebi parecem sugerir que seria mais proveitoso tratar da questão de forma mais explícita e sem fazer referência ao problema original para cuja solução foi desenvolvida análise.

* N.T.: Optou-se por traduzir o termo "*harm*" como "prejuízo". O termo "dano" só será utilizado para se referir a males, prejuízos, incômodos etc. judicializáveis, isto é, que importem na responsabilização judicial do agente que lhes deu causa. Justamente por isso, em alguns trechos, optou-se por traduzir o termo "*damage*" por "estragos" ou "prejuízos" e não por "dano".

* N.T.: Optou-se por traduzir o termo "*liable*" como "responsabilizável", isto é, como alguém que seja passível de figurar como réu numa ação judicial.

² Coase, R. *The Federal Communications Commission*. *Journal of Law & Economics*, pp. 26-27, outubro 1959.

* N.T.: O termo "*crops*" é utilizado em inglês indistintamente para fazer referência tanto a produtos agrícolas, quanto a plantação, colheita, safra etc.. Optou-se, pois, por traduzi-lo pelo sinônimo em português que melhor se adapte ao contexto no qual o termo foi originariamente empregado pelo autor.

tal dilema, no entanto, não é clara. A menos que saibamos o valor do que é obtido, bem como o valor daquilo que é sacrificado para obtê-lo. Para dar outro exemplo, o Professor George J. Stigler se refere ao caso de contaminação de um córrego ³. Assumindo-se que o efeito prejudicial da poluição é a mortandade de peixes, a questão a ser decidida é: o valor dos peixes mortos é maior ou menor do que o valor do produto resultante da atividade contaminadora do córrego. É praticamente desnecessário dizer esse problema tem que ser analisado na totalidade e na margem.

III. O Sistema de Determinação de Preços com Responsabilização pelos Prejuízos

Proponho iniciar a minha análise examinando um caso no qual a maioria dos economistas iria, presumivelmente, concordar que o problema poderia ser resolvido de uma maneira plenamente satisfatória: quando a atividade nociva tem de pagar por todo o dano causado e o sistema de determinação de preços funciona perfeitamente (*smoothly*)(em um sentido estrito, isso significa que a operação de um sistema de preços ocorre sem custos).

Um bom exemplo do problema sob discussão é fornecido pelo caso do gado que, ao se desgarrar, destrói a plantação cultivada no terreno vizinho. Suponhamos que o agricultor e o pecuarista estejam desempenhando suas atividades em propriedades adjacentes. Suponhamos, também, que, inexistindo qualquer tipo de cerca entre as propriedades, um aumento no rebanho do pecuarista eleva o total de estragos causado à plantação do agricultor. O que acontece ao prejuízo marginal à medida que o gado aumenta é um outro problema. Isso depende de se os bois tendem a vaguar em fila, um seguido do outro, ou um ao lado do outro, ou se tendem a ser mais ou menos agitados conforme aumenta o rebanho, ou, ainda, de outros fatores semelhantes. Para meu objetivo imediato, é irrelevante saber que premissa é assumida sobre os efeitos do aumento do rebanho sobre o prejuízo marginal.

Para simplificar o argumento, proponho que se utilize um exemplo aritmético. Assumo que o custo anual para cercar a propriedade do agricultor é de \$9 e que o preço do produto agrícola por ele cultivado é de \$1 por tonelada. Além disso, assumo que a relação entre o número de cabeças de gado no rebanho e a perda anual do produto agrícola é a seguinte:

<i>Tamanho do rebanho (em número de bois)</i>	<i>Perda anual de produtos agrícolas (em toneladas)</i>	<i>Perda de produtos agrícolas a cada boi adicionado (em toneladas)</i>
1	1	1
2	3	2
3	6	3
4	10	4

³ G. J. Stigler, *The Theory of Price*, p. 105 (1952).

Dado que o criador de gado é responsabilizável pelos estragos causados pelos bois, o custo anual adicional que lhe é imposto caso ele aumente o seu rebanho de, por exemplo, dois para três bois é de \$3, o que será levado em conta por ele, juntamente com outros custos, ao decidir o tamanho do rebanho. Vale dizer: ele não aumentará o tamanho do rebanho a não ser que o valor da carne adicional produzida (admitindo-se que o pecuarista faça o abate do boi) seja maior do que os custos adicionais que o aumento no número de bois acarretará, incluindo-se nesse cálculo o valor dos produtos agrícolas destruídos na plantação. Por óbvio, se, com a utilização de cachorros, vaqueiros, aviões, rádios e outros meios o estrago pode ser reduzido, tais medidas serão adotadas quando os seus custos forem menores do que o valor dos produtos agrícolas a que visam preservar. Sendo o custo anual para cercar a área plantada de \$9, o criador de gado que desejasse ter quatro bois ou mais no rebanho pagaria pela instalação e manutenção da cerca, levando-se em conta que não haveria outros meios mais baratos para se chegar ao mesmo resultado. Quando a cerca está erguida, o custo marginal, em razão da responsabilização pelos estragos, torna-se zero. A não ser que o aumento do rebanho crie a necessidade de uma cerca mais fortalecida e, via de conseqüência, mais cara, em razão do fato de que, com mais bois, mais pressão poderia ser feita sobre ela ao mesmo tempo. Mas, é claro, pode ser mais barato para o criador de gado não construir a cerca e pagar pelos danos causados aos produtos agrícolas, se, de acordo com o meu exemplo aritmético, mantiver três ou menos bois no rebanho.

Poder-se-ia pensar que o fato de que o criador do gado teria que arcar com os custos dos estragos causados pelos bois à plantação levaria o agricultor a aumentar a área plantada de seu terreno caso um pecuarista viesse a ocupar uma propriedade vizinha à sua. Mas, não é esse o caso. Se os produtos agrícolas fossem vendidos em condições de concorrência perfeita, o custo marginal seria igual ao preço da quantidade de área plantada e, portanto, qualquer expansão nesta área teria reduzido os lucros do agricultor. Na nova situação, a existência de dano à plantação significaria que o agricultor venderia menos produtos agrícolas no mercado aberto. Entretanto, os seus ganhos permaneceriam os mesmos, uma vez que o criador de gado pagaria o preço de mercado dos produtos para qualquer área plantada danificada. Logicamente, se a destruição da plantação fosse inerente à atividade de criar gado, o surgimento de uma indústria pecuarista elevaria o preço das colheitas envolvidas e, por conseguinte, os agricultores estenderiam a área plantada. Porém, desejo concentrar minha atenção no agricultor individual.

Afirmo que a ocupação de uma propriedade vizinha, por um criador de gado, não causaria o aumento da quantidade produzida, ou, talvez, mais exatamente, da quantidade de área plantada pelo agricultor. De fato, se a atividade pecuarista tem algum efeito, este é a diminuição da quantidade de área plantada. A razão para isso é que, para qualquer área de terra, se o valor da plantação danificada for tão grande que os ganhos advenientes da venda da colheita não-danificada forem menores do que o custo total do cultivo daquela área de terra, será mais lucrativo, ao produtor e ao pecuarista, fazer uma barganha, a qual tenha por resultado o não-cultivo da referida área de terra. Isso pode ser esclarecido por meio de um exemplo aritmético. Suponha, inicialmente, que o valor da colheita obtido do cultivo de uma dada área de terra seja \$12 e que o custo para cultivar essa mesma área seja de \$10, sendo o ganho líquido adquirido com o cultivo de \$2. Assumo, para simplificar, que o agricultor é o proprietário da terra em que planta. Agora, assumo que o pecuarista comece sua atividade em uma propriedade vizinha e que o valor dos produtos agrícolas destruídos seja de \$1. Nesse caso, \$11 são obtidos pelo agricultor com a venda no mercado e \$1 é proveniente do criador de gado, em razão do dano que causou, e o valor total produzido continua sendo \$2.

Agora, suponha que o criador de gado ache lucrativo aumentar o tamanho do rebanho, ainda que o montante de dano aumente para \$3; o que significa que o valor gerado pela produção adicional de carne é maior do que o custo adicional por ela gerado, incluindo-se o pagamento adicional de \$2 pelos danos causados. Mas o total do pagamento a ser feito, agora, elevou-se para \$3. O ganho líquido do agricultor por cultivar sua terra permanece \$2. O criador de gado estaria em uma posição melhor caso o agricultor concordasse em não cultivar sua terra por qualquer ganho líquido inferior a \$3. O agricultor estaria disposto a firmar um acordo no sentido de deixar a terra não-cultivada por qualquer pagamento acima de \$2. Há, claramente, espaço para uma barganha mutuamente satisfatória, o que levaria ao abandono do cultivo da terra⁴. Contudo, o mesmo argumento serve não apenas ao total de terra cultivada pelo agricultor, mas, também, a qualquer subdivisão da mesma. Suponha, por exemplo, que o gado tenha uma rota bem definida, vale dizer, em direção a um riacho ou a uma área de sombra. Nessas circunstâncias, o dano causado à safra, ao longo da rota definida, pode ser grande e, em assim sendo, o agricultor e o pecuarista poderiam achar lucrativo fazer uma barganha que tenha como resultado a concordância do agricultor em não cultivar a referida faixa de terra.

Mas isso faz surgir uma outra possibilidade. Suponha que exista uma rota bem definida. Suponha, ainda, que o valor da colheita que seria obtido pelo cultivo da área de terra correspondente à rota seja \$10, mas o custo para cultivá-la é de \$11. Na ausência do pecuarista, tal faixa de terra não seria cultivada. No entanto, dada a presença do criador de gado, ter-se-ia que, sendo tal faixa de terra cultivada, a totalidade da plantação resultaria destruída pelo gado. Nesse caso, o pecuarista seria forçado a pagar \$10 ao agricultor. É verdade que este ainda perderia \$1. Mas o criador de gado perderia \$10. Resta claro que tal situação não duraria indefinidamente, uma vez que nenhuma das partes gostaria que isso ocorresse. O objetivo do agricultor seria o de induzir o pecuarista a lhe pagar em troca do não-cultivo da terra. O agricultor não conseguiria receber um valor superior ao custo de cercar esse pedaço de terra, nem um valor tão alto a ponto de levar o criador de gado a abandonar o uso da terra vizinha. O montante a ser pago, na prática, dependeria da perspicácia do agricultor e do pecuarista como negociadores em uma barganha. Mas, já que o pagamento não seria tão elevado a ponto de levar o pecuarista a abandonar a localidade vizinha, e como não variaria com o tamanho do rebanho, tal acordo não afetaria a alocação de recursos, mas, simplesmente, alteraria a distribuição de renda e riqueza entre o criador de gado e o agricultor.

Parece claro, a meu ver, que, se o criador de gado for responsabilizável pelo prejuízo causado e o sistema de determinação de preços funcionar perfeitamente, a redução no valor da produção em outros lugares será levada em consideração no cálculo do custo adicional que envolve o aumento do tamanho do rebanho. Esse custo será contrabalançado com o valor da produção adicional de carne e, assumindo como dada a condição de concorrência perfeita na indústria da pecuária, a alocação dos recursos na criação do gado será ótima. O que tem que ser enfatizado é que a queda no valor da produção em outros lugares, que seria levada em conta nos custos do

⁴ O argumento, no texto, foi desenvolvido a partir da suposição de que a alternativa ao cultivo da terra seria o abandono total dessa atividade. Mas, não precisa ser assim. Pode haver grãos que sejam menos suscetíveis a danos causados pelo gado, mas menos lucrativos do que os grãos cultivados sem que ocorresse qualquer dano. Assim, se o cultivo de um novo tipo de grão desse um retorno ao agricultor de \$1, em vez de \$2, e o tamanho do rebanho que causaria danos de \$3 aos antigos grãos, causaria aos novos apenas \$1, seria lucrativo para o criador de gado pagar qualquer quantia inferior a \$2, a fim de induzir o fazendeiro a modificar seus grãos (uma vez que isso reduziria a responsabilidade pelos danos de \$3 para \$1), e seria lucrativa para o agricultor assim proceder se a quantia por ele recebida superasse \$1 (a redução em seu retorno por causa da mudança de grãos). De fato, haveria espaço para uma barganha mutuamente satisfatória, em todos os casos nos quais a mudança de grãos reduziria mais o montante de danos do que o reduziria o valor dos grãos (excluindo-se os danos) – isto é, em todos os casos em que a mudança nos grãos cultivados levaria ao aumento no valor da produção.

criador de gado, pode ser menor do que o dano que o gado causaria à colheita no curso normal dos acontecimentos. Isso porque é possível, como resultado das transações no mercado, interromper o cultivo da terra. O que é desejável em todos os casos nos quais o dano que o gado causaria – e que o pecuarista estaria disposto a pagar – superasse a quantia que o agricultor pagaria pelo uso da terra. Em condições de concorrência perfeita, o montante que o agricultor pagaria para o uso da terra é igual à diferença entre o valor da produção total, quando os fatores de produção estão empregados na área plantada, e o valor do produto adicional resultante da próxima melhor utilidade da terra (o que seria o quanto o agricultor teria de pagar pelos fatores de produção). Se os danos excederem o montante que o agricultor pagaria pelo uso da terra, o valor do produto adicional dos fatores de produção empregados em outros lugares excederia o valor do produto total do uso atual, após os danos terem sido contabilizados. Disso advém que seria desejável abandonar o cultivo da terra e liberar os fatores de produção empregados para a produção em outros lugares. Uma atividade que fosse meramente suficiente para o pagamento de danos causado pelo gado à colheita, mas que não tornasse possível fazer com que o cultivo fosse interrompido, resultaria num emprego muito pequeno de fatores de produção na pecuária e muito grande no cultivo da plantação. Porém, dada a possibilidade de transações de mercado, uma situação na qual os danos à safra excedessem a renda gerada pela terra não perduraria. Se o criador de gado pagasse ao fazendeiro para que este deixasse a terra não-cultivada, ou ele mesmo arrendasse a terra pagando ao seu proprietário um valor ligeiramente superior ao que o agricultor pagaria (supondo que o agricultor fosse um arrendatário da terra), o resultado final seria o mesmo e maximizaria o valor da produção. Mesmo se o agricultor for induzido a cultivar plantações que não sejam lucrativas para a venda no mercado, isto será simplesmente um fenômeno de curta duração, de modo que se pode esperar que tal situação levará a um acordo que cessará a atividade de cultivo da terra. O criador de gado permanecerá nessa localidade e o custo marginal da produção de carne permanecerá o mesmo que na situação anterior, não tendo, portanto, nenhum efeito de longo prazo na alocação de recursos.

IV. O Sistema de Determinação de Preços Sem Responsabilidade pelos Prejuízos

Passo agora a analisar o caso no qual, em que pese a suposição de que o sistema de determinação de preços funcione perfeitamente (i.e., sem custos), a atividade de negócios não é responsabilizável por qualquer prejuízo que venha a causar. Essa atividade não tem que indenizar aqueles que sofreram prejuízos causados pelo seu funcionamento. Proponho demonstrar que, nesse caso, a alocação de recursos será a mesma do caso anterior, em que a atividade de negócios era responsabilizável pelos prejuízos que causava. Como, no caso anterior, já demonstrei que a alocação de recursos era ótima, não será necessário repetir esta parte do argumento.

Retorno ao caso do agricultor e do criador de gado. Os prejuízos causados ao agricultor seriam maiores quanto maior fosse o tamanho do rebanho. Suponha que o tamanho do rebanho do pecuarista seja de três bois (e esse seria o tamanho do rebanho que se manteria caso o estrago à plantação não fosse levado em consideração). Então, o agricultor estaria propenso a pagar até \$3, se o pecuarista reduzisse o seu rebanho para dois bois, até \$5, caso o rebanho fosse reduzido para um boi, e até \$6, na hipótese de abandono da atividade pecuária. O criador de gado receberia, assim, \$3 do agricultor se mantivesse dois bois em vez de três. Estes \$3 seriam parte do custo incorrido na manutenção do terceiro boi. De todo modo, sejam estes \$3 o pagamento que o criador de gado deve fazer para adicionar o terceiro boi ao seu rebanho (o que ocorreria caso ele fosse responsabilizável pelo estrago causado à plantação), ou sejam a quantia que receberia caso não mantivesse o terceiro boi (na hipótese de não ser o pecuarista

responsabilizável pelo estrago causado à plantação) o resultado final não seria afetado. Em ambos os casos, \$3 é parte do custo de adição do terceiro boi, a ser somado com os demais custos. Caso o aumento no valor da produção da atividade pecuária por meio do aumento do tamanho do rebanho, passando de dois bois para três, for maior do que os custos adicionais inerentes a essa operação (incluindo os \$3 referentes aos estragos à plantação), o tamanho do rebanho será aumentado. Caso contrário, não o será. O tamanho do rebanho será o mesmo se o criador de gado for ou não responsabilizável pelos estragos causados à plantação.

Pode-se argumentar que a suposição inicial – um rebanho com três bois – foi arbitrária. E isso é verdade. Mas o agricultor não se disporia a pagar para que fosse evitada a destruição de sua plantação se o pecuarista não fosse capaz de causá-la. Por exemplo, a quantia anual máxima que o agricultor poderia ser estimulado a pagar não poderia exceder os \$9 – o custo anual para cercar a sua propriedade. E o agricultor apenas estaria disposto a pagar essa quantia caso isso não reduzisse os seus ganhos a ponto de levá-lo a abandonar o cultivo das terras em questão. Além disso, o agricultor apenas se disporia a pagar tal quantia se acreditasse que, se não o fizesse, o tamanho do rebanho mantido pelo criador de gado seria de quatro ou mais bois.

Vamos assumir que seja esse o caso. Então, o agricultor estaria propenso a pagar até \$3 se o pecuarista reduzisse o seu rebanho para três bois, até \$6, se o rebanho fosse reduzido a dois bois, até \$8, se apenas um boi fosse mantido, e até \$9, na hipótese de abandono da atividade. Deve-se notar que a mudança da suposição inicial não alteraria a quantia que caberia ao criador de gado, caso reduzisse o tamanho de seu rebanho para qualquer quantidade dada. Continua sendo verdadeira a afirmação de que o criador de gado poderia receber \$3 adicionais do agricultor, caso concordasse em reduzir o rebanho de três para dois bois, e esses \$3 representam o valor da plantação que seria destruída pela adição do terceiro boi ao rebanho. Embora uma opinião diferente por parte do agricultor (justificada ou não) acerca do tamanho do rebanho que o criador de gado manteria na ausência de seus pagamentos pudesse afetar a quantidade total a que seria induzido a pagar, não é verdade que tal opinião teria qualquer efeito sobre o tamanho do rebanho que o pecuarista irá verdadeiramente manter. O tamanho do rebanho será o mesmo que seria caso o criador de gado tivesse de pagar pelo estrago causado por seus bois, uma vez que a abdicação do recebimento de uma dada quantia equivale ao pagamento dessa mesma quantia.

Poder-se-ia pensar que, para o criador de gado, valeria a pena, após concluída a negociação com o agricultor, aumentar seu rebanho acima do tamanho que ele desejaria manter, a fim de induzir o agricultor a realizar um pagamento total maior. E isso pode ser verdade. Tal situação é similar, em essência, à ação do agricultor (quando o criador de gado é responsabilizável pelos prejuízos causados) em cultivar terras nas quais, por força de um acordo com o criador de gado, o plantio seria posteriormente abandonado (incluindo porções de terra que não seriam cultivadas de nenhuma forma na ausência da criação de gado). Mas tais manobras são preliminares a um acordo e não afetam o equilíbrio no longo prazo, que é o mesmo sendo ou não o criador de gado responsabilizável pelos estragos à plantação ocasionados por seu gado.

É necessário saber se a atividade nociva é ou não responsabilizável pelos prejuízos que causa, uma vez que, sem o estabelecimento dessa delimitação inicial de direitos, não poderá haver transações no mercado para transferência ou recombinação desses direitos. No entanto, o resultado final (que maximiza o valor da produção) independe do posicionamento legal, desde que se assuma que o sistema de determinação de preços funcione sem custos.

V. O Problema Ilustrado de uma Nova Forma

Os efeitos prejudiciais provocados pelas atividades de um negócio podem assumir uma ampla variedade de formas. Um antigo caso inglês envolvia um edifício que, ao obstruir correntes de ar, impedia o funcionamento de um moinho⁵. Um caso recente na Flórida dizia respeito a um edifício que criava sombra nas cabanas, piscina e áreas de banho de sol de um hotel vizinho⁶. O problema do gado desgarrado e o estrago ocasionado às plantações, objeto de exame detalhado dos dois capítulos anteriores, apesar de aparentar ser um caso especial, é, na verdade, apenas um exemplo de um problema que se apresenta de diversas maneiras. Para esclarecer a natureza de meu argumento e para demonstrar sua aplicabilidade geral, proponho ilustrá-lo de forma diferente, relacionando-o com quatro casos reais.

Vamos reconsiderar, primeiramente, o caso *Sturges v. Bridgman*⁷, que utilizei como ilustração do problema geral no meu artigo sobre a “*Federal Communications Commission*”. Neste caso, um confeitiro (na Rua Wigmore) usava dois almofarizes e pilões para a realização do seu trabalho (um estava em operação na mesma posição por mais de 60 anos e o outro por mais de 26 anos). Um médico, então, veio a ocupar instalações vizinhas (na Rua Wimpole). O maquinário do confeitiro não causava mal ao médico, até que, oito anos depois de ter ocupado pela primeira vez suas instalações, ele construiu uma sala para consultas no final do seu jardim, colada à cozinha do confeitiro. Foi então que se descobriu que o ruído e a vibração causados pelo maquinário do confeitiro criavam dificuldades para que o médico utilizasse sua nova sala de consultas. “Particularmente...o barulho impedia que ele examinasse seus pacientes com doenças no peito por auscultação⁸. Ele também se viu impossibilitado de envolver-se, com efeito, em qualquer atividade que requeresse atenção e raciocínio”. O médico, portanto, ajuizou uma ação para forçar o confeitiro a parar de usar seu maquinário. O julgador teve pouca dificuldade em garantir ao médico a ordem judicial que ele buscava. “Casos individuais de sofrimento podem ocorrer na estrita realização do princípio com base no qual fundamentamos nosso julgamento, mas a negação do princípio levaria a um maior sofrimento individual, e produziria, ao mesmo tempo, um efeito prejudicial para o desenvolvimento de áreas com fins residenciais”.

A decisão do tribunal estabeleceu que o médico tinha o direito de impedir que o confeitiro usasse seu maquinário. Mas, é claro, teria sido possível modificar a solução vislumbrada pela decisão judicial por meio de uma **barganha** entre as partes. **O médico estaria disposto a renunciar ao seu direito e permitir que o maquinário continuasse em funcionamento se o confeitiro lhe pagasse uma soma de dinheiro que fosse maior que a perda de renda que ele sofreria por ter que se mudar para um local mais caro ou menos conveniente, ou por ter que restringir suas atividades naquele local, ou, como foi sugerido como possibilidade, por ter que construir uma outra parede que abafaria o ruído e a vibração.** O confeitiro estaria disposto a fazer isto se a quantia que ele tivesse que pagar ao médico fosse menor que a queda na renda que ele sofreria se tivesse que mudar seu modo de operação naquele local, encerrar seu funcionamento ou mudar sua confeitaria para outra localidade. A solução do problema depende, essencialmente, de se saber se o uso contínuo do maquinário acrescenta mais à renda do confeitiro do que diminui da renda do médico⁹. Porém, considere agora a situação se o

⁵ Ver Gale em “Easements” 237-39 (13^a ed. M. Bowles 1959).

⁶ Ver *Fontainebleu Hotel Corp. v. Forty-Five Twenty-Five, Inc.*, 114 So. 2d 357 (1959).

⁷ 11 Ch. D. 852 (1879).

⁸ Auscultação é o ato de ouvir por ouvido ou estetoscópio a fim de, pelo som, avaliar as condições do corpo.

⁹ Perceba que o que está sendo levado em conta é a mudança na renda após permitirem-se alterações nos métodos de produção, localização, características do produto, etc.

vencedor do caso tivesse sido o confeitiro. O confeitiro, então, teria obtido o direito de continuar usando maquinário ruidoso e gerador de vibração sem ter que pagar qualquer coisa ao médico. A situação se inverteria: o médico teria que pagar ao confeitiro para dissuadi-lo a parar de usar o maquinário. Se a renda do médico tivesse caído mais com a continuidade do uso do maquinário do que o montante acrescentado à renda do confeitiro, haveria, claramente, espaço para uma barganha na qual o médico pagaria ao confeitiro para que parasse de usar seu maquinário.

Ou seja, as circunstâncias nas quais não valeria a pena ao confeitiro continuar usando o maquinário e compensar o médico pelas perdas que isto acarretaria (se o médico tivesse o direito de impedir o uso do maquinário pelo confeitiro) seriam aquelas nas quais o médico teria interesse em fazer o pagamento ao confeitiro e, assim, persuadi-lo a não continuar com o uso do maquinário (se o confeitiro tivesse o direito de usar o maquinário). As condições básicas neste caso são exatamente as mesmas do exemplo do gado que destruía plantações. **Com transações de mercado sem custos, as decisões dos tribunais a respeito da responsabilização pelos prejuízos não teriam efeito na alocação dos recursos.** É claro que a visão dos juízes era a de que eles estavam afetando o funcionamento do sistema econômico – e numa direção desejável. Qualquer outra decisão teria tido “um efeito prejudicial no desenvolvimento de áreas para fins residenciais”, um argumento que foi elaborado ao se examinar o exemplo de uma fundição operando em uma área de terra estéril que, posteriormente, foi desenvolvida para outros propósitos. A visão dos juízes de que estavam estabelecendo como as terras deveriam ser usadas somente seria verdade no caso no qual os custos de transação para se realizar uma operação no mercado excedessem o ganho que poderia ser alcançado por qualquer realocação de direitos. E seria desejável preservar as áreas (Rua Wimpole ou a área de terra estéril) para uso residencial ou profissional (ao dar a usuários não-industriais o direito de, por ordem judicial, fazer cessar os ruído, vibrações, a fumaça, etc.) apenas se o valor obtido das instalações residenciais adicionais fosse maior que o valor das perdas relativas a bolos e ferro. Mas isto os juízes parecem desconhecer.

Outro exemplo do mesmo problema é proporcionado pelo caso *Coke v. Forbes*¹⁰. Um dos processos na tecelagem de tapetes de fibra de cacau era imergi-lo num líquido alvejante e, depois, pendurá-lo para secagem. Vapores de um produtor de sulfato de amônia tinham o efeito de transformar a cor brilhosa do tapete numa cor escurecida e fosca. A razão para isto era que o líquido alvejante continha cloreto de estanho, o qual, quando afetado por hidrogênio sulfuroso, se torna de coloração escura. Uma ação foi ajuizada para impedir a manufatura de emitir tais vapores. Os advogados do réu argumentaram que, se o autor “não usasse...um líquido alvejante específico, as fibras não seriam afetadas; que seu método de produção é atípico, contrário ao costume do comércio, e até prejudicial aos seus próprios tecidos”. O juiz explanou: “...parece-me claro que uma pessoa tem o direito de, na sua propriedade, realizar um processo de manufatura em que se usa cloreto de estanho, ou qualquer tipo de corante metálico, e que seu vizinho não tem a liberdade para inundar o ambiente com gás que vai interferir na sua manufatura. Se isto pode ser imputado ao seu vizinho, então, compreendo eu, claramente ele terá o direito de vir aqui e pedir ajuda”. Mas, diante do fato de que o dano foi acidental e ocasional, que precauções foram tomadas e que não havia risco excepcional, a ordem judicial não foi concedida, deixando ao autor a possibilidade de ajuizar uma ação pelos danos por ele sofridos, caso desejasse. Os desdobramentos subseqüentes deste caso eu desconheço. Porém, parece claro que a situação é, essencialmente, a mesma encontrada em *Sturges v. Bridgman*, exceto que o produtor do tapete de fibra de cacau não pôde ter assegurada a ordem judicial que pretendia, mas poderia buscar reparação pelos danos causados pelo produtor de sulfato de

¹⁰ L. R. 5 Eq. 166 (1867-1868).

amônia. A análise econômica da situação é exatamente a mesma que a do gado que destrói as plantações. Para evitar o dano, o produtor de sulfato de amônia poderia aumentar suas medidas de precaução ou se mudar para outro local. Qualquer das hipóteses, presumivelmente, aumentaria seus custos. Alternativamente, ele poderia pagar pelos danos. Ele faria isto se o valor pago pelos danos ocasionados fosse menor que os custos adicionais nos quais teria que incorrer para evitar tais danos. Os pagamentos pelos danos ocasionados tornar-se-iam parte do custo de produção do sulfato de amônia. É claro, contudo, que se, como foi sugerido no referido processo judicial, a quantidade de perda pudesse ser eliminada pela mudança no agente alvejante (o que, presumivelmente, aumentaria os custos do produtor de tapetes), e se o custo adicional fosse menor que os danos que de outra maneira ocorreriam, seria possível aos dois produtores fazer uma **barganha satisfatória** para ambos, através da qual o novo agente alvejante fosse usado. Tivesse o tribunal decidido contrariamente ao produtor de tapetes – e, como consequência disso, ele tivesse que sofrer os prejuízos sem compensação – a alocação de recursos não seria afetada. Valeria a pena ao produtor de tapetes mudar seu agente alvejante se os custos adicionais envolvidos fossem menores que a redução dos estragos causados em seu produto. E como o produtor de tapetes estaria disposto a pagar ao produtor de sulfato de amônia uma quantia até o valor da perda de sua renda (o aumento nos custos ou os prejuízos sofridos) se ele cessasse suas atividades, esta diminuição de renda permaneceria como um custo de produção para o produtor de sulfato de amônia. De fato, este caso é, analiticamente, exatamente o mesmo que o do exemplo do gado.

Em *Bryant v. Lefever*¹¹ o problema do dano causado pela fumaça foi colocado de uma nova forma. O autor e os réus eram ocupantes de casas adjacentes, as quais eram praticamente da mesma altura.

Antes de 1876 o autor podia acender uma lareira em qualquer quarto de sua casa sem que isso produzisse fumaça; as duas casas permaneceram nas mesmas condições por uns trinta ou quarenta anos. Em 1876 os réus demoliram sua casa e começaram a reconstruí-la. Eles construíram uma parede ao lado da chaminé do autor, muito maior que sua altura original, e empilharam madeira no telhado de sua casa, e, como consequência, a chaminé do autor passou a produzir fumaça (para dentro da casa) toda vez que ele acendia a lareira.

A razão pela qual a chaminé produzia fumaça era, obviamente, que a construção da parede e o empilhamento de madeira no telhado impossibilitavam a livre circulação de ar. Num julgamento diante de um júri, o autor foi compensado por danos no valor de £40 (quarenta libras). O caso, então, foi para a Corte de Apelações, onde a decisão foi revertida. Bramwell, L. J., argumentou:

...foi dito, e o júri achou, que os acusados fizeram o que ocasionou o dano à casa do autor. Acharmos que não há evidência disto. Sem dúvida, há um incômodo, mas não é causado pelos réus. Eles não fizeram nada para ocasionar tal incômodo. A sua casa e sua madeira são inofensivas. É o autor que causa o incômodo ao acender uma lareira com carvão num lugar no qual a chaminé está localizada tão perto da parede dos réus, que a fumaça não escapa, mas fica dentro da casa. Que o autor pare de acender sua lareira, ou que mova sua chaminé, ou que ele a aumente, e não haverá mais incômodo. Quem, então, causa o incômodo? Estaria muito claro que o autor causou tal incômodo se ele tivesse construído sua casa ou chaminé depois que os réus tivessem empilhado a madeira no telhado de sua casa, e, na realidade, a situação é a mesma apesar dele ter feito isto antes da estrutura estar lá. Mas (o que na verdade é a mesma resposta), se os réus causam o incômodo, eles têm um direito de assim o fazer. Se o autor não tem direito à passagem de ar, exceto sujeito ao direito dos réus de construírem ou de colocarem madeira em sua casa, então o seu direito está sujeito ao direito deles, e apesar de um incômodo surgir com o exercício do direito deles, eles não são responsabilizáveis pelo mesmo.

¹¹ 4 C.P.D. 172 (1878-1879).

E Cotton, L. J., disse:

Aqui se entendeu que a construção da parede pelos réus tem interferido sensivelmente e materialmente no conforto da existência humana na casa do autor, e se tem dito que isso é um incômodo pelo qual os réus são responsabilizáveis. Ordinariamente, esta é a regra, mas os réus fizeram isso não ao mandar fumaça ou vapores nocivos para a propriedade do autor, mas ao interromper a circulação de fumaça da casa do mesmo de um tal modo...que o autor não tem direito. O autor produz a fumaça que interfere no seu conforto. A menos que ele tenha...um direito de se livrar dela de um modo específico e venha sendo impedido por intervenção dos acusados, ele não pode processar os réus, porque a fumaça produzida por ele mesmo e para a qual ele não criou qualquer meio efetivo capaz de fazê-la escapar adequadamente, o causa aborrecimento. É como se um homem quisesse se livrar de um líquido contaminado que tem origem em seu terreno por um ralo no terreno do vizinho. Até que um direito seja adquirido pelo usuário do ralo, o vizinho pode fechá-lo sem incorrer em responsabilidade por isto. Não há dúvidas que um grande inconveniente seria causado ao dono da propriedade da qual se origina o líquido contaminado. Mas o ato de seu vizinho seria um ato válido de acordo com as leis, e ele não seria responsabilizável pelas conseqüências que poderiam ser atribuídas ao fato de que o homem estaria acumulando líquido contaminado sem cuidar de um meio efetivo para se livrar dele.

Não proponho mostrar que qualquer modificação subsequente da situação, resultado de barganha entre as partes (condicionada pelo custo de armazenamento da madeira em outro lugar, pelo custo de estender a chaminé mais alta, etc.), teria exatamente o mesmo resultado qualquer que fosse a decisão tomada pelos tribunais, haja vista que este ponto já foi abordado adequadamente no exame do exemplo do gado e nos dois casos anteriores. O que irei examinar é o argumento dos juízes da Corte de Apelações de que o incômodo pela fumaça não foi causado pelo homem que ergueu a parede, mas por aquele que acendeu a lareira. A novidade nesta situação é que o incômodo ocasionado pela fumaça é sofrido pelo homem que acende a lareira e não por uma terceira pessoa. A questão não é trivial, na medida em que se encontra no centro do problema em análise. Quem causou o distúrbio pela fumaça? A resposta parece suficientemente clara. O distúrbio pela fumaça é causado por ambos: pelo homem que construiu a parede e pelo homem que acendeu a lareira. Dada a existência da lareira, não haveria o incômodo sem a presença da parede; dada a existência da parede, não haveria incômodo sem a lareira. Eliminada a parede ou a lareira, o incômodo pela fumaça desapareceria. Conforme o princípio marginal, resta claro que *ambos* são responsáveis e *ambos* deveriam ser forçados a incluir a perda de conforto devido à fumaça como custo ao se decidir acerca da continuidade ou não da atividade que gera a fumaça. E, dada a possibilidade de transações de mercado, isto é o que de fato ocorreria. Apesar do construtor da parede não ter sido responsabilizável juridicamente pelo incômodo, como o homem da chaminé produtora de fumaça estaria presumivelmente disposto a pagar uma quantia que fosse, para ele, igual ao valor monetário de eliminar a fumaça, esta quantia tornar-se-ia, então, para o construtor da parede, um custo para continuar tendo uma parede alta com madeira empilhada no teto.

A alegação dos juízes de que foi o homem que acendeu a lareira quem, sozinho, causou o incômodo pela fumaça é verdade apenas se considerarmos a parede como um fator dado. Isto é o que os juízes fizeram ao decidir que o homem que ergueu a parede mais alta tinha o direito de assim fazer. O caso seria ainda mais interessante se a fumaça da chaminé tivesse prejudicado a madeira empilhada. Aí quem estaria sofrendo o incômodo seria o construtor da parede. O caso, então, ficaria bem similar a *Sturges v. Bridgman* e haveria poucas dúvidas de que o homem que acendeu a lareira seria responsabilizável pelos estragos à madeira, apesar do fato de que nenhum estrago havia ocorrido até que uma parede mais alta fosse construída pelo dono da madeira.

Juízes devem decidir sobre a responsabilização jurídica, mas isto não deve confundir economistas sobre a natureza do problema econômico envolvido. No caso do gado e da plantação, é verdade que não haveria plantação destruída sem o gado. Mas é igualmente verdade que não haveria estragos na plantação se não houvesse plantação. O trabalho do médico não seria atrapalhado se o confeitiro não tivesse operado seu maquinário; porém o maquinário não perturbaria ninguém se o médico não tivesse colocado seu consultório naquele local específico. O tapete era escurecido pelos vapores do produtor de sulfato de amônia; mas nenhum estrago teria ocorrido se o fabricante de tapetes não tivesse pendurado seus tapetes naquele lugar específico e utilizado um agente alvejante também específico. **Se formos discutir o problema do ponto de vista de sua causa, é certo afirmar que ambas as partes causaram o dano. Se formos nos ater numa alocação ótima de recursos, é desejável, portanto, que ambas as partes devam levar o efeito prejudicial (o incômodo) em consideração ao decidir como agir.** Uma das belezas de um sistema de determinação de preços que opera perfeitamente é – como já foi explicado – que a queda no valor de produção devido a um efeito prejudicial tornar-se-ia um custo para ambas as partes.

*Bass v. Gregory*¹² servirá como uma excelente ilustração final do problema. Os autores eram o proprietário e o inquilino de um bar chamado *Jolly Anglers*. O réu era o proprietário de alguns chalés e um jardim contíguos ao *Jolly Anglers*. Embaixo do bar, havia um porão escavado na rocha. Do porão, um buraco ou fossa havia sido esculpido até um antigo poço no jardim do réu. O poço tornou-se, assim, o duto de ventilação para o porão. O porão “era usado para um propósito específico no processo de fermentação para produção de cerveja, o qual, sem ventilação, não poderia ocorrer”. A causa da ação foi que o réu removeu uma grade da boca do poço, “de modo a parar ou impedir a livre passagem de ar para o porão através do poço...”. Não está claro no relatório do caso o que levou o réu a tomar essa atitude. Talvez “o ar...impregnado pela atividade de fermentação”, o qual “passava pelo duto de ventilação e saía a céu aberto”, era, para ele, um incômodo. De qualquer forma, ele preferiu interromper o funcionamento do poço de ventilação no seu jardim. Primeiramente, o tribunal teve que determinar se os proprietários do bar poderiam ter o direito a uma corrente de ar. Se eles tivessem tal direito, este caso teria que ser diferenciado do caso *Bryant v. Lefever* (já examinado). Isto, entretanto, não foi difícil. Neste caso, a corrente de ar estava confinada a “um canal bem específico”. No caso *Bryant v. Lefever*, o que estava envolvido era “a corrente geral de ar comum a toda a humanidade”. O juiz, então, sustentou que os proprietários do bar poderiam ter o direito à corrente de ar, enquanto que o proprietário da casa privada em *Bryant v. Lefever* não poderia. Um economista poderia ficar tentado a acrescentar “mas o ar se move da mesma maneira!”. Entretanto, tudo o que foi decidido neste estágio da argumentação foi que poderia haver um direito, e não que os proprietários do bar o possuíam. Mas as evidências mostravam que o poço de ventilação do porão para o poço no jardim existia há mais de quarenta anos e que o uso do poço como um duto de ventilação deveria ser de conhecimento dos proprietários do jardim, visto que o ar, quando emergia, exalava um odor específico devido ao processo de fermentação. **O juiz então sustentou que o bar tinha tal direito com base na “doutrina da concessão perdida” (*doctrine of lost Grant*). Esta doutrina afirma que “se é provado que um direito existe e tem sido exercido por determinada quantidade de anos, convém à Justiça presumir que este direito tem uma origem legal”¹³.** Assim o proprietário dos chalés e do jardim teve que permitir a ventilação do poço e suportar o cheiro.

¹² 25 Q.B.D. 481 (1890).

¹³ Poder-se-ia questionar porque a perda de concessão não poderia ter sido presumida no caso do confeitiro que usava um almofariz por mais de 60 anos. **A resposta é que até o médico construir o consultório no fim do seu jardim não havia distúrbio. Assim o distúrbio não era contínuo ao longo dos anos.** É verdade que o confeitiro no seu depoimento argumentou que “uma senhora inválida que ocupou a casa numa ocasião, uns trinta anos antes” a

As razões utilizadas pelos tribunais na determinação dos direitos vão, freqüentemente, parecer estranhas para um economista, porque muitos dos aspectos nos quais as decisões se baseiam são, do ponto de vista econômico, irrelevantes. Por isso, situações que são, para um economista, idênticas, serão tratadas de maneiras diferentes pelos tribunais. O problema econômico em todos os casos de efeitos prejudiciais é **como maximizar o valor de produção**. No caso *Bass v. Gregory*, ar fresco era sugado pelo poço, o que facilitava a produção de cerveja, mas ar imundo era expelido pelo poço, o que tornava a vida nas casas próximas menos agradável. O problema econômico está em decidir o que escolher: um custo mais baixo da cerveja e menos conforto nas casas próximas ou um custo maior da cerveja e um maior conforto. Ao decidir essa questão, a “doutrina da concessão perdida” é tão relevante quanto a cor dos olhos do juiz. Mas deve ser lembrado que a questão imediata encarada pelos tribunais **não é o que deve ser feito por quem, mas quem tem o direito de fazer o quê. É sempre possível modificar, através de transações no mercado, a delimitação inicial dos direitos. E, é claro, se tais transações no mercado são sem custo, tal realocação de direitos sempre irá ocorrer se levar a um aumento no valor da produção.**

VI. A Consideração do Custo das Transações no Mercado

Até aqui, desenvolveu-se o argumento sob a suposição (explícita nas seções III e IV e tácita na seção V) de que não haveria custos para a realização das transações no mercado. Essa é, por óbvio, uma suposição bastante irrealista. **Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos.**

Nas seções anteriores, quando da análise do problema da realocação dos direitos por meio do mercado, argumentou-se que tal realocação se daria desse modo sempre que levasse a um aumento no valor da produção. Mas isso assumindo que as transações ocorreriam sem custos. **Uma vez que os custos das transações realizadas no mercado são levados em conta, fica claro que a aludida realocação de direitos somente ocorrerá quando o aumento no valor da produção por ela gerado for maior do que os custos incorridos para implementá-la.** Quando esse aumento for menor, a concessão de uma ordem judicial (*injunction*) (ou o conhecimento de que ela será concedida), ou a responsabilização pelo pagamento de perdas e danos, podem resultar na cessação de uma atividade (ou podem evitar que ela seja iniciada) que seria realizada caso as transações se dessem sem custos. Nessas condições, **a delimitação inicial dos direitos exerce influência sobre a eficiência com a qual o sistema de preços opera. Um arranjo de direitos pode ser o mais apto, entre todas as alocações possíveis, a gerar um grande valor de produção. Mas, a**

qual “requisitou se havia a possibilidade que ele não usasse as almofarizes antes as oito horas da manhã” e que havia alguma evidência que a parede do jardim estava sujeita a vibrações. Mas o tribunal não teve muita dificuldade em descartar essa linha de argumentação: “...esta vibração, mesmo que existisse há tempos, eram tão pouca, e a queixa, se puder ser considerada uma queixa, da senhora inválida...era de um caráter tão insignificante, que...os atos do acusado não dariam origem a qualquer procedimento legal” (11 Ch.D. 863). Ou seja, o confeitoiro não tinha cometido nenhum distúrbio até o médico construir seu consultório.

não ser que esta já seja a alocação de direitos estabelecida pelo sistema jurídico, os custos para se atingir os mesmos resultados pela alteração e combinação dos direitos pelo mercado podem ser tão elevados que esse arranjo ótimo de direitos, e a maximização do valor da produção dele advinda, podem jamais ser atingidos. O papel tocante às considerações econômicas no processo de delimitação dos direitos será discutido na próxima seção. Na presente seção, assumirei a delimitação inicial dos direitos e os custos inerentes às transações no mercado como dados.

Está claro que uma forma alternativa de organização econômica, a qual, utilizando o mercado, poderia alcançar o mesmo resultado a um custo menor, tornaria possível a elevação do valor da produção. Conforme expliquei há muito anos atrás, a firma (*firm*) representa essa forma alternativa à organização da produção através das transações no mercado¹⁴. No interior da firma, as barganhas individuais entre os vários fatores de produção são eliminadas e substitui-se uma transação no mercado por uma decisão administrativa. A realocação da produção ocorre sem que seja necessária a barganha entre os proprietários dos fatores de produção. Um proprietário de terras que tem controle sobre uma larga área poderá dar várias destinações à mesma, levando em conta o efeito que as inter-relações entre as várias atividades terão sobre o lucro líquido gerado pela utilização da terra, evitando, desse modo, barganhas desnecessárias entre os empreendedores das várias atividades. Os proprietários de prédios grandes ou de diversas propriedades contíguas também podem atuar dessa mesma forma. Com efeito, à luz da terminologia que empregamos anteriormente, a firma adquiriria o direito de todas as partes, de modo que a reorganização das atividades não seria consequência de uma reorganização de direitos por meio de contratos, mas resultado de uma decisão administrativa acerca de como os direitos deveriam ser utilizados.

Disso não deriva, é claro, que os custos administrativos de se organizar uma transação por meio de uma firma sejam, inevitavelmente, menores do que os custos das transações no mercado que são substituídas pelas decisões administrativas. Entretanto, em situações nas quais a elaboração do contrato é peculiarmente difícil e a tentativa de descrever o que as partes acordaram ou não (e.g., a quantidade e o tipo do odor que podem produzir ou deixar de produzir, ou do barulho que podem fazer ou deixar de fazer) necessitaria de um documento muito longo; bem como nas situações em que, como é provável, um contrato de longo prazo fosse desejável¹⁵; seria altamente surpreendente se o surgimento de uma firma ou a extensão das atividades de uma firma existente não fossem a solução adotada, em diversas situações, para resolver o problema dos efeitos prejudiciais provocados pela atividade. Tal solução seria adotada sempre que os custos administrativos da firma fossem menores do que os custos das transações no mercado aos quais substituem e os ganhos que resultariam da reorganização das atividades fossem maiores do que os custos da própria firma em reorganizá-las. Não se faz necessário examinar, detalhadamente, o caráter dessa solução, tendo em vista que já o fiz em artigo anterior.

Mas a firma não é a única resposta possível para esse problema. Os custos administrativos de se organizarem as transações dentro da firma podem ser elevados, especialmente quando diversas atividades são submetidas ao controle de uma única organização. No caso paradigmático do dano causado pela emissão de fumaça, que pode afetar um vasto número de pessoas dedicadas a diversas atividades, os custos de administração podem, da mesma forma, ser tão elevados a ponto de tornar qualquer tentativa de solução do problema através da firma impossível. Uma solução alternativa é a regulação direta pelo governo. Em vez de estabelecer um sistema legal

¹⁴ Ver Coase, *A Natureza da Firma*, 4 *Economica*, New Series, 386 (1937). Reimpresso em *Readings in Price Theory*, 331 (1952).

¹⁵ Por razões que expliquei em artigo anterior. Ver *Readings in Price Theory*, n. 14, 337.

de direitos que possa ser modificado pelas transações no mercado, o governo pode impor regras que determinem o que as pessoas podem ou não fazer e que devam ser obedecidas. Dessa forma, o governo (por meio de uma lei (*statute*) ou, talvez, mais provavelmente, através de uma agência administrativa) pode, para tratar o problema da emissão de fumaça, definir quais métodos de produção deveriam ou não ser utilizados (e.g., que filtros devem ser instalados ou que carvão e óleo não devem ser queimados), ou, ainda, delimitar determinados tipos de atividades a certas áreas (zoneamento).

O governo é, em certo sentido, uma super-firma (mas de um tipo muito especial), porquanto é capaz de interferir no uso dos fatores de produção por meio de decisões administrativas. Mas, a firma comum está sujeita a controles (*checks*) sobre suas operações tanto em razão da concorrência com outras firmas, as quais podem administrar as mesmas atividades a um custo menor, como, também, por haver sempre a alternativa das transações no mercado em vez da organização da firma, caso o custo administrativo se torne demasiadamente elevado. O governo é capaz, querendo, de evitar completamente o mercado, o que uma firma jamais poderá fazer. A firma tem de contratar com os detentores dos fatores de produção que utiliza. Assim como o governo pode limitar ou apoderar-se da propriedade, da mesma forma, pode ele decretar que os fatores de produção devem ser utilizados de determinada maneira. Tais métodos autoritários eliminam muitos problemas (para os responsáveis pela organização). Além disso, o governo pode valer-se da polícia e de outros métodos coercitivos para assegurar que as regras por ele determinadas estejam sendo cumpridas.

Resta claro que o governo tem ao seu dispor poderes que tornam possível a ele fazer certas coisas a um custo menor do que poderia fazer uma organização privada (ou, em qualquer nível, alguém sem poderes governamentais). Mas a máquina administrativa governamental, *per se*, não funciona sem custos. Na verdade ela pode, em algumas situações, ser extremamente custosa. Além disso, não há razão para se supor que as normas restritivas e de zoneamento criadas por uma administração falível, submetida a pressões políticas, e que opera sem o peso da concorrência, serão sempre, necessariamente, voltadas para o aumento da eficiência com a qual o sistema econômico opera. Mais ainda: essas normas regulatórias gerais, que devem ser aplicadas a uma variedade de casos, terão seu cumprimento exigido pelo Estado em situações para as quais se mostram completamente inapropriadas. A partir dessas considerações, conclui-se que a regulação governamental direta não necessariamente traz melhores resultados do que deixar que o problema seja resolvido pelo mercado ou pela firma. Da mesma forma, não há razão para não sustentar que, em certas ocasiões, a aludida regulação administrativa pelo governo não levará à melhora da eficiência econômica. Particularmente, isso pode acontecer quando – como normalmente acontece nos casos de danos causados pela emissão de fumaça – o problema envolve um grande número de pessoas e, portanto, os custos de uma solução através do mercado ou da firma forem muito altos.

Há, também, uma outra alternativa, que é a de não fazer nada a respeito. E, dado que os custos envolvidos na solução do problema pela via da regulação governamental são frequentemente altos (especialmente se o termo “custos” for interpretado de modo a incluir todas as conseqüências advindas do engajamento do governo nesse tipo de atividade), essa alternativa seria adotada quando os ganhos provenientes da regulação das atividades-fonte dos danos fossem menores do que os custos envolvidos na regulação governamental.

A discussão do problema dos efeitos prejudiciais nesta seção (quando os custos das transações no mercado são levados em consideração) é extremamente inadequada. Mas, pelo menos, demonstra claramente que o foco do problema está em escolher a alocação social apropriada

para lidar com os efeitos prejudiciais. Todas as soluções acarretam custos e não há razão alguma para supor simplesmente que a regulação governamental seja a mais apropriada quando o problema não for satisfatoriamente resolvido através do mercado ou da firma. Uma visão satisfatória sobre a política mais adequada somente pode ser alcançada através de um paciente estudo de como, na prática, o mercado, as firmas e os governos lidam com o problema dos efeitos prejudiciais. Os economistas precisam estudar o trabalho do agente que organiza as partes, a efetividade dos acordos restritivos, os problemas de larga escala no desenvolvimento de companhias imobiliárias, a operação de zoneamento pelo governo e outras atividades regulatórias. Creio que os economistas e as autoridades políticas tendem, geralmente, a superestimar as vantagens advinentes da regulação governamental. Mas tal crença, ainda que justificada, não faz mais do sugerir que a regulação governamental deva ser restringida. Não nos mostra, contudo, em que ponto deve passar a linha delimitadora. Esta, a meu ver, deve ser o resultado de uma investigação detalhada acerca dos resultados reais obtidos das tentativas de solução do problema através de formas variadas. Mas seria lamentável se tal investigação fosse levada a cabo com a ajuda de uma análise econômica defeituosa. O alvo deste artigo é indicar qual deveria ser a abordagem econômica para este problema.

VII. A Delimitação Jurídica dos Direitos e o Problema Econômico

A discussão levada a cabo na Seção V não apenas serviu para ilustrar o argumento, mas, também, proporcionou uma pequena noção da abordagem jurídica ao problema dos efeitos prejudiciais. Os casos apreciados eram todos ingleses, mas similar seleção de casos norte-americanos poderia ser facilmente realizada e o tipo de raciocínio jurídico teria sido o mesmo. Por óbvio, se as transações ocorrem sem custos, tudo o que importa (questões de justiça à parte) é que os direitos das partes devam estar bem definidos e os resultados das ações judiciais devam poder ser previstos com facilidade. Contudo, como vimos, a situação é muito diferente quando as transações no mercado são tão custosas a ponto de tornar difícil mudar a alocação de direitos estabelecida pelo sistema jurídico. Nesses casos, as cortes influenciam diretamente a atividade econômica. Desse modo, seria aparentemente desejável que as cortes tivessem os deveres de compreender as conseqüências econômicas de suas decisões e, na medida em que isso fosse possível sem que se criasse muita incerteza acerca do próprio comando da ordem jurídica, de levar em conta tais conseqüências ao exercerem sua competência decisória. Ainda quando se faz possível alterar a delimitação legal de direitos através das transações no mercado, é obviamente desejável reduzir a necessidade de tais transações e, assim, reduzir o emprego de recursos em sua realização.

Um meticuloso exame dos pressupostos assumidos pelas cortes no julgamento de tais casos seria de grande interesse, mas, até agora, eu não consegui realizá-lo. Não obstante, parece claro, a partir de um exame superficial, que as cortes têm reconhecido as implicações econômicas de suas decisões e estão cientes (ao contrário de muitos economistas) da natureza recíproca do problema. Além disso, de tempos em tempos, elas levam essas implicações econômicas em consideração, juntamente com outros fatores, para chegar às suas decisões. Os escritores americanos nesse assunto referem-se à questão de forma mais explícita do que o fazem os britânicos. Assim, para citar Prosser, em *Torts*, uma pessoa pode

fazer uso de sua própria propriedade ou... conduzir suas atividades às custas de algum prejuízo aos vizinhos. Ele pode administrar uma fábrica cujos barulho e fumaça causam algum desconforto a outras pessoas, contanto que o faça dentro de limites razoáveis. Somente quando a sua conduta se mostra desarrazoada, tendo em vista a sua utilidade e os prejuízos que causa [itálico acrescentado], é

que constitui um dano... Como afirmado em um antigo caso, em relação à atividade de fabricação de velas em uma cidade, “Le utility de chose excusera le noisomeness del stink”¹⁶.

O mundo deve ter fábricas, siderúrgicas, refinarias de petróleo, maquinário pesado e barulhento, ainda que à custa de alguma inconveniência à vizinhança e os autores de ações judiciais podem ser instados a aceitar algum desconforto não-razoável em prol do bem comum.¹⁶

Os escritores britânicos típicos não afirmam de forma tão explícita que a **comparação entre a utilidade e o prejuízo produzido é um elemento a ser levado em conta ao se decidir se o efeito prejudicial deve ou não ser considerado um dano.** Mas, semelhantes visões, ainda que menos enfáticas, podem ser encontradas.¹⁷ A doutrina segundo a qual o efeito prejudicial deve se mostrar substancial aos olhos da corte é, sem dúvida, em parte, o reflexo do fato de que haverá quase sempre um ganho para compensar um prejuízo. E, nos relatórios de cada caso, resta claro que os juízes sopesavam o que seria perdido com o que se ganharia quando decidiam se concediam a ordem judicial ou a indenização por perdas e danos. Assim, ao se recusarem a evitar a destruição da paisagem em razão da construção de um novo edifício, os magistrados prolatavam:

Desconheço qualquer lei geral na *common law*, que... diga, que construir de modo a retirar a vista de alguém constitui-se em uma ofensa. Fosse assim, não existiriam grandes cidades; e eu teria que conceder ordens judiciais a todas as novas construções da cidade...¹⁸

Em *Webb v. Bird*¹⁹, resultou decidido que não se configurava um dano a construção de um prédio escolar tão próximo a um moinho de vento a ponto de obstruir as correntes de ar e prejudicar o funcionamento do engenho. Um caso anterior parece ter sido decidido na direção oposta. Gale comentou:

Nos antigos mapas de Londres, uma fileira de moinhos de vento aparecia nas montanhas ao norte da Cidade. No tempo do Rei James, portanto, considerar-se-ia, provavelmente, alarmante, em razão de afetar o suprimento de alimentos da cidade, que alguém pudesse construir tão próximo aos moinhos, de modo a desviar o vento de sua hélice.²⁰

Em um dos casos discutidos na Seção V, a saber, *Sturges v. Bridgman*, os juízes claramente levaram em consideração as conseqüências econômicas das diferentes decisões. Ao argumento de que, se o princípio que pareciam estar seguindo

fosse concretizado de acordo com as suas conseqüências lógicas, ter-se-ia como resultado as mais sérias inconveniências práticas a serem enfrentadas – por exemplo, no meio dos cortumes de *Bermondsey*, ou em qualquer outra localidade devotada a um certo tipo de comércio ou manufatura barulhenta e insalubre, onde a construção de uma residência em um terreno desocupado faz cessar tal comércio ou manufatura de uma só vez,

* N.T.: “A utilidade do uso compensa o incômodo causado pelo seu mau cheiro”.

¹⁶ Ver W. L. Prosser, *The Law of Torts* 398-99, 412 (2d ed. 1955). A citação referente ao antigo caso da fabricação de velas é retirado de Sir James Fitzjames Stephen, *A General View of the Criminal Law of England* 106 (1890). Sir James Stephen não fornece referência. Talvez, tenha pensado em *Rex. v. Ronkett*, constante de Seavey, Keeton and Thurston, *Cases on Torts* 604 (1950). Similar visão a expressa por Prosser, pode ser encontrada em F. V. Harper and F. James, *The Law of Torts* 67-74 (1956); repetido, *Torts*, §§ 826, 827 e 828.

¹⁷ Ver Winfield em *Torts* 541-48 (6th ed. T. E. Lewis 1954); Salmond em *Law of Torts* 181-90 (12th ed. R.F.V. Heuston 1957); H. Street, *The Law of Torts* 221-29 (1959).

¹⁸ *Attorney General v. Doughy*, 2 Ves. Sen. 453, 28 Eng. Rep. 290 (Ch. 1752). Compare, nesse sentido, a prolação de um juiz norte-americano, citado em Prosser, op. cit. supra n. 16 at 413 n. 54: “Sem fumaça, Pittsburgh teria permanecido um pequeno vilarejo” (“Without smoke, Pittsburgh would have remained a very pretty village”), Musmanno, J., in *Versailles Borough v. McKeesport Coal & Coke Co.*, 1935, 83 Pitts. Leg. J. 379, 385.

¹⁹ 10 C.B. (N.S.) 268, 142 Eng. Rep. 445 (1861); 13 C.B. (N.S.) 841, 143 Eng. Rep. 332 (1863).

²⁰ Ver Gale em *Easements* 238, n. 6 (13th ed. M. Bowles 1959).

Os juízes responderam que:

Se alguma coisa é ou não um dano, é uma questão a ser determinada não meramente com base em uma consideração abstrata da coisa em si mesma, mas em vista das circunstâncias do caso; aquilo que seria considerado um dano em *Belgrave Square* não necessariamente o seria em *Bermondsey*; e onde uma localidade é voltada para uma atividade particular de comércio ou manufatura, empreendida por comerciantes ou produtores de forma particular e estabelecida, não constituindo um dano público, magistrados e jurados agiriam de maneira fundamentada ao considerarem, sendo autorizados para tanto, que a atividade de comércio ou de manufatura empreendida naquela localidade não constitui uma ofensa privada ou passível de litígio.²¹

Assim, resta definitivamente estabelecido que a peculiaridade da localidade é relevante como critério para definir se algo constitui, ou não, um dano.

Aquele que não gosta do barulho do trânsito não deve erguer sua residência no coração de uma grande cidade. Aquele que ama o silêncio e a paz não deve viver em uma região destinada à fabricação de caldeiras ou de navios a vapor.²²

O surgimento dessa tendência tem sido chamado de “planejamento e zoneamento pelo judiciário”.²³ Por certo, em alguns casos, a aplicação desse critério esbarra em dificuldades consideráveis.²⁴

Interessante exemplo desse problema é encontrado em *Adams v. Ursell*²⁵, caso em que um estabelecimento que comerciava peixe frito, em um distrito de residentes operários, foi instalado próximo a casas de “padrão mais elevado”. A Inglaterra sem *fish-and-chips* é uma contradição em termos, e o caso ganhou elevada importância. O juiz asseverou:

Aduziu-se que a concessão da ordem judicial causaria grande onerosidade ao réu e às pobres pessoas que adquiriam alimentos em seu estabelecimento. A resposta a este argumento é no sentido de que nada impede que o réu desempenhe sua atividade empresarial em uma localidade mais adequada na vizinhança. O fato de se considerar que o comércio de peixe frito em uma localidade gera um dano, não significa que será esse o caso em outro local.

Com efeito, a ordem judicial que proibiu o Sr. Ursell de comerciar em um determinado local não se estendeu nem mesmo a toda a rua. Assim, a ele era permitido mudar-se para outros lugares próximos a casas de “padrão menos elevado”, cujos habitantes, sem dúvida, considerariam que a vantagem da proximidade do comércio de peixe frito compensaria o impregnado odor e a “fumaça e névoa” descritos pelo autor da ação. Caso não houvesse outro “local mais adequado dentro do mesmo bairro”, o caso teria sido mais difícil e a decisão poderia ter sido diferente. O que teria a “população pobre” para se alimentar? Nenhum magistrado inglês diria: “Que comam bolo”.

As cortes nem sempre se referem, de forma clara, ao problema econômico trazido pelos casos com os quais se deparam, mas parece provável que na interpretação de algumas palavras e frases, tais como, “razoável” ou “uso comum ou ordinário”, reconheça-se – talvez, inconscientemente e, certamente, de forma não muito explícita – o aspecto econômico das questões sob análise. Bom exemplo adviria do julgamento na Corte de Apelações do caso

²¹ 11 Ch.D. 865 (1879).

²² Salmond, em *Law of Torts*, 182 (12th ed. R.F.V. Heuston 1957).

²³ C. M. Haar, *Land-Use Planning, A Casebook on the Use, Misuse, and Re-use of Urban Land* 95 (1959).

²⁴ Ver, por exemplo, *Rushmer v. Polsue and Alfieri, Ltd.* [1906] 1 Ch. 234, versando sobre a situação de um residência localizada em distrito barulhento.

²⁵ [1913] 1 Cap. 269.

*Andreae v. Selfridge and Company Ltd.*²⁶ Neste caso, um hotel (na Rua Wigmore) estava situado sobre parte de uma ilha. A parte restante da ilha foi adquirida por *Selfridges*, que demoliu os prédios que ali estavam para construir outro em seu lugar. O hotel sofreu uma perda de hóspedes, em razão do barulho e da poeira oriundos da demolição. O proprietário do hotel ingressou com uma ação contra a *Selfridge*, requerendo indenização pelos prejuízos. Em primeira instância, a ação foi julgada procedente, condenando-se a *Selfridge* ao pagamento de £4,500 ao hotel, a título de indenização. Houve apelação.

O juiz de primeira instância que deu ganho de causa para o proprietário do hotel asseverou:

Eu não posso considerar o que os réus fizeram no local da primeira operação como aquilo que comumente se faz na ocupação e uso ordinários de terrenos e de residências. Não se afigura usual nem comum, neste país, as pessoas escavarem um local, a uma profundidade de 60 pés para, então, erigir sobre o mesmo uma estrutura de aço e amarrá-la com rebites... Tampouco é considerado uso comum ou ordinário da terra, neste país, o que os réus fizeram ao trabalhar em sua segunda operação – a saber, demolir todas as casas que acharam que deviam demolir, umas cinco ou seis, penso eu, se não mais, e usar, para tanto, martelos pneumáticos.

Sir Wilfred Greene, M. R., ao fundamentar a sua decisão na Corte de Apelações, observou, primeiro,

que, quando alguém está realizando operações temporárias, tais como são a demolição e a reconstrução, todos têm que suportar certo desconforto, pelo fato de operações dessa natureza não poderem ser levadas a cabo sem que haja certa quantidade de barulho e certa quantidade de poeira. Em assim sendo, a regra referente à interferência deve ser interpretada à luz de tais qualificações...

Ele, então, faz referência ao julgamento em primeira instância:

Com todo o respeito ao douto magistrado, penso que ele não abordou o presente caso pelo ângulo correto. Parece-me que não se pode dizer que... o tipo de demolição, escavação e construção levado a efeito pela companhia ré, no curso de suas operações, revestiu-se de natureza anormal e não-usual, de modo a impedir a qualificação da operação tal qual me referi. A mim parece que, quando a regra fala em uso comum e ordinário da terra, não significa que os métodos de uso da terra e de construção sobre a mesma, estejam, de alguma forma, estabelecidos para sempre. Com o passar do tempo, novos métodos e invenções tornam possível que a terra seja usada de modo mais lucrativo, tanto escavando rumo ao centro da terra, quanto construindo em direção ao céu. Se, de outros pontos de vista, esta é ou não uma matéria importante para a humanidade, não está em discussão; mas é parte do normal uso da terra que um indivíduo construa sobre a sua propriedade; e no tipo específico de construção, na profundidade específica e na altura específica de um edifício que puder ser considerado razoável, tendo em vista as circunstâncias e o desenvolvimento tecnológico de seu tempo... Hóspedes de hotéis se aborrecem com facilidade. As pessoas que se hospedavam neste hotel, acostumadas com um cenário de sossego, ao voltarem ao mesmo e encontrarem uma paisagem de demolição e construções em andamento, podem ter pensado que o mérito pelo qual escolheram se hospedar neste hotel não existe mais. Isso seria um infortúnio ao autor; contudo, tendo-se em mente que nada há de errado com o trabalho desenvolvido pela ré, assumindo que a ré esteja empregando, por mais barulhento que possa ser, todos os meios idôneos na demolição e na construção, valendo-se, de forma razoável, de todas as precauções a fim de não causar importunação aos seus vizinhos, então, o autor poderá até mesmo perder todos os seus clientes em razão de terem eles sido privados das comodidades de um local aberto e sossegado, e, ainda assim, não teria razão em reclamar... [Mas, aqueles] que dizem que a interferência que causam no conforto dos seus vizinhos resulta justificada pelo fato de suas operações serem normais e usuais, além de conduzidas em acordo com a precaução exigida, estão sujeitos a um dever específico... de empregar os cuidados e as habilidades adequadas. Não é uma atitude correta sair a dizer: “nós continuaremos e faremos o que bem quisermos até que alguém reclame!”... Seu dever é tomar a precaução adequada e observar se o incômodo é reduzido ao

²⁶ [1938] 1 Cap. 1.

mínimo. Não é a resposta adequada para eles dizer: “Mas isto implicaria que devêssemos fazer o nosso trabalho de forma mais lenta do que gostaríamos, ou faria com que tivéssemos custos extras”. Todas estas questões referem-se a temas de senso comum e resta claro que seria desarrazoado esperar que, a fim de evitar um inconveniente passageiro, as pessoas fizessem o seu trabalho de forma tão lenta ou de forma tão custosa que o custo e o transtorno mostrar-se-iam impeditivos... Neste caso, a atitude da companhia ré pareceu ter sido a de continuar até que alguém reclamasse e, além disso, que o seu desejo de apressar o trabalho e conduzi-lo de acordo com as suas próprias idéias e conveniência teria prevalecido caso houvesse um real conflito entre ele e o conforto dos vizinhos. Isso... não é cumprir com o dever de empregar cuidados e habilidades razoáveis... Como consequência, tem-se que... o autor sofreu um incômodo passível de reparação pela via judicial;... lhe é devida, não uma quantia nominal, mas um quantia substancial, com base naqueles princípios... mas, para chegar ao montante devido... descontei qualquer perda de hóspedes... que pode ter sido causada pela perda das comodidades, devido ao que se passava nos fundos...

O resultado foi a redução do valor da indenização, de £ 4,500 para £ 1,000.

Na presente seção, a discussão tem, até este ponto, se restringido às decisões judiciais produzidas no *common law* relativas à causação de danos. A delimitação dos direitos nessa área também é determinada em razão de disposições legais. A maioria dos economistas assumiria que o objetivo da ação governamental nesta matéria é a de estender a amplitude da regulação jurídica sobre atividades causadoras de dano por meio da designação de atividades danosas que não seriam reconhecidas como tal pelo *common law*. E não há dúvidas de que algumas leis, como o *Public Health Act*, tiveram este efeito. Contudo, nem todos os documentos normativos postos pelo governo são desse tipo. O efeito da maior parte da legislação nessa área é proteger os empreendimentos empresariais das reclamações daqueles a quem o desempenho de suas atividades causou prejuízos. Há uma grande lista de incômodos legalizados.

Tal entendimento foi sintetizado na *Halsbury's Laws of England*, da seguinte maneira:

Onde o legislador prescreveu que alguma coisa deve em todos os casos ser feita ou autoriza determinados trabalhos em locais específicos para certos propósitos, ou, ainda, concede poder com a intenção de que tais trabalhos venham a ser realizados, deixando, no entanto, alguma discricionariedade quanto à forma de execução, a *common law* não servirá de base para ações indenizatórias, o que se apresenta como o resultado inevitável, tendo em vista o poder concedido pela lei. Isso é assim, independentemente de o ato causador do prejuízo ter tido a sua realização autorizada para fins de interesse público ou para o lucro privado. Os atos realizados com base nos poderes conferidos pelas pessoas a quem o Parlamento delegou autoridade para tanto, por exemplo, sob ordens provisórias do *Board of Trade*, são reputados como tendo sido feitos sob os auspícios da lei. Na ausência de negligência, parece que um grupo que exerce poderes legais não será responsabilizável em uma ação indenizatória simplesmente porque poderia, se tivesse agido de outra forma, ter minimizado o prejuízo causado.

A seguir, há exemplos de não-responsabilização pela realização de atos autorizados:

Uma ação judicial não é considerada contrária ao exercício, por um grupo, de poderes legais sem negligência no que se refere à inundação de terra decorrente de vazamento de água dos cursos d'água, do encanamento, dos drenos, ou de um canal; o vazamento de fumaça oriunda de tubos; vazamento de esgoto; a sedimentação de uma estrada sobre o esgoto; trepidação ou barulho causado por uma ferrovia; incêndios causados por atos autorizados; a poluição de um córrego em uma situação na qual os requisitos legais no sentido da utilização dos melhores métodos disponíveis de purificação antes da descarga do efluente foram satisfeitos; interferência em um sistema de telefonia ou telegrafia por causada por uma estrada de bonde eletrônico; a inserção de estacas, no subsolo, para as estradas de bondes; incômodo causado por coisas razoavelmente necessárias para a escavação de trabalho autorizado; estrago acidental causado pela instalação de grades de proteção em uma rodovia;

vazamento de ácido; interferência ao acesso de um terreno pela instalação de um aparato de proteção contra o mau tempo ou grades de proteção na divisa entre a rua e a calçada;²⁷

A posição assumida pela legislação nos Estados Unidos parece ser, em sua essência, a mesma adotada na Inglaterra, exceto pelo fato de que, nos Estados Unidos, o poder dos legisladores para autorizar o que, de outro modo, constituiria um dano segundo o *common law*, ao menos sem que haja uma compensação a ser dada à pessoa prejudicada, é, de certo modo, mais limitada, uma vez que tal poder está subordinado a restrições constitucionais.²⁸ Nada obstante, esse poder dos legisladores existe e casos mais ou menos parecidos com os ingleses podem ser encontrados. A questão veio à tona de forma marcante no que tange aos aeroportos e às operações das aeronaves. O caso *Delta Air Corporation v. Kersey; Kersey v. City of Atlanta*²⁹ é um bom exemplo. O Sr. Kersey adquiriu um terreno e, sobre o mesmo, construiu uma casa. Alguns anos depois, o Município de Atlanta construiu um aeroporto em área contígua à adquirida pelo Sr. Kersey. Foi por ele alegado que sua propriedade era “um lugar sossegado, tranquilo e apropriado para morar antes da construção do aeroporto, mas a poeira, o barulho e o vôo baixo das aeronaves, oriundos das operações do aeroporto, tornaram a sua propriedade imprestável para se ter, nela, uma casa”, uma situação que foi descrita no relatório do caso com riqueza de detalhes. O juiz, em primeiro lugar, referiu-se a um caso anterior, *Thrasker v. City of Atlanta*³⁰, no qual se mencionou que o Município de Atlanta foi expressamente autorizado a desenvolver atividades aeroportuárias.

De acordo com tal concessão, a aviação era reconhecida como uma atividade não só legal, mas, também, dotada de interesse público... todas as pessoas utilizando [o aeroporto] da maneira contemplada pela lei estão sob a proteção e imunidade da concessão feita pela municipalidade. A existência de um aeroporto não gera um dano *per se*, embora possa vir a gerar, dependendo da forma como é construído ou de como é operado.

Uma vez que a aviação era uma atividade legal, dotada de interesse público, e a construção do aeroporto foi autorizada por lei, o juiz se referiu, em seguida, ao caso *Georgia Railroad and Banking Co. v. Maddox*³¹, no qual foi sustentado que:

Onde um terminal ferroviário está localizado e sua construção foi autorizada por lei, se o mesmo for construído e gerenciado de maneira adequada, não pode ser judicialmente declarado como gerador de um dano. Nesse sentido, prejuízos e inconveniências às pessoas que residem nas adjacências de tal área, em decorrência do barulho das locomotivas, ronco dos carros, vibrações, fumaça, cinzas, fuligem, inerentes ao uso ordinário, necessário e, por isso, apropriado de tal estação, não constituem danos, sendo, tão-somente, o resultado necessário da atividade concedida.

Diante disso, o juiz decidiu que o barulho e a poeira dos quais reclamava o Sr. Kersey “podem ser considerados como questões secundárias em relação à adequada operação de um aeroporto, e, como tais, não podem ser fontes de danos”. Entretanto, a reclamação acerca dos vôos baixos era diferente:

...pode ser dito que os vôos... a tão baixa altura [25 a 50 pés acima da casa do Sr. Kersey], eminentemente perigosos à... vida e à saúde... são o resultado necessário do funcionamento de um aeroporto? Não pensamos que tal questão possa ser respondida afirmativamente. Parece não haver razão para que o Município não obtivesse terrenos que compusessem uma área [suficientemente

²⁷ Ver 30 Halsbury, *Law of England* 690-91 (3d ed. 1960), Artigo sobre Public Authorities and Public Officers.

²⁸ Ver Prosser, op. cit. supra n. 16, p.421; Harper and James, op. cit. supra n. 16, p. 86-87.

²⁹ Suprema Corte do Estado da Georgia. 193 Ga. 862, 20 S.E. 2d 245 (1942).

³⁰ 178 Ga. 514, 173 S.E. 817 (1934).

³¹ 116 Ga. 64, 42 S.E. 315 (1902).

grande]... de modo a não requerer vôos tão baixos sobre as residências... Para fins de conveniência pública, os proprietários das áreas adjacentes aos aeroportos devem suportar a inconveniência proveniente do barulho e da poeira como o resultado da usual e adequada operação de um aeroporto, mas os seus direitos privados garantidos pela lei prevalecem quando a inconveniência que os limita não seja o resultado de adequada construção e operação de um aeroporto.

Evidentemente, a decisão assumiu que o Município de Atlanta poderia evitar os vôos baixos e, ainda assim, continuar a operar o aeroporto. O juiz, nesse sentido, complementou:

De tudo quanto o exposto, as circunstâncias que causam os vôos baixos podem ser remediadas; mas, se do julgamento restar comprovado que é indispensável ao interesse público que o aeroporto continue a operar nas condições atuais, pode ser decidido que ao autor deve ser negada a ordem judicial.

No curso de outro caso envolvendo a aviação, a saber, *Smith v. New England Aircraft Co.*,³² a corte analisou o Direito nos Estados Unidos quanto à legalização de incômodos e, aparentemente, as normas jurídicas vigentes são, de uma forma geral, muito similares às da Inglaterra:

É próprio da função do departamento legislativo do governo, no exercício de seu poder de polícia, considerar os problemas e os riscos que emergem do uso de novas invenções, tentando ajustar direitos privados e harmonizar os interesses em conflito por meio de leis abrangentes que almejam o bem estar comum (*public welfare*)... Há... casos semelhantes em que a invasão do espaço aéreo, sobre as residências, pelo barulho, poeira, vibrações e odores desagradáveis, tem sido autorizada pelo departamento legislativo do governo e não resultou, de fato, numa condenação da propriedade, embora tenha, em certa medida, depreciado o seu valor de mercado, o que deve ser suportado pelo proprietário, sem que haja compensação ou outra solução jurídica. A chancela legislativa torna legal e legítimo aquilo que, de outra forma, seria considerado um dano. Exemplos disso são os incômodos provocados às propriedades adjacentes pela fumaça, vibração e barulho inerentes à operação de uma ferrovia...; o barulho retumbante de uma fábrica de sinos...; a construção de motores a vapor e de caldeiras...; odores desagradáveis advinentes de tubulação de esgoto, refinamento de petróleo e armazenamento de nafta...

A maioria dos economistas parece não estar atenta a tudo isso. Quando são impedidos de dormir à noite pelo ronco dos aviões a jato passando sobre as suas cabeças (com autorização do Estado e, talvez, pelo Estado operado); ou são incapacitados de pensar (ou descansar), durante o dia, em razão do barulho e da vibração provocados pelos trens (com autorização do Estado e, talvez, pelo Estado operados); ou sentem dificuldade para respirar em razão do odor advindo do esgoto de uma fazenda local (com autorização do Estado e, talvez, pelo Estado operado); ou não conseguem trafegar pelas ruas porque as mesmas encontram-se bloqueadas (sem dúvida, por ação do Estado), com seus nervos enrijecidos e suas mentes perturbadas eles esbravejam denunciando as desvantagens das empresas privadas e propugnam pela necessidade de regulação governamental.

Enquanto a maioria dos economistas parece entender de forma errada o tipo de situação com a qual estão lidando, também ocorre que as atividades que eles gostariam que fossem interrompidas ou restringidas podem ser socialmente justificáveis. Trata-se, na verdade, de uma questão de sopesamento entre os ganhos que adviriam com a eliminação dos efeitos prejudiciais e os ganhos que seriam experimentados com a continuação dessas atividades. Por certo, é possível que uma extensão da atividade econômica do governo leve, freqüentemente, a que esta proteção contra ações judiciais pelos danos causados seja estendida para além do desejável. Uma razão para tanto é que o governo olha de forma benevolente para as atividades

³²270 Mass. 511, 523, 170 N.E. 385, 390 (1930).

empresariais que ele mesmo esteja promovendo. Outra é a de que é possível descrever o cometimento de um dano por um empreendimento público de forma muito mais amena do que quando o dano é causado por uma empresa privada. Nas palavras do *Lord Justice Sir Alfred Denning*:

... o significado da revolução social de hoje é que, enquanto no passado a balança pendia muito para o lado dos direitos de propriedade e liberdade de contratar, o Parlamento tem, repetidamente, interferido a fim de elevar o bem público ao seu devido lugar.³³

Há poucas dúvidas de que o Estado do Bem-Estar Social seja propenso a estender aquela imunidade em relação à responsabilização por danos, a qual os economistas têm habitualmente condenado (embora tenham tendido a assumir que tal imunidade era um sinal de pouca intervenção estatal no sistema econômico). Por exemplo, na Grã-Bretanha, o poder das autoridades locais pode ser absoluto ou incondicional. Na primeira categoria, a autoridade local não tem discricionariedade no exercício do poder que lhe foi conferido. “Diz-se que o poder absoluto cobre todas as conseqüências necessárias de seu desempenho direto, ainda que tais conseqüências estejam associadas à produção de danos. Por outro lado, um poder condicional somente pode ser exercido de tal modo que as conseqüências não constituam um dano”.

É a intenção dos legisladores que determina se um poder é absoluto ou condicional... [Como] há a possibilidade de que a política social elaborada pelo Legislativo sofra modificações de tempos em tempos, um poder que, num certo momento histórico, seria considerado um poder condicional, pode, em outro momento, ser interpretado como sendo um poder absoluto, de modo a fomentar a política do Estado do Bem-Estar Social. Este ponto é um dos que devem ser considerados quando da análise de alguns dos casos mais antigos sobre esse aspecto do Direito de Propriedade.³⁴

Parece ser desejável sintetizar o cerne desta longa seção. O problema que enfrentamos quando lidamos com atividades que causam efeitos prejudiciais não é o de simplesmente coibir os responsáveis por elas. O que tem de ser decidido é se o ganho obtido ao se impedir o dano é maior do que a perda que seria sofrida em outros lugares como resultado da proibição da atividade produtora desse mesmo dano. Num mundo em que há custos para se realocar os direitos estabelecidos pelo sistema jurídico, as cortes estão, de fato, nos casos que envolvem a causação de incômodos, tomando uma decisão acerca do problema econômico e determinando como os recursos devem ser empregados. Foi sustentado que as cortes têm consciência disso e que, ainda que de forma não explícita, fazem, com freqüência, a comparação entre o que se ganharia e o que se perderia com a proibição das atividades-fonte de efeitos prejudiciais. Mas a delimitação de direitos é, também, resultado de disposições legais. Aqui, igualmente, encontramos evidências da apreciação da natureza recíproca do problema. Enquanto as leis aumentam a lista de incômodos, ações governamentais são tomadas para se legalizar o que, de outra forma, seria considerado um dano pelo *common law*. O tipo de situação que os economistas tendem a considerar como carentes de ações governamentais corretivas é, de fato, com freqüência, o resultado da ação governamental. Tal ação não é, necessariamente, insensata. Contudo, há o perigo real de que a intervenção estatal extensiva no sistema econômico possa levar a uma ampliação excessiva da proteção dos responsáveis pelos efeitos prejudiciais.

VIII. A ABORDAGEM DE PIGOU EM “THE ECONOMICS OF WELFARE”

³³ Ver Sir Alfred Denning, *Freedom Under the Law* 71 (1949).

³⁴ M. B. Cairns, *The Law of Tort*, em *Local Government* 28-32 (1954).

A origem da moderna análise econômica do problema discutido no presente ensaio é a obra *The Economics of Welfare*, de Pigou, e, em particular, a seção da Parte II que trata da divergência entre os produtos social e privado, que ocorre porque

uma pessoa *A*, ao prestar serviços, pelos quais recebe pagamento, para uma segunda pessoa *B*, presta, também, incidentalmente, serviços ou desserviços a outras pessoas (não produtores de serviços afins), de tal forma que o pagamento não pode ser exigido das partes beneficiadas nem uma compensação pode ser requisitada pelas partes prejudicadas³⁵.

Pigou nos diz que o seu objetivo na Parte II de *The Economics of Welfare*, é

verificar até que ponto o livre jogo do interesse próprio, atuando sob o sistema jurídico existente, tende a distribuir os recursos de um país do modo mais favorável possível à produção de um grande dividendo nacional, e até que ponto é viável, por meio da ação estatal, aperfeiçoar tendências “naturais”³⁶.

A julgar pela primeira parte dessa afirmação, o propósito de Pigou é descobrir se seria possível fazer qualquer melhoria nos arranjos existentes que determinam o uso dos recursos. Uma vez que a conclusão de Pigou é a de que é possível fazer melhorias, poder-se-ia esperar que ele prosseguisse e apontasse as mudanças requeridas para realizá-las. Porém, ao invés disso, Pigou adicionou uma frase que contrapõe tendências “naturais” e ação estatal, parecendo, de certa forma, igualar os arranjos existentes com as tendências “naturais” e sugerir que o meio necessário para realizar as melhorias é a ação estatal (caso esta seja exequível). Essa é mais ou menos a posição de Pigou que se evidencia no Capítulo I, da Parte II³⁷. **Pigou inicia o capítulo referindo-se aos “seguidores otimistas dos economistas clássicos”³⁸, os quais têm argumentado que o valor da produção seria maximizado se o governo se abstivesse de qualquer interferência no sistema econômico e os arranjos econômicos se formariam “naturalmente”.** Pigou prossegue, asseverando que se o interesse próprio promove o bem-estar econômico é porque as instituições criadas pelo homem têm sido planejadas para tanto. (Esta parte do argumento de Pigou, a qual é desenvolvida com a ajuda de uma citação de Cannan, parece-me essencialmente correta.) Pigou conclui:

Mas, até mesmo nos mais avançados Estados, há falhas e imperfeições... há muitos obstáculos que impedem os recursos de uma comunidade de serem distribuídos... da maneira mais eficiente. O estudo de tais obstáculos constitui o nosso presente problema... seus propósitos são essencialmente práticos. Procura-se, assim, elucidar alguns dos caminhos pelos quais já é, ou, eventualmente pode vir a ser, **viável, para o governo, controlar o jogo das forças econômicas com sabedoria, de forma a promover o bem-estar econômico e, a partir disso, o bem-estar total de seus cidadãos como um todo**³⁹.

Poderia parecer que, subliminarmente, o pensamento de Pigou era: **Alguns têm argumentado que nenhuma ação estatal é necessária. Mas o sistema só tem funcionado tão bem**

³⁵ A. C. Pigou, *The Economics of Welfare* 183 (4th Ed. 1932). Minhas referências serão todas relacionadas à quarta edição, mas o argumento e exemplos examinados neste artigo permanecem substancialmente iguais desde a primeira edição em 1920 até a quarta em 1932. Uma grande parte (mas não toda) desta análise apareceu anteriormente em “Wealth and Welfare” (1912).

³⁶ Id. em xii

³⁷ Id. em 127-30.

³⁸ Em “Wealth and Welfare”, Pigou atribui o otimismo a Adam Smith mesmo, e não a seus seguidores. Lá ele se refere à “teoria bem otimista de Adam Smith de que o dividendo nacional, em certas circunstâncias de oferta e demanda, tende ‘naturalmente’ ao máximo” (p. 104).

³⁹ Pigou, op. cit. *supra* n. 35 em 129-30.

devido à ação do Estado. Entretanto, ainda há imperfeições. Que ação adicional do Estado é necessária?

Se isso for um resumo correto na posição de Pigou, a sua inadequação pode ser demonstrada através do exame do primeiro exemplo por ele dado acerca de divergência entre os ganhos privado e social.

Pode acontecer... dos custos recaírem sobre pessoas não diretamente envolvidas, através, por exemplo, dos danos indenizados causados às matas vizinhas a uma ferrovia pelas faíscas provenientes das locomotivas. Todos esses efeitos têm que ser incluídos – alguns serão fatores positivos, outros negativos – no cálculo do produto social líquido do aumento marginal de qualquer volume de recursos destinados a qualquer uso ou lugar⁴⁰.

O exemplo usado por Pigou se refere a uma situação real. Na Grã-Bretanha, a companhia ferroviária não tem a obrigação de indenizar aqueles que sofrem prejuízos provocados pelo fogo originado das faíscas dos motores dos trens. Tomando-se em conjunto com o que ele diz no Capítulo 9 da Parte II, entendo que as recomendações políticas de Pigou são, primeiro, a de que deveria haver ação estatal para corrigir essa situação “natural” e, segundo, que as companhias ferroviárias deveriam ser obrigadas a compensar aqueles que têm suas matas queimadas. Sendo esta a correta interpretação da posição de Pigou, eu sustentaria que a primeira recomendação está baseada numa compreensão equivocada dos fatos e que a segunda não é necessariamente desejável.

Consideremos o ponto de vista jurídico. Sob o título “Sparks from engines”, encontramos, na Halsbury’s Laws of England, o que segue:

Se os empresários da companhia ferroviária usam motores a vapor em suas ferrovias, sem expressa autorização legal para fazê-lo, eles são responsabilizáveis, independentemente de qualquer negligência de sua parte, pelo incêndio originado das faíscas dos motores dos trens. Entretanto, geralmente concede-se a esses empresários, via disposição legal, autorização para o uso de motores a vapor em suas vias férreas; nesse sentido, se um motor for construído com as precauções sugeridas pela ciência contra incêndio e for usado sem negligência, os empresários não são, segundo a *common law*, responsáveis por qualquer prejuízo que possa vir a ser causado pelas faíscas... Na construção de um motor, cabe ao empresário valer-se de todas as descobertas que a ciência tenha posto ao seu alcance para evitar a causação do dano, contanto que a exigência de adoção, pela companhia, de tais descobertas seja razoável, dispensando a devida atenção à probabilidade de dano e ao custo e conveniência da solução; contudo, não configura negligência por parte do empresário caso recuse a usar certo equipamento de cuja eficiência ele, de boa-fé, duvida.

A esta regra geral, sobrevém uma exceção legal que consta do Railway (Fires) Act, 1905, conforme emenda de 1923. Tal exceção se refere às terras agricultáveis ou às colheitas de produtos agrícolas.

Num caso como esse, o fato do motor ter sido usado de acordo com os poderes conferidos pela lei não afeta a responsabilização da companhia em uma ação pelos danos causados... Essa exceção legal, no entanto, aplica-se, tão-somente, nos casos em que o pedido de indenização... não exceda £200, [£100 na Lei de 1905] e nos quais haja notificação por escrito da ocorrência do incêndio e, ainda, em que a intenção de ingressar em juízo tenha sido enviada à companhia no prazo de sete dias da ocorrência do dano e, por fim, em que as especificidades do dano, detalhadas por escrito, tenham sido enviadas à companhia dentro de vinte e um dias, demonstrando-se que a quantia requerida em dinheiro não excede £200.

⁴⁰ Id. em 134.

Por terras agricultáveis não se entende pântano ou construções e a colheita não inclui os grãos já vendidos ou estocados⁴¹. Não tenho um estudo aprofundado acerca do histórico da elaboração dessa exceção legal no parlamento, mas, a julgar pelos debates na Câmara dos Comuns em 1922 e 1923, ela foi pensada, provavelmente, para ajudar os pequenos proprietários rurais⁴².

Retornemos ao exemplo de Pigou sobre os estragos não-indenizados causados às matas vizinhas à ferrovia pelas faíscas provenientes dos motores dos trens. Presumivelmente, tal exemplo é utilizado com a intenção de demonstrar como é possível “para a ação estatal aperfeiçoar tendências ‘naturais’”. Se tratarmos o exemplo de Pigou como uma referência à posição anterior a 1905, ou como sendo um exemplo arbitrário (no qual ele poderia muito bem ter escrito “prédios vizinhos” em vez de “matas vizinhas”), então, claro está que a razão pela qual a indenização não era paga há de ter sido a de que a companhia ferroviária gozava de autorização legal para utilizar motores a vapor (o que a exonerava de responsabilização por incêndios causados pelas faíscas). Este era o entendimento jurídico estabelecido em 1860, em um caso, suficientemente esquisito, que versava sobre um incêndio causado pelas faíscas dos trens às matas circundantes à via férrea⁴³, e o direito vigente, nesse ponto, não se alterou (salvo pela exceção supracitada) mesmo após um século de legislação ferroviária, incluindo a nacionalização das ferrovias. Se tratarmos o exemplo de Pigou, acerca dos “estragos não-indenizados causados às matas vizinhas à ferrovia pelas fagulhas dos motores dos trens” de forma literal e assumirmos que é referente ao período após 1905, fica claro, então, que a razão pela qual a indenização não era paga, era a de que os prejuízos excediam a quantia de £100 (na primeira edição de *The Economics of Welfare*), ou de £200 (nas edições posteriores), ou que o dono da mata não notificava, por escrito, dentro de sete dias, a contar da data do incêndio, ou, ainda, que não enviava, por escrito, as particularidades do dano no prazo de vinte e um dias. No mundo real, o exemplo de Pigou poderia existir apenas como o resultado de uma deliberada escolha dos legisladores. Não é fácil, obviamente, imaginar a construção de uma ferrovia em um ambiente de estado de natureza. O mais próximo que se pode chegar disso é supor que a companhia ferroviária valia-se dos motores a vapor “sem expressa autorização legal”. Entretanto, nesse caso, a companhia ferroviária seria obrigada a compensar os donos das matas que foram incendiadas. Ou seja, a indenização seria paga na ausência de ação governamental. As únicas circunstâncias em que a compensação não seria paga seriam aquelas nas quais teria havido ação governamental. É estranho que Pigou, que realmente acreditava ser desejável o pagamento da indenização, tenha escolhido esse exemplo para demonstrar como é possível “para a ação estatal aperfeiçoar tendências ‘naturais’”.

Pigou parece ter tido uma visão equivocada dos fatos que envolviam a situação. Mas parece que ele também estava errado em sua análise econômica. Não é necessariamente desejável que a companhia ferroviária devesse ser obrigada a indenizar aqueles que sofreram os prejuízos decorrentes do incêndio causado pelos motores das locomotivas. Eu não preciso demonstrar aqui que, se a companhia pudesse barganhar com cada proprietário de terreno adjacente à linha ferroviária e não houvesse custos envolvidos em tal procedimento, não importaria se a companhia era ou não responsabilizável pelos prejuízos causados em razão do incêndio. Essa questão foi tratada em profundidade nas seções anteriores. O problema é se seria desejável que a companhia fosse responsabilizável em circunstâncias nas quais o custo para realizar a barganha é muito alto. A posição de Pigou era clara no sentido de que era desejável

⁴¹ Ver 31 Halsbury, *Laws of England* 474-75 (3ed. 1960), artigo sobre Ferrovias e Canais, do qual este sumário do posicionamento legal, e todas citações, foram tiradas.

⁴² Ver 152 H.C. Deb. 2622-63 (1922); 161 H.C. Deb. 2935-55 (1923).

⁴³ *Vaughan v. Taff Vale Railway Co.*, 3 H. e N. 743 (Ex. 1858) e 5 H. e N. 679 (Ex. 1860).

forçar a companhia ferroviária a pagar a indenização, sendo fácil perceber o tipo de argumentação que o teria levado a essa conclusão. Suponha que uma companhia ferroviária esteja analisando se coloca um trem adicional ou se aumenta a velocidade de um trem já existente, ou, ainda, se instala dispositivos capazes de impedir faíscas em seus motores. Caso a companhia não fosse responsabilizável pelos estragos causados pelo incêndio, então, quando de sua análise, não levaria em conta, como um custo, o aumento nos estragos por ela causados resultante da colocação de um trem a mais em circulação, ou do aumento da velocidade do trem já existente ou, ainda, da não-instalação de filtros. Essa é a fonte da divergência entre os ganhos totais, privado e social. Isso resulta numa atuação da companhia voltada para a diminuição do valor da produção total – o que não aconteceria caso a companhia fosse responsabilizável pelos prejuízos causados. Isso pode ser demonstrado através de um exemplo aritmético.

Considere uma companhia ferroviária, a qual *não* é responsabilizável pelos estragos causados pelos incêndios decorrentes das faíscas dos motores dos trens, que coloca em funcionamento dois trens por dia em uma certa linha. Suponha que o funcionamento de um trem por dia tornasse possível para a companhia prestar serviços pelo valor de \$150 por ano e que o funcionamento de dois trens por dia tornasse possível a prestação de seus serviços pelo valor de \$250 por ano. Suponha, ainda, que o custo de funcionamento de um trem seja de \$50 por ano e o de dois trens seja de \$100 anuais. Considerando um ambiente de concorrência perfeita, o custo é igual à queda no valor da produção em outro lugar, devido ao emprego de fatores adicionais de produção pela companhia ferroviária. Claramente, a companhia acharia lucrativo colocar dois trens em funcionamento por dia. Entretanto, suponha que o funcionamento de um trem por dia destruiria, em razão de incêndio, uma colheita valorada (pela média do ano) em \$60 e o funcionamento de dois trens por dia resultaria na destruição do equivalente a \$120. Nessas circunstâncias, o funcionamento de um trem por dia aumentaria o valor da produção total, mas o funcionamento do segundo trem reduziria o valor da produção total. O segundo trem tornaria possível à companhia prestar serviços ferroviários adicionais pelo valor de \$100 por ano. Mas a queda no valor da produção em outro lugar seria de \$110 por ano; \$50, como o resultado do emprego de fatores de produção adicionais, e \$60, em razão da destruição da colheita. Uma vez que seria melhor se o segundo trem não fosse colocado em funcionamento e tendo em vista que ele não seria colocado em funcionamento caso a companhia fosse responsabilizável pelos estragos causados à colheita, a conclusão de que se deve **fazer com que a companhia seja responsabilizável pelos estragos parece irresistível**. Sem dúvida alguma, esse é o tipo de raciocínio no qual se baseia a **posição Pigouviana**.

É correta a conclusão de que seria melhor se o segundo trem não fosse posto em funcionamento. Contudo, a conclusão de que se deveria fazer com que a companhia fosse responsabilizável pelos prejuízos causados está errada. Vamos mudar a suposição concernente à regra da responsabilização. Suponha que a companhia seja responsabilizável pelos estragos causados em razão dos incêndios decorrentes das faíscas produzidas pelos motores a vapor. Um agricultor, proprietário de terras adjacentes à via férrea, encontra-se na situação em que, se a sua colheita for destruída pelo fogo causado em razão da atividade ferroviária, receberá da companhia ferroviária o preço de mercado de tais produtos agrícolas; mas, caso a sua plantação não seja destruída, ele receberá o preço de mercado por meio das vendas. Disso resulta, portanto, que é indiferente para ele se a sua plantação é ou não destruída pelo incêndio. Contudo, essa posição é bastante diferente quando a companhia *não* é responsabilizável pelos prejuízos que causa. Qualquer destruição da colheita causada por incêndios decorrentes da atividade ferroviária reduziria, assim, as receitas do agricultor. Em assim sendo, ele deixaria de cultivar toda terra para a qual os prejuízos sofridos pudessem ser superiores ao retorno líquido dela adveniente (as razões para isso foram explicadas em profundidade na Seção III). A

mudança do regime em que a companhia ferroviária *não* é responsabilizável, para um no qual a companhia pode vir a ser responsabilizada, é capaz de levar ao aumento na quantidade de terra cultivada nas proximidades da ferrovia. Da mesma forma, tal mudança levará ao aumento na destruição de plantações por incêndios causados pelos trens.

Retornemos ao nosso exemplo aritmético. Assuma que, com a mudança da regra de responsabilização, a destruição da plantação por incêndios causados pelos trens da companhia ferroviária é duas vezes maior. Com o funcionamento de um trem por dia, uma colheita no valor de \$120 seria destruída a cada ano e, com dois trens por dia, a destruição da colheita equivaleria à \$240. Vimos anteriormente que, caso a companhia tivesse de pagar \$60 por ano a título de indenização, não seria lucrativo o funcionamento do segundo trem. Com danos ao valor de \$120 por ano, a perda em razão do funcionamento do segundo trem seria \$60 maior. Mas vamos nos concentrar, por ora, no primeiro trem. O valor do serviço de transporte fornecido pelo primeiro trem é de \$150. O custo de funcionamento desse trem é de \$50. A quantia que a companhia teria de pagar pelos danos causados seria de \$120. Disso se segue que não seria rentável colocar trem algum para funcionar. A partir desse exemplo, chegamos à seguinte conclusão: se a companhia não fosse responsabilizável pelos prejuízos causados pelo incêndio, dois trens por dia seriam postos em funcionamento; se a companhia fosse responsabilizável pelos prejuízos do incêndio, ela encerraria, por completo, a atividade ferroviária. Isso significa que é melhor que não deva existir ferrovia? Essa questão pode ser resolvida considerando o que ocorreria com o valor da produção total se fosse decidido que a companhia ferroviária estaria isenta da responsabilidade pelo incêndio, e, então, refaz-se o cálculo (com dois trens por dia).

O funcionamento da companhia proporcionaria serviços de transporte ao valor de \$250. Significaria, da mesma forma, o emprego de fatores de produção que reduziriam o valor da produção em outro lugar em \$100. Além disso, significaria a destruição da colheita avaliada em \$120. As operações da companhia também terão levado ao abandono do cultivo de algumas áreas de terra. Cientes de que, caso a terra tivesse sido cultivada, o valor da colheita destruída pelo fogo seria de \$120, e tendo em vista que é improvável que toda a plantação nesse pedaço de terra fosse destruída, parece razoável supormos que o valor da colheita ali plantada teria sido maior do que isso. Vamos assumir que esse valor fosse \$160. Entretanto, o abandono do cultivo tornaria possível que os fatores de produção fossem empregados em outro lugar. Tudo o que sabemos é que o quanto o valor de produção em outro lugar será aumentado em razão do uso dos fatores de produção será inferior a \$160. Suponha que seja \$150. Então, o ganho por fazer a ferrovia funcionar seria de \$250 (o valor dos serviços de transporte), menos \$100 (o custo dos fatores de produção), menos \$120 (o valor da colheita destruída), menos \$160 (a queda no valor da produção agrícola devido ao abandono do cultivo), mais \$150 (o valor da produção em outro lugar, em razão da disposição dos fatores de produção). Enfim tudo isso considerado, o funcionamento da ferrovia aumentaria o valor da produção total em \$20. Nesse cenário, resta claro que o melhor é que a companhia ferroviária não deva ser responsabilizável pelos prejuízos que causa, capacitando-a, assim, a funcionar de forma lucrativa. É evidente que, alterando-se os números, poder-se-ia demonstrar que há outros casos nos quais seria desejável que a companhia devesse ser responsabilizável pelos prejuízos por ela causados. Para os meus propósitos, é suficiente demonstrar que, de um ponto de vista econômico, a situação na qual há “estragos não indenizados causados às matas vizinhas à ferrovia pelas faíscas produzidas pelos motores dos trens” não é, necessariamente, indesejável. Ser desejável ou não, depende de circunstâncias particulares.

Como é que a análise Pigouviana parecer ter dado a resposta errada? A razão para tanto é a de que Pigou parece não ter notado que a sua análise dizia respeito a uma questão completamente distinta. A análise em si está correta. Mas ela não legitima Pigou a deduzir a conclusão específica a qual ele chega. A questão fulcral não é saber se é desejável colocar mais um trem para funcionar ou um trem mais rápido, ou, ainda, a instalação de dispositivos capazes de impedir faíscas; a questão em debate circunscreve-se a saber **se é desejável ter um sistema no qual a companhia ferroviária deve indenizar os que sofreram os prejuízos por ela causados ou um sistema em que a companhia não tem de indenizá-los.** Quando um economista está comparando arranjos sociais alternativos, a maneira apropriada de proceder é comparar o produto social total produzido por cada um desses arranjos. **A comparação entre os produtos privado e social não tem relevância.** E isso pode ser demonstrado com um simples exemplo. Imagine uma cidade em que há semáforos. Um motorista se aproxima de um cruzamento e pára porque o sinal está vermelho. Pelo outro lado, não há carros se aproximando. Se o motorista ignorasse o sinal fechado, nenhum acidente seria causado e o produto social aumentaria em razão de que o motorista chegaria mais cedo ao seu destino. Por que o motorista não age dessa forma? A razão é que, caso ignorasse o sinal, o motorista seria multado. O ganho privado adveniente da transgressão é menor do que o ganho social. Deveríamos, assim, inferir que o ganho total seria maior se não houvesse penalidades por desobediência aos sinais de trânsito? A análise de Pigou mostra-nos que é possível conceber mundos melhores do que esse em que vivemos. Mas o problema é delinear arranjos práticos que corrijam defeitos em uma parte do sistema sem, contudo, causar prejuízos mais sérios em outras.

Examinei, de forma detalhada, um exemplo de divergência entre os ganhos privado e social e não pretendo fazer qualquer exame adicional sobre o sistema analítico de Pigou. Entretanto, a principal discussão do problema apreciado nesse artigo é encontrada em uma passagem do Capítulo 9, da Parte II, que trata da segunda classe de divergência de Pigou, sendo interessante notar como ele desenvolve seu argumento. A própria descrição de Pigou acerca da aludida segunda classe de divergência foi citada no início da presente seção. Pigou faz uma distinção entre o caso no qual uma pessoa presta serviços pelos quais ela não recebe pagamento e o caso em que uma pessoa presta desserviços sem que as partes por eles prejudicadas sejam indenizadas pelos prejuízos sofridos. Temos concentrado nossa atenção, obviamente, neste segundo caso. É, portanto, ainda mais surpreendente descobrir, como alertado a mim pelo Professor Francesco Forte, que o problema da emissão de fumaça pela chaminé – o “exemplo do gado”⁴⁴ ou o “exemplo da sala de aula”⁴⁵, referentes ao segundo caso – é utilizado por Pigou como exemplo do primeiro caso (serviços prestados sem o recebimento de pagamento), jamais sendo mencionado, em absoluto, em conexão com o segundo caso⁴⁶. Pigou assevera que os proprietários da fábrica, os quais empregam recursos para evitar a emissão de fumaça pelas chaminés, prestam serviços pelos quais não são remunerados. A implicação disso, à luz da discussão realizada por Pigou mais à frente no mesmo capítulo, é que **ao proprietário de uma fábrica emissora de fumaça deveria ser dada uma recompensa, a fim de induzi-lo a instalar filtros. A maior parte dos economistas modernos, entretanto, sugeriria que o proprietário da fábrica emissora de fumaça deveria ter que pagar tributos por sua atividade.** É uma pena que, ao que parece, os economistas (o Professor Forte à parte) não tenham notado tal aspecto da abordagem de Pigou, uma vez que a percepção de que o problema poderia ser enfrentado por qualquer dos dois caminhos levaria, provavelmente, ao reconhecimento explícito de sua natureza recíproca.

⁴⁴ Sir Dennis Robertson, *I Lectures on Economic Principles* 162 (1957).

⁴⁵ E. J. Mishan, *The Meaning of Efficiency in Economics*, 189 *The Bankers' Magazine* 482 (junho 1960).

⁴⁶ Pigou, op. cit. *supra* n. 35 em 184.

Ao discutir o segundo caso (desserviços sem a indenização dos prejudicados), Pigou afirma que tais desserviços são prestados “quando o proprietário de um terreno em uma quadra residencial de uma cidade constrói uma fábrica e, assim, destrói grande parte do conforto dos terrenos vizinhos; ou, em um menor nível, quando ele usa o seu terreno de tal forma a prejudicar a iluminação da casa em frente; ou, ainda, quando emprega recursos para erguer prédios em um centro já superpopulado, os quais, pela limitação do espaço aéreo e dos parques da vizinhança, tendem a prejudicar a saúde e a boa organização das famílias que moram lá”⁴⁷. Pigou está, é claro, razoavelmente correto ao descrever tais ações como “desserviços não-cobrados”. Contudo, está errado quando as descreve como atos “anti-sociais”⁴⁸. Elas podem ser ou não. É necessário comparar o prejuízo causado com o bem gerado. Nada poderia ser mais “anti-social” do que obstar qualquer ação que causasse qualquer prejuízo a alguém.

O exemplo com o qual Pigou inaugura sua discussão acerca dos “desserviços não-cobrados” não é, conforme indiquei, o caso da fumaça emitida pela chaminé, mas, sim, o caso dos coelhos fugidios: “... desserviços incidentais não-cobrados são prestados a terceiros quando as atividades de preservação realizadas por um proprietário envolvem a fuga de coelhos para o terreno do proprietário vizinho.” O referido exemplo é extraordinariamente interessante. Não tanto em razão da análise econômica do caso, que não difere em essência da realizada em outros exemplos, mas sim devido às peculiaridades da posição jurídica sobre o caso e à luz que joga sobre o papel que a teoria econômica pode desempenhar naquilo que é, aparentemente, uma questão puramente jurídica de delimitação de direitos.

O problema da responsabilização pelos atos dos coelhos é espécie do gênero responsabilidade pelos animais⁴⁹. Confinarei, embora com relutância, minha discussão aos coelhos. Os primeiros casos relacionados a coelhos versavam sobre as relações entre o senhor feudal e os vassalos, uma vez que, a partir do século XIII, tornou-se habitual o senhor prover os vassalos com coelhos, visando duplamente ao aproveitamento da carne e da pele desses animais. Mas, em 1597, no caso *Boulston*, uma ação foi proposta por um proprietário contra um vizinho seu, também proprietário, alegando que o réu havia feito tocas para os coelhos e que o número destes havia aumentado, causando a destruição do milharal do autor. A ação fracassou pela razão de que:

... tão logo os coelhos adentram à propriedade do vizinho, este pode matá-los, uma vez que não são considerados, pelo Direito, animais domésticos pertencentes a alguém*, e aquele que fez as tocas de coelho não tem o direito de propriedade sobre os mesmos, não devendo ser punido pelos prejuízos

⁴⁷ Id. em 185-86.

⁴⁸ Id. em 186 n. 1. Para declarações igualmente desqualificadas, ver a palestra de Pigou “Some Aspects of the Housing Problem” em B. S. Rowntree e A. C. Pigou, *Lectures on Housing*, in 18 Manchester Univ. Lectures (1914).

⁴⁹ Ver G. L. Williams, *Liability for Animals – An account of the Development and Present Law of Tortious Liability for Animals, Distress Damage Feasant and the Duty to Fence*, in Great Britain, Northern Ireland and the Common Law Dominions (1939). A parte quatro, “The Action of Nuisance, in Relation to Liability for Animals”, 236-62, é especialmente relevante para nossa discussão. O problema da responsabilização pelos atos dos coelhos é abordado nessa parte, 238-47. Não sei o quão divergente o Direito sobre a responsabilidade pelos animais nos Estados Unidos é do Britânico. Em alguns estados do oeste dos Estados Unidos, a regra inglesa a respeito do dever de cercar não tem sido seguida, em parte porque “a grande quantidade de terra aberta e não cercada fez com que fosse matéria de política pública permitir que o gado corresse livremente” (Williams, op. cit. supra 227). Isto nos dá um bom exemplo de como, em circunstâncias diferentes, pode ser economicamente desejável mudar a posição jurídica sobre a delimitação de direitos.

* N.T.: O termo utilizado no original para designar que os coelhos, nesse caso, não eram considerados parte da propriedade do réu é a expressão em latim “*ferae naturae*”, que, na tradição do Direito de propriedade inglês se refere aos animais que, enquanto não forem capturados e domesticados, não são considerados parte de uma determinada propriedade.

por eles infligidos em lugar cuja propriedade não lhe pertence, e onde outrem poderia, legalmente, matá-los⁵⁰.

Enquanto o caso *Boulston* tem sido tratado como uniformizador – Bray, J., em 1919, afirmou que não tinha conhecimento de que o caso *Boulston* havia sido, uma vez sequer, rejeitado ou questionado⁵¹ – o exemplo de Pigou dos coelhos, indubitavelmente, representava o posicionamento legal ao tempo em que *The Economics of Welfare* foi escrito⁵². E, nesse caso, não se estaria distante da verdade ao se afirmar que a situação descrita por Pigou ocorreu devido à ausência de ação governamental (em qualquer medida na forma de elaboração de leis) e foi o resultado de tendências “naturais”.

Não obstante, o caso *Boulston* contém algo de curioso do ponto de vista jurídico, e o Professor Williams não faz segredo de seu desgosto por esta decisão:

A noção de responsabilização pela causação de incômodos construída sobre a idéia de propriedade é o resultado, aparentemente, de uma confusão envolvendo ações de danos provocados pelo gado e vai de encontro tanto aos princípios quanto às autoridades medievais no que diz respeito ao vazamento de água, fumaça e poluição... O pré-requisito para uma abordagem satisfatória acerca da matéria é o abandono definitivo da pernicioso doutrina do caso *Boulston*... Uma vez que tal caso desapareça, o caminho estará livre para a reformulação racional do assunto como um todo, sobre linhas que estarão em harmonia com os princípios prevalentes nas outras partes do Direito de propriedade⁵³.

Os juízes do caso *Boulston* estavam, evidentemente, cientes de que a sua visão do problema dependia da distinção deste caso de um envolvendo a causação de incômodos:

Esta causa não é igual aos casos colocados em outra categoria que envolvem a construção de um forno de calcinação, tinturaria ou algo do gênero; enquanto em tais casos o incômodo provém do ato das partes que o causam; não é isto que ocorre aqui, dado que, por ações próprias, os coelhos adentraram o terreno do autor, autorizando-o a capturá-los e a lucrar com eles⁵⁴.

O Professor Williams comenta:

Mais uma vez erigi-se a idéia atávica de que os animais são culpados e não o dono da terra. Por óbvio, não é um princípio satisfatório para se introduzir no moderno Direito de propriedade. Se *A* constrói uma casa ou planta uma árvore e a água da chuva, a partir da calha ou dos galhos, recai sobre a propriedade de *B*, a ação foi feita por *A* e ele responsabilizável por ela; mas, se *A* introduz coelhos em sua propriedade e eles escapam para o terreno de *B*, o ato é realizado pelos animais, não sendo *A* responsabilizável – esta é a especiosa distinção resultante do caso *Boulston*⁵⁵.

Deve-se admitir que a decisão proferida no caso *Boulston* parece um pouco estranha. Um homem pode ser responsabilizável pelos incômodos causados pela fumaça ou pelo mau cheiro, sem que seja necessário determinar se ele tem propriedade sobre a fumaça ou o mau cheiro. E a regra expressa no caso *Boulston* não tem sido sempre seguida em casos envolvendo outros animais. Por exemplo, no caso *Bland v. Yates*⁵⁶, foi decidido que a ordem judicial poderia ser concedida para evitar que alguém mantivesse um incomum e excessivo acúmulo de adubo sobre o qual moscas proliferassem, tendo por consequência a infestação da propriedade vizinha. A questão acerca de quem seria o proprietário das moscas não foi levantada. Um

⁵⁰ 5 Coke (Vol. 3) 104 b. 77 Eng. Rep., 216, 217.

⁵¹ Ver *Stearn v. Prentice Bros. Ltd.*, (1919) 1 K.B., 395, 397.

⁵² Eu não olhei casos recentes. O posicionamento jurídico também foi modificado devido os decretos estatutários.

⁵³ Williams, op. cit. supra n. 49 em 242, 258.

⁵⁴ *Boulston v. Hardy*, CRO. Eliz., 547, 548, 77 Eng. Rep. 216.

⁵⁵ Williams, op. cit. supra n. 49 em 243.

⁵⁶ 58 Sol.J. 612 (1913-1914).

economista não desejaria opor-se a isso porque o raciocínio jurídico, por vezes, parece um pouco esquisito. Mas há forte embasamento econômico para sustentar a visão do Professor Williams de que **o problema da responsabilidade pelos animais (e, particularmente por coelhos) deveria ser conduzido para dentro do Direito de propriedade.** A razão não é o fato de ser o homem que abriga os coelhos exclusivamente culpado pelo dano; o homem cuja colheita foi comida é igualmente responsável. E, dado que os custos das transações no mercado tornam a realocação de direitos impossível, a menos que sejam conhecidas as circunstâncias particulares, não se pode afirmar se é desejável ou não tornar o homem que abriga os coelhos responsabilizável pelos prejuízos causados pelos animais às propriedades vizinhas. A objeção à regra expressa no caso *Boulston* é a de que, sob sua vigência, aquele que abriga os coelhos *jamais* pode ser responsável. Há a fixação da regra da responsabilidade em um pólo e isso é tão indesejável do ponto de vista econômico quanto fixar a regra no pólo oposto, tornando o mantenedor dos coelhos sempre responsabilizável. Mas, conforme visto na Seção VII, o Direito de propriedade, conforme efetivamente interpretado pelos tribunais, é flexível e permite a comparação da utilidade de uma atividade com o prejuízo por ela produzido. Como afirma o Professor Williams, **“O Direito de propriedade, em seu todo, é uma tentativa de reconciliação e comprometimento entre os interesses conflitantes...”**⁵⁷. Trazer o problema dos coelhos para dentro do Direito de propriedade não significaria fazer com que, inevitavelmente, o criador de coelhos se tornasse responsabilizável pelos prejuízos provocados pelos animais. Isso não significa dizer que **a única tarefa dos tribunais, em tais casos, é fazer uma comparação entre o prejuízo e a utilidade da atividade.** Da mesma forma, não se espera que os tribunais decidirão sempre corretamente após a realização de tal comparação. Mas, a não ser que os tribunais ajam com muita insensatez, **o Direito de propriedade parece gerar, economicamente, resultados mais satisfatórios do que a adoção da regra rígida.** O caso de Pigou acerca da fuga dos coelhos promove um excelente exemplo de como os problemas de Direito e teoria econômica são inter-relacionados, ainda que a política correta a seguir pareça ser outra que não a vislumbrada por Pigou.

Pigou permite uma exceção à sua conclusão de que há uma divergência entre os produtos privado e social no exemplo da fuga dos coelhos. Ele acrescenta: “... a não ser... que dois ocupantes figurem na relação de locador e locatário, de forma que uma indenização é dada por meio de um ajuste no aluguel”⁵⁸. Tal qualificação é ainda mais surpreendente, uma vez que a primeira classe de divergência de Pigou refere-se, largamente, à dificuldade de se elaborar contratos satisfatórios entre locadores e locatários. De fato, todos os casos recentes acerca do problema dos coelhos citados pelo Professor Williams envolviam disputas entre locadores e locatários, cujo objeto era o direito à prática da caça esportiva⁵⁹. Pigou parece estabelecer uma distinção entre casos em que nenhum contrato é possível (a segunda classe) e aqueles nos quais o contrato é insatisfatório (a primeira classe). Nesse sentido, assevera que a segunda classe de divergências entre os produtos privado e social líquidos

não pode, tal como as divergências referentes às leis de locação, ser mitigada através de uma modificação da relação contratual entre quaisquer contratantes, porque ela exsurge a partir do serviço ou do desserviço prestado a pessoas outras que não as partes envolvidas no contrato⁶⁰.

Mas a razão pela qual algumas atividades não são objeto de contratos é exatamente a mesma pela qual alguns contratos são, comumente, insatisfatórios – seria muito custoso definir,

⁵⁷ Williams, op. cit. supra n. 49 em 259.

⁵⁸ Pigou, op. cit., supra n. 35 em 185.

⁵⁹ Williams, op. cit. supra n. 49 em 244-47.

⁶⁰ Pigou, op. cit., supra n. 35 em 192.

corretamente, a questão. De fato, os dois casos identificam-se, vez que os contratos são insatisfatórios porque não prevêm certas atividades. É difícil descobrir o fundamento exato da discussão acerca da primeira classe de divergência no principal argumento de Pigou. Ele demonstra que, em algumas circunstâncias, as relações contratuais entre locador e locatário podem resultar em uma divergência entre os produtos privado e social⁶¹. Mas, ele investe, ainda, na demonstração de que o método de indenização forçada pelo governo e os controles dos aluguéis produzirão, de igual forma, divergências⁶². Além disso, evidencia que, quando o governo está em posição similar ao do locador privado, e.g., ao conceder uma utilidade pública, surgem exatamente as mesmas dificuldades de quando os indivíduos privados estão envolvidos⁶³. A discussão é interessante, mas eu ainda não consegui descobrir quais as conclusões gerais sobre política econômica, que, caso existam, Pigou espera que retiremos disso.

De fato, a abordagem de Pigou sobre os problemas considerados no presente ensaio é extremamente elusiva e a discussão de suas posições dá azo a dificuldades de interpretação quase insuperáveis. Conseqüentemente, é impossível assegurar-se de que alguém tenha entendido o que Pigou realmente quis dizer. Nada obstante, é difícil de resistir à conclusão, por mais extraordinário que isso possa ser na obra de um economista da estatura de Pigou, de que a principal fonte dessa obscuridade é que Pigou não pensou a sua posição de todos os pontos de vista possíveis.

IX. A TRADIÇÃO PIGOUVIANA

É estranho que uma doutrina tão falha quanto a desenvolvida por Pigou tenha exercido tanta influência, embora parte de tal sucesso seja devida, provavelmente, à falta de clareza em sua exposição. Em lhe faltando clareza, o seu erro jamais foi claramente apontado. Curiosamente, a obscuridade na fonte não evitou a emergência de uma bem-definida tradição oral. Aquilo que os economistas pensam aprender de Pigou, bem como aquilo que ensinam a seus alunos, o que eu chamo de tradição Pigouviana, resulta razoavelmente claro. Proponho explicitar a inadequação desta tradição, demonstrando que tanto a análise quanto as conclusões de políticas que tal tradição suporta são incorretas.

Não pretendo justificar a minha visão como a opinião que deva prevalecer por meio de copiosas referências à literatura. Isso porque o tratamento conferido pela literatura é, não-raro, fragmentado, e, com freqüência, envolve pouco mais do que uma referência a Pigou e um breve comentário explicativo, de forma que um exame detalhado seria inapropriado. Contudo, a principal razão pela qual não farei tal referência é que a doutrina, embora baseada em Pigou, tem sido, em grande medida, o resultado de uma tradição oral. Certamente, economistas com os quais tenho discutido estes problemas têm demonstrado haver uma unanimidade de opinião em torno dos mesmos, o que é digno de nota, considerando o tratamento deficiente conferido a tais problemas pela literatura. Não há dúvidas de que há alguns economistas que não comungam dessa visão comum, mas estes representam uma minoria.

A abordagem ao problema em questão é feita mediante a análise do valor da produção física. O produto privado é o valor do produto adicional resultante de uma determinada atividade de uma empresa. O produto social é igual ao produto privado menos a desvalorização

⁶¹ Id. 174-75.

⁶² Id. 177-83.

⁶³ Id. 175-77.

da produção em sua próxima melhor alternativa, pela qual (desvalorização) nenhuma indenização é paga pela empresa. Assim, se 10 unidades de um fator (e nenhum outro) são usadas por um empresa para a produção de um certo produto de valor igual a \$105; e o proprietário desse fator não é indenizado pelo seu uso, o qual não pode evitar; e estas 10 unidades do fator gerariam produtos que, empregados em seu melhor uso alternativo valeriam \$100,00; então, o produto social é a subtração de \$105 menos \$100, ou seja, \$ 5. Mas se a empresa agora paga por uma unidade do fator e o preço deste é igual ao valor de seu produto marginal, o produto social sobe para \$15. Se duas unidades são pagas, o produto social eleva-se a \$25 e assim sucessivamente, até o ponto em que se chega a \$105, quando todas as unidades do fator restam pagas. Não é difícil perceber a razão pela qual os economistas aceitaram tão prontamente este procedimento não-usual. A análise tem como foco as decisões empresariais individuais, e uma vez que o uso de certos recursos não é levado em conta nos custos de operação, as receitas são reduzidas no mesmo montante. Mas, é claro, isso quer dizer que o valor do produto social não tem qualquer significado social. Entendo ser preferível valer-se do conceito de custo de oportunidade e abordar esses problemas comparando o valor do produto gerado pelos fatores em usos alternativos ou por outras combinações. A maior vantagem do sistema de determinação de preços é que conduz ao emprego de fatores em atividades nas quais o valor do produto gerado é o maior, e assim o faz a um custo menor do que sistemas alternativos (deixo de considerar que o sistema de determinação de preços também mitiga o problema da redistribuição de renda). Mas, se por alguma força sobrenatural os fatores são empregados em atividades nas quais o valor do produto gerado foi o maior sem ter havido a influência do sistema de determinação de preços e, via de consequência, sem indenização, tenderia a considerar esta situação mais uma surpresa do que uma causa para decepção.

A definição de produto social é estranha, mas isso não significa que as conclusões retiradas para a política oriunda de sua análise estejam, necessariamente, equivocadas. Contudo, há fronteiras que podem ser perigosas numa abordagem que desvia a atenção das questões básicas e não há muitas dúvidas de que ela tem sido responsável por alguns dos erros expressos na doutrina atual. **A crença de que é desejável que os agentes que causam prejuízos devam ser compelidos a indenizar aqueles que os sofrem (o que foi objeto de exaustiva discussão na Seção VIII em conexão como exemplo das faíscas dos motores dos trens trazido por Pigou) é, indubitavelmente, o resultado de não se comparar o produto total que poderia ser obtido com arranjos sociais alternativos.**

A mesma falha pode ser encontrada nas propostas para a solução do problema dos efeitos prejudiciais através da utilização de tributos ou recompensas. Pigou confere considerável importância a esta solução, embora ele seja, como sempre, lacônico nos detalhes e seletivo na sua fundamentação.⁶⁴ Os economistas modernos tendem a pensar exclusivamente em tributação e de uma forma bastante precisa. O tributo deveria ser igual ao prejuízo causado e deveria, por isso, variar de acordo com a quantidade do prejuízo gerado. Como não se propõe que a renda adveniente do pagamento de tributos seja destinada àqueles que sofreram o prejuízo, tal solução não se equipara àquela na qual se obriga o causador do dano a indenizar os indivíduos por ele prejudicados, embora os economistas, de maneira geral, pareçam não atentar para isso e tendam a tratar as duas soluções como se fossem idênticas.

Suponha que uma fábrica emissora de fumaça se instale em um distrito que, antes, estava livre da poluição, vindo a causar danos no valor de \$100 por ano. Imagine que a solução adotada é a tributação da fábrica e que, por ano, o seu dono deve pagar \$100 enquanto a fábrica

⁶⁴ Id. 192-4, 381 e Public Finance 94-100 (3ª ed. 1947).

continuar a emitir fumaça. Assuma, ainda, que seja possível a instalação de um aparelho capaz de eliminar a fumaça ao custo de \$90 por ano. Nestas circunstâncias, tal aparelho deve ser instalado. Um dano de \$100 seria eliminado a um custo de \$90 e, assim, o proprietário da fábrica deixaria de gastar \$10 anualmente. Contudo, a solução adotada pode não ser ótima. Suponha que aqueles que sofrem o dano pela fumaça pudessem evitá-lo mudando-se para outras localidades ou, ainda, precavendo-se de outras formas ao custo de – ou que seja equivalente a uma perda de receita no valor de – \$40 por ano. Então, haveria um ganho no valor da produção de \$50 caso a fábrica continuasse a emitir fumaça e os indivíduos prejudicados se transferissem para outro lugar, ou tomassem qualquer outra medida capaz de evitar o dano. Se ao proprietário da fábrica impõe-se a obrigação de pagar um tributo proporcional ao dano causado, seria claramente desejável instituir uma dupla tributação, fazendo com que os residentes do distrito pagassem um montante igual ao custo adicional incorrido pelo proprietário da fábrica (ou pelos consumidores de seus produtos), de modo a evitar a causação do dano. Nessas condições, os indivíduos afetados pela fumaça ou não permaneceriam no distrito, ou adotariam outras medidas com o condão de evitar a ocorrência do dano, tendo em vista que o custo para tanto seria menor do que o custo em que incorreria o dono da fábrica para reduzir o dano (claro, sendo o objetivo do fabricante reduzir mais o montante de tributo a ser pago do que o nível de fumaça emitida). Um sistema tributário que fosse limitado à imposição do tributo ao fabricante causador do dano seria fonte de custos excessivamente elevados para prevenir a ocorrência de danos. Por certo, isso poderia ser evitado caso a base de cálculo do imposto fosse não o dano causado, mas a redução do valor da produção (neste sentido mais amplo) resultante da emissão de fumaça. Contudo, para tanto, seria necessário um conhecimento detalhado das preferências individuais, e não sou capaz de imaginar como o banco de dados para um sistema tributário desse tipo poderia ser elaborado. Com efeito, **as propostas de solução do problema da poluição causada pela fumaça, bem como outros problemas similares, através da tributação se sustentam com dificuldades: os problemas relativos ao cálculo; a diferença entre dano médio e dano marginal; as inter-relações entre os danos causados a diversas propriedades etc.** Mas é desnecessário examinar tais problemas aqui. Basta, para os meus propósitos, demonstrar que, ainda que o tributo equivalesse, exatamente, ao dano que as propriedades vizinhas viessem a sofrer como resultado de cada lufada adicional de fumaça, o tributo não seria capaz de, necessariamente, proporcionar condições ótimas. Um aumento no número de pessoas morando ou de comerciantes operando nos arredores da fábrica emissora de fumaça aumentará a quantidade de dano causado por uma dada emissão de fumaça. O tributo previsto, da mesma forma, aumentaria quanto maior fosse o número de indivíduos na vizinhança. Tal situação tenderá a levar a uma diminuição do valor da produção de fatores empregados pela fábrica, tanto porque a redução na produção, devido ao tributo, fará com que fatores fossem usados em outras atividades para as quais são menos valiosos, quanto pelo fato de que fatores serão desviados para a produzir meios de reduzir o nível de fumaça emitida. Contudo, as pessoas decididas a se estabelecer nas proximidades da fábrica não levarão em conta essa redução do valor da produção resultante de sua presença no local. O equívoco de não se considerar o custo que é imposto a outros indivíduos é comparável à ação do proprietário da fábrica em não atentar para o dano resultante da fumaça que emite. Sem a imposição do tributo, pode haver fumaça em demasia e pessoas nas proximidades da fábrica em número insuficiente; mas, com o tributo, poderá haver muito pouca fumaça e pessoas, nas proximidades da fábrica, em demasia. Não há razão para supor que um desses resultados é necessariamente preferível ao outro.

Não preciso utilizar muito espaço para discutir o erro semelhante oriundo da proposta segundo a qual as fábricas emissoras de fumaça deveriam, por meio de uma regulação urbanística, ser removidas dos distritos em que a fumaça emitida causa efeitos prejudiciais. Quando a mudança na localização da fábrica resulta em redução da produção, tal fato deve ser,

obviamente, levado em conta, sendo sopesado com o dano que seria causado caso a fábrica permanecesse no mesmo local. O objetivo de uma regulação desse tipo não deve ser eliminar a poluição causada pela fumaça, mas, antes, assegurar que o nível ótimo de poluição por fumaça, sendo este caracterizado pela quantidade que irá maximizar o valor da produção.

X. UMA MUDANÇA DE ABORDAGEM

Acredito que o fracasso dos economistas em alcançar as conclusões corretas acerca do tratamento dos efeitos prejudiciais não pode ser atribuído, simplesmente, a alguns descuidos em suas análises. Tal fracasso provém dos defeitos básicos na abordagem atual dos problemas da teoria econômica do bem-estar. Uma mudança de abordagem é necessária.

A análise em termos de divergências entre os produtos privado e social concentra-se nas deficiências particulares existentes no sistema e tende a fomentar a crença de que qualquer medida capaz de remover a deficiência é, necessariamente, desejável. Tal enfoque desvia a atenção das outras mudanças no sistema, as quais estão, inevitavelmente, associadas com as medidas corretivas; mudanças que podem muito bem produzir mais prejuízos do que a deficiência original. Nas seções anteriores do presente artigo, vimos muitos exemplos disso. Contudo, não é necessário abordar o problema desta forma. Os economistas que estudam os problemas da firma usam, habitualmente, a abordagem do custo de oportunidade e comparam as receitas obtidas de uma dada combinação de fatores com arranjos negociais alternativos. Parece oportuno valer-se de abordagem similar ao se tratar de questões de políticas econômicas e para comparar o produto total proporcionado por arranjos sociais alternativos. Neste artigo, a análise está limitada, como é usual neste segmento da teoria econômica, a comparações do valor de produção, tendo por base o mercado. Porém, é, obviamente, desejável que a escolha entre alocações sociais distintas para a solução dos problemas econômicos deva ocorrer em termos mais amplos e que o efeito total dessas alocações, em todas as esferas da vida, deva ser levado em consideração. Como Frank H. Knight tem, freqüentemente, enfatizado, os problemas da teoria econômica do bem-estar dissolver-se-ão, no final, num estudo da estética e da moral.

Um segundo aspecto do tratamento usual dado aos problemas discutidos nesse artigo é que a análise é feita em termos de uma comparação entre o estado de *laissez faire* e algum tipo de mundo ideal. Uma abordagem como essa conduz, inevitavelmente, ao vácuo de pensamento, vez que a alternativa a ser comparada jamais é clara. Em um Estado de *laissez faire*, há um sistema monetário, legal ou político, e, se sim, como funciona? Em um mundo ideal, haveria um sistema monetário, legal ou político, e se sim, como seria? As respostas a todas essas perguntas compõem um enigma e todo homem é livre para alcançar a conclusão que preferir. Na verdade, quase nenhuma análise é necessária para demonstrar que um mundo ideal é melhor do que o Estado de *laissez faire*, a não ser que as definições deste estado e do mundo ideal sejam equivalentes. Mas, a discussão toda é, em grande medida, irrelevante para as questões de políticas econômicas, uma vez que, qualquer que seja o mundo ideal que tenhamos em mente, resta claro que nós ainda não descobrimos como alcançá-lo a partir da posição que nos encontramos. Melhor abordagem parece ser iniciar a análise com a situação aproximada daquilo que realmente existe, para examinar os efeitos da mudança de política proposta e para tentar decidir se a nova situação seria, no todo, melhor ou pior do que a situação original. Desse modo, as conclusões atingidas teriam alguma relevância para a realidade.

Uma razão final para o fracasso no desenvolvimento de uma teoria apropriada para enfrentar o problema dos efeitos prejudiciais deriva de um conceito equivocado de fator de produção. Este é, geralmente, pensado como uma entidade física que o empresário adquire e usa (um pedaço de terra, uma tonelada de fertilizante), em vez de o direito de realizar certas ações (físicas). Nós podemos nos referir a uma pessoa que possui terra e que a utiliza como um fator de produção, mas o que, realmente, o proprietário possui é o direito de realizar uma definida lista de ações. **Os direitos do proprietário não são ilimitados.** Não é nem mesmo sempre possível para ele remover a terra para outro lugar, por exemplo, pela sua extração. E, ainda que seja possível, para o proprietário, excluir algumas pessoas do uso de “sua” terra, isso pode não ser verdade em relação às outras. Por exemplo, algumas pessoas podem ter o direito de servidão. Além disso, pode haver ou não a possibilidade de construir certos tipos de prédios ou cultivar certos produtos agrícolas, ou, ainda, utilizar sistemas específicos de drenagem na terra. Isso não ocorre simplesmente em razão da regulação governamental. Ocorreria, também, no sistema de *common law*. Na verdade, isso seria assim em qualquer sistema jurídico. Um sistema em que os direitos dos indivíduos fossem ilimitados seria um sistema em que não haveria direitos a serem adquiridos.

Se os fatores de produção são pensados como direitos, torna-se mais fácil compreender que o direito de fazer algo que gera efeitos prejudiciais (tais como a emissão de fumaça, barulho, odores, etc.) é, também, um fator de produção. Da mesma forma que podemos usar um pedaço de terra de modo a evitar que as pessoas o atravessem, ou estacionem seus carros, ou construam suas casas sobre o mesmo, nós podemos usá-lo de modo a denegá-las uma vista, ou o silêncio, ou um ar não-poluído. **O custo de exercer um direito (de usar um fator de produção) é sempre a perda sofrida em outro lugar em consequência do exercício desse direito – a incapacidade de cruzar a terra, estacionar o carro, construir uma casa, gozar de uma vista, ter paz e silêncio, respirar ar limpo.**

Seria claramente desejável se as únicas ações realizadas fossem aquelas nas quais o ganho gerado valesse mais do que a perda sofrida. Mas, ao se escolher entre arranjos sociais em um contexto no qual decisões individuais são tomadas, temos que ter em mente que **uma mudança no sistema existente, a qual levará a uma melhora em algumas decisões, pode muito bem levar a uma piora em outras.** Além disso, tem-se que levar em conta os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais (seja o trabalho de um mercado ou de um departamento de governo), bem como os custos envolvidos na mudança para um novo sistema. **Ao se projetar e escolher entre arranjos sociais, devemos atentar para o efeito total.** Isso, acima de tudo, é a mudança de abordagem que estou defendendo.