

O PROBLEMA DO CUSTO SOCIAL¹

Ronald H. Coase
Universidade da Virgínia

I. O PROBLEMA A SER EXAMINADO²

O presente ensaio versa sobre as ações das firmas de negócios que geram efeitos danosos em outros. O exemplo padrão é aquele da fábrica cuja fumaça causa efeitos aos ocupantes de propriedade vizinhas. A análise econômica de uma situação como essa se dá, geralmente, nas bases da divergência entre o produto privado e o social da fábrica, na qual os economistas têm, largamente, seguido o tratamento dado por Pigou em *The Economics of Welfare*. As conclusões a que tal tipo de análise parece ter levado a maioria dos economistas são as de que se desejaria tornar o proprietário da fábrica responsável pelos danos causados aos atingidos pela fumaça ou, alternativamente, aplicar uma multa ao proprietário da fábrica, a qual variaria de acordo com o montante de fumaça produzida e equivalente, em termos monetários, ao dano que causasse, ou, por fim, excluir a fábrica dos distritos residenciais (e, presumivelmente, de outras áreas em que a emissão de fumaça teria efeitos nocivos). A minha argumentação é no sentido de que os aludidos cursos de ação são inapropriados, vez que conduzem a resultados que não são necessariamente, ou, ainda, 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 comumente pensada na forma em que **A** inflige um dano em **B** e o que tem de ser decidido é: como devemos coibir **A**? Mas isso está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Para evitar o dano em **B**, dever-se-ia causar um dano em **A**. A verdadeira questão a ser respondida é: **A** deveria estar permitido a causar um dano em **B** ou deveria **B** estar permitido a causar um dano em **A**? O problema está em evitar o dano mais sério. Eu exemplifiquei em meu artigo anterior³ o caso de um confeitiro, de cujo maquinário provinham ruído e vibrações que perturbavam a atividade de um médico. A fim de evitar o dano ao doutor, infligir-se-ia um dano 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 valer, assegurar mais atividade médica ao custo da redução da oferta de

¹ 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 Timm.

² 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.

³ Coase, "The Federal Communications Commission," *J. Law and Econ.*, II (1959), 26-27.

produtos de confeitaria. Um outro exemplo é proveniente do problema do gado que, ao vagrear, destrói a plantação na propriedade vizinha. Em sendo inevitável o dano causado pelo gado na 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 messe. A resposta deve ser dada não é, por óbvio, determinada, a menos que se saiba o valor daquilo que é obtido, bem como o valor daquilo que se sacrifica para obtê-lo. Para dar outro exemplo, o Professor George J. Stigler refere o caso de contaminação de um córrego⁴. Assumindo-se que o efeito danoso 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 que a contaminação do córrego torna possível. É praticamente desnecessário dizer que um problema desses deve ser analisado no todo e em seus acréscimos.

III. O SISTEMA DE PREÇOS COM RESPONSABILIDADE POR DANOS

Proponho iniciar a minha análise pelo exame de um caso cujo problema muitos economistas iriam, presumivelmente, concordar que deveria ser resolvido de uma maneira completamente satisfatória: quando a atividade nociva tem de pagar por todo o dano causado e o sistema de preços funciona suavemente (de forma estrita, isso significa que a operação de um sistema de preços ocorre sem custos).

Um bom exemplo do problema sob discussão é propiciado pelo caso do gado que, ao vagrear, destrói a plantação cultivada na área de terras adjacente. Vamos supor que o agricultor e o pecuarista estejam desempenhando suas atividades em propriedades vizinhas. Vamos supor, ainda, que sem que haja qualquer separação entre as propriedades, o aumento do rebanho do pecuarista eleva o total de danos causado à messe do agricultor. O que ocorre com o dano marginal quando do aumento do número de bois no rebanho é outro problema. Isso depende se os bois tendem a vagrear um seguido do outro ou um ao lado do outro, ou se eles tendem a ser mais ou menos agitados conforme aumenta o rebanho, ou, ainda, de outros fatores semelhantes. Para o meu propósito imediato, é secundária a suposição feita acerca do dano marginal levado a efeito com o aumento do número de bois no rebanho.

Para simplificar o argumento, proponho um exemplo aritmético. Assume-se que o custo anual para cercar a propriedade do agricultor é de \$9 e que o preço da messe é \$1 por tonelada. Ainda, admite-se que a relação entre o número de bois no rebanho e o da perda anual da colheita é como se segue:

<i>Number in Herd (Steers)</i>	<i>Annual Crop Loss (Tons)</i>	<i>Crop Loss per Additional Steer (Tons)</i>
1	1	1
2	3	2
3	6	3
4	10	4

⁴ G. J. Stigler, *The Theory of Price*, p. 105 (1952).

Dado que o criador de gado é responsável pelos danos causados, o custo anual adicional imposto ao criador de gado se ele aumentar o seu rebanho de digamos, dois a três bois, é de \$3, e, ao decidir o tamanho do rebanho ele vai levar isso em conta junto com outros custos. Isto é, ele não aumentará o tamanho do rebanho ao 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 tal incremento acarretará, incluindo-se o valor da plantação adicional destruída. Por óbvio, se, com o implemento de cachorros, vaqueiros, aviões, rádios e outros meios, o dano pode ser reduzido, tais meios serão empregados quando os seus custos forem menores do que o valor da messe que evitarão seja destruída. 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 outros meios para se chegar ao mesmo resultado não seriam mais baratos. Quando a cerca está erguida, o custo marginal, em razão da responsabilidade pelos danos, torna-se zero, a não ser que o aumento do rebanho crie a necessidade de uma cerca mais fortalecida e, via de consequência, mais cara, vez que mais bois estariam sujeitos a ir de encontro à mesma ao mesmo tempo. Mas, claro, pode ser mais barato para o criador de gado não custear a cerca e pagar pelos danos causados à messe, se, de acordo com o meu exemplo aritmético, mantiver três ou menos bois no rebanho.

Poder-se-ia pensar que o fato de o criador de gado ser responsabilizado pelos danos causados à plantação levaria o agricultor a aumentar a área plantada, caso o pecuarista viesse a ocupar a área de terras vizinha. Mas, não é esse o caso. Se a messe fosse vendida em condições de concorrência perfeita, o custo marginal igualaria o preço da quantidade de plantação empreendida e qualquer expansão na área plantada teria reduzido os lucros do agricultor. Na nova situação, a existência de dano à messe significaria que o agricultor venderia menos no mercado aberto, entretanto, os seus ganhos permaneceriam os mesmos, uma vez que o criador de gado pagaria o preço de mercado para qualquer área plantada destruída. Claro, se a destruição da messe fosse inerente à atividade de criar gado, o surgimento de uma indústria pecuária elevaria o preço das colheitas envolvidas e, por conseguinte, os agricultores estenderiam a área plantada. Porém, desejo confinar minha atenção no agricultor individual.

Afirmo que a ocupação de uma propriedade vizinha, por um criador de gado, não causaria o aumento da quantidade colhida, ou, talvez, mais exatamente, da quantidade plantada, pelo agricultor. Deveras, se a atividade pecuária tem algum efeito, este é o decréscimo da quantidade plantada. A razão para isso é que, para qualquer área de terra, se o valor da messe 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 rentável, ao produtor e ao pecuarista, fazer uma barganha, a qual tenha por resultado o não-cultivo da referida área de terra. Isso pode se tornar mais claro 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, o valor total adquirido com o cultivo será de \$2. Eu assumo, por questão de simplificação, que o agricultor seja o proprietário da terra em que planta. Agora, assumo que o pecuarista comece sua atividade em uma propriedade vizinha e que o valor da messe destruída 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 rentável aumentar o tamanho do rebanho, ainda que o montante de dano aumente para \$3; o que significa que a receita marginal da carne produzida é maior do que o seu custo marginal, incluindo-se o pagamento adicional de \$2 pelos danos

causados. Mas, o total do pagamento a ser feito agora elevou-se a \$3. O valor total da produção permanece \$2. O criador de gado estaria em uma posição melhor caso o agricultor concordasse em não cultivar sua terra por qualquer quantia menor do que \$3. O agricultor concordaria em deixar a terra não-cultivada por qualquer pagamento maior do que \$2. Há, claramente, espaço para uma barganha mutuamente satisfatória, o que levaria ao abandono do cultivo da terra⁵. 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 sombrosa. Nessas circunstâncias, o dano causado à messe, ao longo da definida rota, pode ser grande e, em assim sendo, o agricultor e o pecuarista poderiam achar rentável entabular uma barganha, a qual tenha por resultado a concordância do agricultor em não cultivar a referida faixa de terra.

Mas, disso exsurge 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 definida rota seja \$10, mas o custo para cultivá-la é de \$11. Se não houvesse o pecuarista, tal faixa de terra seria desperdiçadamente cultivada. Entretanto, dado a presença do criador de gado, ter-se-ia que, fosse cultivada tal faixa, a totalidade da messe 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. Claro está que tal situação duraria indefinidamente, porquanto nenhuma das partes gostaria que isso ocorresse. O objetivo do agricultor seria o de induzir o pecuarista a pagar-lhe tendo por contrapartida o não-cultivo da terra. O agricultor não estaria capacitado a receber um valor superior ao custo de cercar a área plantada, 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 dependeria da perspicácia do agricultor e do pecuarista como barganhistas. Mas, já que o pagamento não seria tão elevado a ponto de levar pecuarista a abandonar a localidade vizinha e como não variaria com o tamanho do rebanho, tal acordo não afetaria a alocação de recursos, mas, meramente, alteraria a distribuição de renda e riqueza entre o criador de gado e o agricultor.

Eu penso ser claro que se o criador de gado for o responsável pelo dano causado e o sistema de preços funcionar suavemente, a redução no valor da produção em outra atividade será levada em consideração no cômputo do custo adicional que envolve o aumento do tamanho do rebanho. Esse custo será contrabalançado com o valor da produção adicional de carne e, dada a condição de concorrência perfeito na indústria da pecuária, a alocação dos recursos na criação do gado será ótima. O que necessita ser enfatizado é que a queda no valor da produção alhures, que seria levada em conta nos custos do criador de gado, pode ser menor do que o dano que o gado causaria à messe no curso ordinário dos acontecimentos. Isso porque é possível, como resultado das transações no mercado, descontinuar o cultivo da terra. Tal é desejável em todos os casos em que o dano que o gado causaria, e para o qual o

⁵ O argumento, no texto, deriva 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 à ação do 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, aos novos causaria apenas \$1, seria lucrativo para o criador de gado 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) – em todos os casos, isto é, em que a mudança nos grãos cultivados levaria ao aumento no valor da produção.

pecuarista estaria disposto a pagar, superasse o montante 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 submetido a sua próxima melhor oportunidade (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 alhures excederia o valor do produto total do uso atual, após os danos terem sido computados. Disso advém que seria desejável abandonar o cultivo da terra e liberar os fatores de produção empregados para a produção em outro lugar. Uma atividade que é meramente suficiente para o pagamento de danos, causado pelo gado, à safra, mas que não possibilita que o cultivo seja descontínuo, resultaria no emprego muito pequeno de fatores de produção na pecuária e muito grande no cultivo da messe. Dada a possibilidade de transações de mercado, uma situação na qual os danos à safra excedessem a renda da terra não perduraria. Se o criador de gado pagasse o fazendeiro para este deixar a sua terra não-cultivada ou ele mesmo arrendasse a terra pagando ao dono da mesma um valor ligeiramente superior ao que o fazendeiro pagaria (se o fazendeiro arrendasse a terra), o resultado final seria o mesmo e maximizaria o valor da produção. Ainda quando o fazendeiro é induzido a cultivar plantações que não fossem rentáveis para a venda no mercado, isto será simplesmente um fenômeno de curta duração e poder-se-ia esperar um arranjo no qual a plantação cessaria. 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 PREÇOS SEM RESPONSABILIDADE POR DANO

Passo agora a analisar o caso no qual, em que pese a suposição de que o sistema de preços funciona suavemente (i.e., sem custos), a atividade danosa não é responsabilizado por qualquer dano que venha a causar. Essa atividade não tem de pagar pelos danos causados pelo seu funcionamento. Proponho mostrar que, nesse caso, a alocação de recursos será a mesma do que no caso anterior, em que a atividade danosa era responsável pelos danos que causava. Como já referi no caso anterior, quando 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 danos 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 dano à messe não fosse tomado 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. Sejam estes \$3 o pagamento que o criador de gado deve fazer para adicionar o terceiro boi ao seu rebanho (o que ocorreria caso o pecuarista fosse responsabilizado pelo dano causado à messe) ou sejam a quantia que receberia caso não mantivesse o terceiro boi (na hipótese de o pecuarista não ser responsabilizado pelo dano à messe) 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 danos à messe), 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 responsabilizado pelos danos 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 evitado o dano à sua messe, se o pecuarista não fosse capaz de causá-lo. 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 não reduzisse os seus ganhos a ponto de levá-lo a abandonar o cultivo de uma particular área de terras. Além disso, o agricultor apenas se disporia a pagar tal quantia se acreditasse que, na falta do pagamento, o tamanho do rebanho mantido pelo criador de gado seria de quatro ou mais bois. Vamos assumir que o caso seja esse. Então, o agricultor estaria propenso a pagar até \$3, caso 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. É, ainda, verdade 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 um pensamento diferente por parte do agricultor (justificado 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 pensamento, teria qualquer efeito sobre o tamanho do rebanho que o pecuarista irá verdadeiramente manter. O tamanho será o mesmo que seria caso o criador de gado tivesse de pagar pelo dano causado por seu rebanho, desde que a receita anterior de uma dada quantia seja equivalente ao pagamento da mesma quantia.

Poder-se-ia pensar que o criador de gado seria estimulado a aumentar seu rebanho acima do tamanho que desejasse manter, depois que o negócio fosse fechado, a fim de induzir o fazendeiro a fazer um pagamento total maior. E isso talvez seja verdade. Isto é similar, em essência, à ação do fazendeiro (quando o criador de gado é responsável pelos danos causados) em cultivar terras nas quais, como resultado 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 afetarão o equilíbrio no longo prazo, que é o mesmo sendo ou não o criador de gado responsável pelos danos na safra ocasionados por seu gado.

Faz-se necessário saber se a atividade nociva é ou responsável pelos danos que causa, uma vez que sem o estabelecimento dessa delimitação inicial de direitos, poderá não 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 preços funcione sem custos.

V. O PROBLEMA ILUSTRADO DE FORMA DIFERENTE

Os efeitos danosos das atividades dos negócios podem assumir uma ampla variedade de formas. Um antigo caso inglês dizia respeito a um prédio o qual, ao obstruir correntes de

ar, impedia o funcionamento de um moinho⁶. Um recente caso na Flórida relacionado a um prédio que criava sombra na cabana de banhistas, piscina e áreas de banho de sol de um hotel vizinho⁷. O problema do gado desgarrado e o dano ocasionado às plantações o qual foi objeto de exame detalhado nos dois capítulos anteriores, apesar de aparentar ser um caso especial, são na verdade exemplos de um problema que se apresenta de diversas maneiras. Para esclarecer a natureza de meu argumento e para demonstrar sua aplicação geral, proponho ilustrá-lo de forma diferente relacionando-o com quatro casos reais.

Vamos reconsiderar primeiramente o caso *Sturges v. Bridgman*⁸ o qual eu usei como ilustração do problema geral no meu artigo na “Comissão Federal de Comunicações”. Neste caso, um confeitiro (na Rua Wigmore) usava dois almofarizes e pilões para 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, oito anos depois dele ter ocupado pela primeira vez suas instalações, ele construiu uma sala para consultas no final do seu jardim bem contra a 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 de sua nova sala de consultas. “Particularmente...o barulho impedia que ele examinasse seus pacientes com doenças no peito por auscultaçã⁹. Ele também se viu impossibilitado de envolver-se com efeito em qualquer atividade que requeresse atenção e raciocínio”. O médico, portanto, impetrou uma ação para forçar o confeitiro a parar de usar seu maquinário. As cortes tiveram pouca dificuldade em garantir ao médico a ordem que ele buscava. “Casos individuais de necessidade podem ocorrer na estrita realização do princípio no qual baseamos nosso julgamento, mas a negação do princípio levará a uma maior necessidade individual, e vai ao mesmo tempo produzir um efeito prejudicial no desenvolvimento dos terrenos com fins residenciais”.

A decisão dos tribunais estabeleceu que o médico tinha o direito de impedir que o confeitiro usasse seu maquinário. Mas, é claro, teria sido possível modificar os arranjos pensados pela sentença por meios de uma barganha entre as partes. O médico estaria disposto a renunciar seu direito e permitir que o maquinário continuasse em funcionamento se o confeitiro pagasse a ele 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 levaria ao enfraquecimento do ruído e da 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 na sua locação, encerrar seu funcionamento ou mudar sua confeitaria para outra localidade. A solução do problema depende essencialmente em se o uso contínuo do maquinário acrescenta mais a renda do confeitiro do que diminui da renda do médico¹⁰. Porém, agora considere a situação se o confeitiro tivesse ganhado o caso. O confeitiro então teria o direito de continuar usando maquinário ruidoso e gerador de vibração sem ter que pagar qualquer coisa ao médico. A bota estaria no outro pé: o médico teria que pagar o confeitiro para dissuadi-lo a parar de usar o maquinário. Se a renda do médico tivesse caído mais com a continuidade do

⁶ Ver Gale em ‘Easements’ 237-39 (13^a ed. M. Bowles 1959).

⁷ Ver *Fontainebleu Hotel Corp. v. Forty-Five Twenty-Five, Inc.*, 114 So. 2d 357 (1959).

⁸ 11 Ch. D. 852 (1879).

⁹ Auscultação é o ato de ouvir por ouvido ou estetoscópio a fim de, pelo som, avaliar as condições do corpo.

¹⁰ 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.

uso do maquinário do que acrescentado à renda do confeitoiro, claramente haveria espaço para uma barganha na qual o médico pagaria ao confeitoiro para que parasse de usar seu maquinário. Ou seja, as circunstâncias nas quais não valeria a pena ao confeitoiro continuar o uso do maquinário e compensar o médico pelas perdas que isto acarretaria (se o médico tivesse o direito de impedir o uso do maquinário pelo confeitoiro) seriam aquelas as quais seria do interesse do médico fazer o pagamento ao confeitoiro e assim persuadi-lo a não continuar com o uso do maquinário (se o confeitoiro tivesse o direito de usar o maquinário). As condições básicas são exatamente as mesmas neste caso como no exemplo do gado que destruía plantações. Sem custos de transação no mercado, as decisões dos tribunais a respeito da responsabilidade por dano não teriam efeito na alocação dos recursos. É claro que a visão dos juizes era que eles estavam afetando o funcionamento do sistema econômico – numa direção desejável. Qualquer outra decisão teria tido “um efeito prejudicial no desenvolvimento dos terrenos com fins residenciais”, um argumento que foi elaborado ao se examinar o exemplo de uma fundição operando em uma charneca infrutífera, a qual foi posteriormente desenvolvida para propósitos residuais. A visão dos juizes de que eles estavam estabelecendo como as terras deveriam ser usadas somente seria verdade no caso o qual os custos de transação para se realizar uma operação no mercado excedessem o ganho que poderia ser alcançado por qualquer rearranjo de direitos. E seria desejável preservar as áreas (Rua Wimpole ou a charneca) para uso residencial ou profissional (ao dar a usuários não-industriais o direito de, por sentença, parar o ruído, vibrações, fumaça, etc.) apenas se o valor adicional obtido nas instalações residenciais fosse maior que o valor da perda com as tortas e o ferro. Mas isto os juizes aparentam desconhecer.

Outro exemplo do mesmo problema é proporcionado pelo caso *Coke v. Forbes*¹¹. Um dos processos na tecelagem de tapetes de fibra de cacau era imergi-lo num líquido alvejante e após pendurá-lo para secagem. Vapores de um produtor de sulfato de amônia tinham o efeito de tornar o tapete de brilhoso para uma cor escurecida e embaçada. 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 impetrada para impedir a manufatura de emitir vapores. Os advogados do réu argumentaram que se o autor “não usasse...um determinado líquido alvejante, as fibras não seriam afetadas; que seu método de produção é atípico, contrário ao costume do comércio, e até danoso as seus próprios tecidos”. O juiz explicou: “...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 está na liberdade de inundar o ambiente com gás que vai interferir na sua manufatura. Se isto pode ser remontado a 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 injunção foi recusada, deixando ao autor a possibilidade de impetrar uma ação pelos danos sofridos se ele desejasse. Os desdobramentos subseqüentes neste caso eu desconheço. Porém parece claro que a situação essencialmente é a mesma encontrada em *Sturges v. Bridgman*, exceto que o produtor do tapete de fibra de cacau não pode ter assegurada uma injunção, mas poderia buscar reparação pelos danos do produtor de sulfato de 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 precauções ou se mudar para outro local. Qualquer das hipóteses presumivelmente aumentaria seus custos. Alternativamente, ele poderia pagar pelos danos. Ele faria isto se os pagamentos pelos danos ocasionados fossem menores que os custos adicionais que teriam incorrido para se evitar os danos. Os

¹¹ L. R. 5 Eq. 166 (1867-1868).

pagamentos pelos danos ocasionados tornar-se-iam parte do custo de produção do sulfato de amônia. É claro, se, como foi sugerido nos procedimentos legais, 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 danos 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 nos danos. 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 danos 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 no exemplo do gado.

*Bryant v. Lefever*¹² trouxe o problema do incômodo da fumaça de uma forma romântica. O autor e os réus eram ocupantes de casas unidas, 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 empilhou madeira no telhado de sua casa, e assim causaram que a chaminé do autor produzisse fumaça toda vez que ele acendia a lareira.

A razão, é claro, porque a chaminé produzia fumaça era 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 na qual a decisão foi revertida. L. J. Bramwell argumentou:

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

E L. J. Cotton disse:

Aqui se acha que a construção da parede pelos acusados sensivelmente e materialmente tem interferido no conforto da existência humana na casa do querelante, e se tem dito que isso é um incômodo pelo qual os acusados são responsáveis. De forma geral isto é assim, mas os acusados assim o fizeram não ao mandar fumaça ou vapores nocivos para a propriedade do querelante, mas

¹² 4 C.P.D. 172 (1878-1879).

ao interromper a circulação de fumaça da casa do querelante para um local...que o querelante não tem direito. O querelante produz a fumaça a qual interfere no seu conforto. Ao menos que...um direito de se livrar disto (da fumaça) de um modo específico tem sofrido intervenção pelos acusados, ele (o querelante) não pode processar os acusados, porque a fumaça produzida por ele mesmo, a qual ele não consegue fazer 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, o vizinho pode fechar o ralo sem incorrer em responsabilidade por fazer isto. Não há dúvidas que um grande inconveniente seria causado ao dono da propriedade a qual brota o líquido contaminado. Mas o ato de seu vizinho seria um ato válido de acordo com as leis, e ele não seria responsabilizado pelas conseqüências 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 ao custo de armazenamento da madeira em outro lugar, ao 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 eu irei examinar é o argumento dos juízes da Corte de Apelações de que o incômodo pela fumaça não foi causado pelo homem que erigiu 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, pois reside 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. Dado a lareira, não haveria o incômodo sem a presença da parede; dado a parede, não haveria incômodo sem a lareira. Eliminada a parede *ou* a lareira o incômodo pela fumaça desapareceria. Conforme o princípio marginal parece clara que *ambos* são responsáveis e *ambos* deveriam ser forçados a incluir a perda de conforto devido a fumaça como custo ao se decidir na continuidade da atividade que resulta na fumaça. E dada a possibilidade de transações de mercado, isto é o que de fato ocorreria. Apesar do construtor da parede não ser legalmente responsável pelo incômodo, como o homem das chaminés fumacentas estaria presumivelmente disposto a pagar uma quantia que fosse para ele igual ao valor monetário de eliminar a fumaça, esta quantia tornaria-se então para o construtor da parede, um custo para continuar tendo uma parede alta com madeira empilhada no teto.

A alegação dos juízes que foi o homem que acendeu a lareira quem sozinho causou o incômodo pela fumaça é verdade apenas se considerarmos que a parede é um fator determinado. Isto é o que os juízes fizeram ao decidir que o homem que erigiu a maior parede tinham o direito de assim fazer. O caso seria mais interessante ainda se a fumaça da chaminé prejudicasse a madeira empilhada. Ai quem estaria sofrendo o dano seria o construtor da parede. O caso então ficaria bem similar a *Sturges v. Bridgman* a há poucas dúvidas que o homem que acende a lareira teria sido responsabilizado pelos danos sucedidos a madeira, apesar do fato do dano não ocorrer até que a construção de uma parede mais alta fosse feita pelo dono da madeira.

Juízes devem decidir sobre a responsabilidade, mas isto não deveria confundir economistas sobre a natureza do problema econômico envolvido. No caso do gado e da plantação, é verdade que não haveria plantação danificada sem o gado. É igualmente verdade que não haveria danos na plantação se não houvesse plantação. O trabalho do médico não seria atrapalhado se o confeiteiro não tivesse operado seu maquinário; mas o maquinário não perturbaria ninguém se o médico não tivesse colocado seu consultório naquele local em

particular. O tapete era escurecido pelos vapores do produtor de sulfato de amônia; mas nenhum dano 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 tema em termos de causa, ambas as partes causaram o dano. Se formos nos ater numa alocação ótima de recursos, é desejável, portanto, que ambas as partes devem levar o efeito danoso (o incômodo) em consideração ao decidir seu curso de ação. Uma das belezas de um sistema de preços operando suavemente é que, como já foi explicado, que a queda no valor de produção devido a um efeito danoso tornar-se-ia um custo para ambas as partes.

*Bass v. Gregory*¹³ vai servir como uma excelente ilustração final do problema. Os queixosos eram o proprietário e o inquilino de uma casa pública chamada *Jolly Anglers*. O acusado era o proprietário de alguns chalés e um jardim contíguos ao *Jolly Anglers*. Embaixo da casa pública havia uma destilaria escavada na rocha. Da destilaria, um buraco ou fossa havia sido esculpido até um antigo poço no jardim do acusado. O poço assim tornou-se o poço de ventilação para a destilaria. A destilaria “era usada para um propósito específico no processo de fermentação, o qual, sem ventilação, não poderia ocorrer”. A causa da ação foi que o acusado removeu uma grade da boca do poço, “de modo a parar ou impedir a livre passagem de ar para a destilaria através do poço...”. Não fica claro pelo relatório do caso o que levou o réu a tomar essa atitude. Talvez “o ar...impregnado pela atividade de fermentação” o qual “passava pelo poço de ventilação e saía a céu aberto” era para ele ofensivo. De qualquer forma, ele preferiu parar com o poço de ventilação no seu jardim. Primeiramente, o tribunal teve que determinar se os proprietários da casa pública poderiam ter o direito a uma corrente de ar. Se eles tivessem tal direito, este caso teria que ser distinguido do caso *Bryant v. Lefever* (já examinado). Isto, entretanto, apresentou nenhuma dificuldade. 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 para toda raça humana”. O juiz então assegurou aos proprietários da casa pública que eles tinham o direito à corrente de ar, enquanto que o proprietário da casa privada em *Bryant v. Lefever* não tinha. 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, não que os proprietários da casa pública possuíam um. Mas as evidências mostravam que o poço de ventilação da destilaria para o poço no jardim existia a mais de quarenta anos e que o uso do poço como um poço de ventilação deveria ser de conhecimento dos proprietários do jardim visto que o ar, quando emergia, cheirava devido ao processo de fermentação. O juiz então assegurou que a casa pública tinha tal direito pela “doutrina de perda de concessão”. Esta doutrina afirma que “se é provado que um direito existe e tem sido exercido por determinada quantidade de anos, convém a justiça presumir que este direito tem uma origem legal”¹⁴. Assim o proprietário dos chalés e do jardim teve que permitir a ventilação do poço e suportar o cheiro.

¹³ 25 Q.B.D. 481 (1890).

¹⁴ 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 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 confeitiro não tinha cometido nenhum distúrbio até o médico construir seu consultório.

A argumentação empregada pelos tribunais na determinação dos direitos vão freqüentemente parecer estranhos para um economista porque muitos dos aspectos nos quais as decisões se baseiam são, para um economista, irrelevantes. Por causa disso, situações que são, de um ponto de vista de um economista, idênticas, serão tratadas distintamente pelos tribunais. O problema econômico em todos os casos dos efeitos danosos é em 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 de perda de concessão” 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 aquilo. 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 rearranjo de direitos sempre irá ocorrer se levar a um aumento no valor

VI. A CONSIDERAÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO NO MERCADO

Desenvolveu-se o argumento até aqui sob a suposição de que não haveria custos para a realização das transações no mercado. Essa é, por óbvio, uma suposição muito irrealista. De modo a realizar as transações, necessita-se descobrir quem é a outra parte com a qual se deseja negociar, informar as pessoas acerca da disposição de negociar e em que termos, 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, suficientemente custosas 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 do rearranjo dos direitos através do mercado, argumentou-se que tal rearranjo seria feito, por meio do mercado, sempre que levasse a um aumento no valor da produção. Mas, isso, assumindo-se que as transações ocorreriam sem custos. Uma vez que os custos das transações realizadas no mercado sejam levados em conta, claro está que o aludido rearranjo de direitos somente ocorrerá quando o aumento no valor da produção, adquirido através do rearranjo, for maior do que os custos incorridos para fazê-lo. Quando for menor, a concessão da tutela específica (ou o conhecimento de que será concedida), ou a responsabilização para o pagamento de perdas e danos, pode resultar na descontinuidade de uma atividade (ou pode evitar que seja iniciada) que seria realizada caso as transações se dessem sem custos. Nessas condições, a delimitação inicial dos direitos influi na eficiência com a qual o sistema de preços opera. Um arranjo de direitos pode originar um grande valor de produção, maior do que qualquer outro. Mas, a não ser que este seja o arranjo de direitos estabelecido pelo sistema legal, os custos para se atingir os mesmos resultados, pela alteração e combinação dos direitos pelo mercado, podem ser tão elevados que o arranjo ótimo de direitos, e a maximização do valor da produção dele advinda, pode jamais ser atingida. O papel tocante às considerações econômicas, no processo de delimitação dos direitos, será discutido na próxima seção. Na presente seção, valer-me-ei da delimitação inicial dos direitos e dos custos inerentes às transações no mercado conforme dados.

Está claro que uma forma alternativa de organização econômica, a qual poderia alcançar o resultado a um custo menor do que o custo inerente às transações no mercado, capacitaria a elevação do valor da produção. Conforme explanei muito anos atrás, a firma representa essa forma alternativa à organização da produção através das transações no mercado¹⁵. Na firma, as barganhas individuais entre os vários fatores de produção são eliminadas e substitui-se uma transação no mercado por uma decisão administrativa. O rearranjo 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 valor da produção total, evitando, desse modo, barganhas desnecessárias entre os empreendedores das várias atividades. Os proprietários de prédios grandes ou de diversas propriedades contíguas podem atuar dessa forma. Deveras, a firma adquirirá o direito de todas as partes e o rearranjo das atividades não seguirá o rearranjo de direitos através dos contratos, mas, como resultado de uma decisão administrativa que tenha por objeto a destinação dos direitos.

Disso não deriva, é claro, que os custos administrativos de organizar a transação por meio da firma sejam, inevitavelmente, menores do que os custos das transações no mercado, que são substituídas. 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 cheiro ou barulho que fazem ou deixarão de fazer) necessitaria um comprido e muito intrincado documento, e, como é possível, nas situações em que um contrato de longo prazo fosse desejável¹⁶; 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, a fim de resolver o problema dos efeitos danosos. Tal solução seria adotada quando os custos administrativos da firma fossem menores do que os custos das transações no mercado, as quais são substituídas pelas decisões administrativas, e os ganhos, que resultariam do rearranjo de atividades, maiores dos os custos de organização da própria firma. Não se faz necessário examinar, detalhadamente, o caráter dessa solução, vez que já o fiz em meu artigo antecedente.

Mas a firma não é a única resposta possível a esse problema. Os custos administrativos de organizar as transações dentro da firma podem ser elevados e, particularmente, quando diversas atividades são submetidas ao controle de uma única organização. No caso padrão do dano causado pela emissão de fumaça, que pode afetar um vasto número de pessoas dedicadas a uma variedade de atividades, os custos de administração podem, da mesma forma, ser tão elevados de modo que torna impossível a tentativa de qualquer solução do problema através da firma. Uma alternativa é a regulação direta pelo governo. Em vez de estabelecer um sistema legal de direitos, o qual possa ser modificado pelas transações no mercado, o governo impõe regulamentos acerca do que as pessoas podem ou não fazer, devendo ser obedecidos. Dessa forma, o governo (por estatuto ou, talvez, mais provavelmente através de um agente administrativo) pode tratar o problema da emissão de fumaça, decretar 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 certos distritos (zoneamento).

¹⁵ Ver Coase, 'The Nature of the Firm', 4 *Economica*, New Series, 386 (1937). Reimpressa em 'Readings in Price Theory, 331 (1952).

¹⁶ Pelas razões explicadas no meu artigo anterior, ver 'Readings in Price Theory', n. 14 em 337.

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, as firmas ordinárias estão sujeitas a análise de suas operações em razão da concorrência com outras firmas, as quais podem administrar as mesmas atividades, mas a um custo menor, e, também, porque há 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, tal como o governo pode limitar ou apoderar-se da propriedade, da mesma forma que poderá 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 seus regulamentos estejam sendo cumpridos.

Claro está que o governo tem ao seu dispor poderes que fazem com que consiga algumas 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 não funciona, per se, sem custos. Ao reverso, pode ser, em algumas situações, extremamente custosa. Outrossim, não há razão para se supor que os regulamentos restritivos e de zoneamento, realizados por uma falível administração submetida a pressões políticas e que opera sem o peso da concorrência, será, necessariamente, o potencializador da eficiência com a qual o sistema econômica opera. Ainda, tal regulação, aplicada a uma variedade de casos, será empreendida em situações para as quais se mostra completamente inapropriada. A partir dessas considerações, conclui-se que a regulação governamental direta não irão, necessariamente, derivar melhores resultados do que os originados do mercado ou da firma. Da mesma forma, não há razão para não sustentar que, em certas ocasiões, a aludida regulação administrativa não levará à melhora da eficiência econômica. Particularmente, isso pode acontecer quando, como nos casos de emissão de fumaça, um grande número de pessoas está envolvido na situação e no qual, via de consequência, os custos para se tratar o problema 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 dos regulamentos emitidos pela máquina administrativa do governo serão, frequentemente, altos (especialmente se aos referidos custos forem adicionadas as consequências advindas do engajamento do governo nesse tipo de atividade), será, sem dúvida, comumente o caso de os ganhos provenientes da regulação das atividades-fonte dos danos serem menores do que os custos envolvidos na regulação governamental.

A discussão do problema dos efeitos danosos nesta seção (quando os custos das transações no mercado são levados em consideração) é extremamente inadequada. Mas, pelo menos, demonstra claramente que o foco recai sobre a escolha do apropriado arranjo social quando da análise dos efeitos danosos. Todas as soluções acarretam custos e não há razão alguma para supor que a regulação governamental seja a mais apropriada, quando o problema não for satisfatoriamente resolvido através do mercado ou da firma. As posições políticas satisfatórias somente podem advir de um paciente estudo de como, na prática, o mercado, as firmas e os governos lidam com o problema dos efeitos danosos. 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 regulamentadoras. É o meu sentir que os

economistas e as autoridades políticas tendem, geralmente, a superestimar as vantagens advenientes da regulação governamental. Mas, tal crença, ainda que justificada, não faz mais do sugerir que a regulação governamental deve ser restringida. Não nos mostra, contudo, em que ponto deve passar a linha delimitadora. Esta, parece-me, deve ser o resultado de uma investigação detalhada acerca dos reais efeitos da solução do problema pelas variadas formas. Mas seria inauspicioso se tal perscrutação 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.

VI. A DELIMITAÇÃO LEGAL 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 danosos. Os casos em apreço eram todos ingleses, contudo, mas similar seleção de casos norte-americanos poderia ser, facilmente, realizada e o tipo de argumentação permaneceria o mesmo. Por óbvio, se as transações ocorressem sem custos, tudo o que importaria (questões de justiça à parte) é que os direitos das partes deveriam estar bem definidos e os resultados das ações judiciais passíveis de previsão. Contudo, como temos visto, a situação é muito diferente quando as transações no mercado são tão custosas a ponto de tornar difícil mudar o arranjo de direitos estabelecido pela lei. Nesses casos, as cortes influenciam diretamente a atividade econômica. Destarte, seria desejável que as cortes pudessem entender as conseqüências econômicas de suas decisões e, contanto que seja possível sem que se crie muita incerteza acerca do posicionamento jurídico *per se*, tomassem-nas em consideração ao exercerem a jurisdição. 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 complexo exame dos pressupostos tomados 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 rápido exame, 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 referidas implicações em consideração, juntamente com outros fatores, para chegar às suas decisões. Os escritores americanos desse assunto referem-se à questão de forma mais explícita do que os britânicos o fazem. Assim, para citar Prosser, em *Torts*, uma pessoa pode

fazer uso de sua própria propriedade ou... conduzir suas atividades às custas de algum dano aos vizinhos. Ele pode administrar uma fábrica cujos barulho e fumaça causam algum desconforto às pessoas, contanto que o faça dentro dos limites da razoabilidade. Somente quando a sua conduta se mostra desarrazoada, *tendo em vista a sua utilidade e os danos que causa* [itálico acrescentado], é que constitui um incômodo... 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”¹⁷.

¹⁷ “A utilidade do uso compensa o incômodo causado pelo seu mau cheiro”. (NT)

O mundo deve conter fábricas, siderúrgicas, refinarias de petróleo, maquinário pesado e barulhento, ainda que à custa de alguma inconveniência à vizinhança e os autores de ações judiciais devem aceitar algum desconforto não-razoável em prol do bem comum.¹⁸

Os escritores britânicos típicos não explicitam, tanto quanto aqui, que a comparação entre a utilidade e o dano produzido é um elemento a ser levado em conta ao se decidir se o efeito danoso deve ou não ser considerado um incômodo. Mas, semelhantes visões, ainda que menos tenazes, estão por ser encontradas.¹⁹ A doutrina segundo a qual efeito danoso deve ser substancial para merecer atenção da corte é, sem dúvida, em parte, o reflexo do fato de que haverá quase sempre um ganho para compensar um dano. E, em relatórios de casos singulares, resulta claro que os juízes sopesavam o que seria perdido com o que se ganharia quando decidiam se concediam a tutela de emergência ou a indenização por perdas e danos. Assim, ao recusarem-se 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 concederei medidas de urgências a todas as novas construções da cidade...²⁰

Em *Webb v. Bird*²¹, resultou decidido que não se configurava um dano a construção de um prédio escolar tão próximo a um moinho de vento, de modo a obstruir as correntes de ar e prejudicar a funcionamento do engenho. Em um caso anterior, a solução dada ter andado 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, considerar-se-ia, provavelmente, um caso alarmante, ao afetar o suprimento de alimentos da cidade, que alguém pudesse construir tão próximo aos moinhos, de modo a desviar o vento de suas asas.²²

Em um dos casos discutidos na Seção V, a saber, *Sturges v. Bridgman*, os juízes, claramente, levaram em consideração as conseqüências econômicas de diferentes decisões. Ao argumento de que, se o princípio que pareciam estar seguindo fosse concretizado de acordo com as suas conseqüências lógicas, resultar-se-iam nas 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, ou pela construção de uma residência em um terreno desocupado causar-se-ia a interrupção, no todo, de comércio e da manufatura,

Os juízes responderiam que:

¹⁸ 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.

¹⁹ 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).

²⁰ *Attorney General v. Doughty*, 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.

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

²² Ver Gale on Easements 238, n. 6 (13th ed. M. Bowles 1959).

Se alguma coisa constitui-se ou não em um dano, é uma questão a ser determinada não, meramente, com base em uma consideração abstrata da coisa em si mesma, mas, em vista de suas conseqüências; aquilo que seria considerado um dano em *Belgrave Square*, não, necessariamente, o seria em *Bermondsey*; e onde uma localidade é voltada para um comércio ou manufatura particular, empreendido por comerciantes ou produtores de forma particular e estabelecida, não constituindo um dano público, magistrados e jurados estariam fundamentados se decidissem, sendo confiados para tanto, que o comércio ou a manufatura empreendido naquela localidade não constitui uma ofensa privada ou passível de litígio.²³

Assim, a peculiaridade da localidade, como critério para definir se algo constitui, ou não, um dano, resulta plenamente estabelecida.

Aquele que não suporta o barulho do trânsito não deve erguer os seus adobes no coração de uma grande cidade. Aquele ama o silêncio e a paz, não deve viver em uma região destinada a fabricação de caldeiras ou de navios a vapor.²⁴

As decisões nesse sentido proferidas vêm sendo referidas como “planejamento e zoneamento pelo judiciário”.²⁵ Por certo, em alguns casos, a aplicação desse critério esbarra em dificuldades consideráveis.²⁶

Interessante exemplo do problema é encontrado em *Adams v. Ursell*²⁷, caso em que um estabelecimento que comerciava peixe frito, em um distrito de residentes operários, foi instalado próximo a casa 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 medida de urgência 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 empreenda em uma localidade mais adequada, dentro do próprio bairro. A isso não se segue que pelo fato de o comércio de peixe frito ser considerado uma perturbação em um local, será, também, em outro.

Com efeito a medida que proibiu o Sr. Ursell de comerciar em um determinado local não se quedou extensiva à toda a rua. Assim, a ele era permitido mudar-se para outros lugares próximos a casas de “padrão menos elevado”, cujos habitantes, sem dúvidas, considerariam que a proximidade de um comércio de peixe frito superaria o impregnado odor e a “fumaça e névoa”, graficamente demonstradas pelo autor da ação. Não tivesse outro “local mais adequado dentro do mesmo bairro”, o caso experimentaria mais difícil solução, podendo-se ocorrer, até mesmo, a modificação da decisão. O que teria a “população pobre” para se alimentar? Nenhum magistrado inglês diria: “deixe que comam bolo”.

As cortes nem sempre referem, de forma clara, o 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”, reconhece-se – talvez, inconscientemente e, por certo, não muito explícito – o aspecto econômico das decisões em

²³ 11 Ch.D. 865 (1879).

²⁴ Salmond, em *Law of Torts*, 182 (12th ed. R.F.V. Heuston 1957).

²⁵ C. M. Haar, *Land-Use Planning, A Casebook on the Use, Misuse, and Re-use of Urban Land* 95 (1959).

²⁶ Ver, por exemplo, *Rushmer v. Polsue and Alfieri, Ltd.* [1906] 1 Ch. 234, versando sobre a situação de um residência localizada em distrito barulhento.

²⁷ [1913] 1 Cap. 269.

questão. Bom exemplo adviria do julgamento, na Corte de Apelações, do caso *Andreae v. Selfridge and Company Ltd.*²⁸ Neste caso, um hotel (em Wigmore Street) 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. O hotel experimentou 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. Em primeira instância, a ação foi julgada procedente, condenando-se a *Selfridge* ao pagamento de £ 4,500, a título de indenização. Houve apelação.

O magistrado da 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, e, após, 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 julgaram necessário, umas cinco ou seis, penso eu, se não mais, e usar, neste desiderato, martelos pneumáticos.

Sir Wilfred Greene, M. R., ao fundamentar a sua decisão na Corte de apelações, anotou, por primeiro que,

Quando alguém está realizando operações temporárias, tais como são a demolição e a reconstrução, todos devem conviver com 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 das aludidas qualificações...

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

Com todo o respeito ao douto magistrado, penso que 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 à operação que referi estar em curso. 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, são, de alguma forma, perenes, para sempre. Com o passar do tempo, novos métodos e invenções capacitam a terra a ser usada de modo mais rentável, tanto escavando rumo ao centro da terra, quanto construindo em direção ao céu. Se, de outros pontos de vista, esta é uma matéria desejável à humanidade, não está em discussão, mas é parte do normal uso da terra um indivíduo construir sobre a sua propriedade; é parte de que tipo específico, de que profundidade específica e de que altura específica de um edifício pode ser razoável, tendo em vista as circunstâncias e os desenvolvimentos da atualidade... Hóspedes de hotéis aborrecem-se 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 pensar que o mérito deste 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 todas as precauções a fim de não causar importunação aos seus vizinhos, então, o autor poderá perder todos os seus clientes, vez que estes resultaram privados das comodidades de um local aberto e sossegado, 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 sob um dever específico... para empregar os cuidados e as habilidades adequadas. Não se queda correto afirmar: “nós continuaremos e faremos o que gostamos até que

²⁸ [1938] 1 Cap. 1.

alguém reclame!”. O seu dever é tomar a precaução necessária e ver se o dano é reduzido ao mínimo. Não é a resposta adequada para se dizer: “Mas isto implicaria que devêssemos fazer o nosso trabalho de forma mais vagarosa do que gostaríamos, ou tal faria com que tivéssemos custos extras”. Todas estas questões são ditas à luz do senso comum e, claro está, resultaria desarrazoado esperar que as pessoas fizessem o seu trabalho de forma tão lenta ou de forma tão custosa, a fim de evitar um inconveniente passageiro, que o custo e o transtorno mostrar-se-iam impeditivos... Neste caso, a atitude da companhia ré pareceu ter tido continuidade 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 deveria prevalecer, caso houvesse um real conflito a sua atitude e o conforto dos vizinhos. Isso... não é o mesmo do que cumprir o dever de empregar os razoáveis cuidados e as habilidades... Os efeitos advieram... o autor sofreu um dano suscetível de reparação;... é-lhe devido, não uma quantia nominal, mas um quantia substancial, com base nos princípios... mas, para chegar ao montante devido... descontei qualquer perda de hóspedes... o que pode ter sido causada pela perda das comodidades, devido ao que se passava ao fundo...

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

Na presente seção, as discussões tem, até este ponto, cingido-se às decisões judiciais, da *common law*, referentes à causação de danos. Em razão de disposições legais, a delimitação de direitos é inerente. A maioria dos economistas assumiriam que o objetivo da ação governamental, nesta matéria, seria estender, pela via de lei, o âmbito da responsabilidade de quem causa danos, designando quais as atividades que, uma vez realizadas, para a *common law*, não o originariam. E está fora de dúvidas de que, algumas leis, como o *Public Health Act*, tiveram este efeito. Contudo, nem todas as ações governamentais se dão nesse sentido. O efeito da maior parte da legislação nessa área é proteger os empreendimentos das reclamações daqueles a quem causou danos. Há uma grande lista de danos não-indenizáveis.

Tal entendimento foi sintetizado na *Halsbury's Laws of England*, conforme segue:

Onde o legislador prescreveu que alguma coisa deve ser feita ou autoriza determinados trabalhos em locais específicos, ou, ainda, concede poder com a intenção de que tais venham a ser realizados, muito embora deixa 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. Isso é assim, independentemente de o ato causador do dano ter tido a sua realização autorizada para fins de interesse público ou para a rentabilidade privada. 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 sendo feitos sob os auspícios da lei. Na ausência de negligência, parece que um grupo que exerce poderes legais não será responsabilizado por um ato, meramente porque poderia, se agisse de outra forma, ter minimizado o dano causado.

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

Um ato não é considerado contrário ao exercício de poderes legais sem negligência no que se refere a inundação de terra decorrente de vazamento de água dos cursos d'água, do encanamento, dos drenos, ou de um canal; a fumaça oriunda de tubos; vazamento de esgoto; a sedimentação de uma estrada; trepidação ou barulho causado por uma ferrovia; disparo autorizado de armas de fogo; a poluição de um córrego em uma situação na qual a lei ordena que sejam empregados os melhores métodos disponíveis de purificação antes da descarga do efluente; 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; dano acidental causado pela instalação de placas de ferro em

uma ferrovia; 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;²⁹

A posição assumida pela legislação nos Estados Unidos parece ser a mesma da adotada na Inglaterra, a não ser pelo fato de que o poder dos legisladores para autorizar o que, de outro modo, constituiria um dano pela *common law*, pelo menos a exoneração de compensar a pessoa prejudicada, é, de certo modo, mais limitado, vez que há as restrições constitucionais.³⁰ Contudo, há a previsão e casos, mais ou menos, parecidos com os ingleses podem ser encontrados. A questão tem vindo à tona de forma intensa no que tange aos aeroportos e às operações das aeronaves. O caso *Delta Air Corporation v. Kersey; Kersey v. City of Atlanta*³¹ é 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. Referiu-se que a sua propriedade era “um lugar sossegado, tranqüilo 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 uma lastimosa riqueza de detalhes. O magistrado, em primeiro lugar, referiu um caso antecedente, *Thrasker v. City of Atlanta*³², no qual se notou que o Município de Atlanta expressamente autorizou a operação do aeroporto.

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. Um aeródromo não se configura em um dano *per se*, embora possa vir a ser, a depender da maneira de sua construção e de sua operação.

Uma vez que a aviação revelava-se uma atividade legal, e dotada de interesse público, e a construção do aeroporto obedecera às leis que a autorizavam, o magistrado, em segundo lugar, referiu o caso *Georgia Railroad and Banking Co. v. Maddox*³³, no qual resultou decidido que:

Na situação em que um terminal ferroviário está estabelecido e sua construção fora, legalmente, autorizada, estando o mesmo construído e sendo operado de maneira adequada, não pode ser fonte de danos. Nesse sentido, prejuízos e inconveniências, às pessoas que residem nas adjacências, 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 operação da concessão ocorrida.

Em minha visão, o juiz decidiu que o barulho e a poeira reclamados pelo Sr. Kersey “podem, talvez, serem considerados como questões secundárias em relação à adequada operação de um aeroporto, e, como tais, não podem ser fontes de danos”. Entretanto, o caso dos vôos baixos era diferente:

...pode ser dito que os vôos... à 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. Não há razão para

²⁹ See 30 Halsbury, Law of England 690-91 (3d ed. 1960), publicado em Public Authorities and Public Officers.

³⁰ Ver Prosser, op. cit. supra n. 16, p.421; Harper and James, op. cit. supra n. 16, p. 86-87.

³¹ Suprema Corte do Estado da Georgia. 193 Ga. 862, 20 S.E. 2d 245 (1942).

³² 178 Ga. 514, 173 S.E. 817 (1934).

³³ 116 Ga. 64, 42 S.E. 315 (1902).

que o Município não possa obter terrenos que componham uma área (suficientemente grande)... de modo a evitar os vôos baixos sobre as residências... Para fins de conveniência pública, os proprietários das áreas adjacentes aos aeroportos devem suportar tal inconveniência, de barulho e poeira, como o resultado mesmo da usual e adequada operação de um aeroporto, mas os seus direitos privados são garantidos pela lei, quando a inconveniência que os limita não seja o resultado de adequada construção e operação da fonte causadora de danos.

Por certo, é possível que o Município de Atlanta possa evitar os vôos baixos e, ainda assim, continuar a operar o aeroporto. O magistrado, nesse sentido, complementou:

De tudo quanto o exposto, as circunstâncias que causam os vôos baixos podem ser remediadas; mas, uma vez comprovado que resulta indispensável ao interesse público que o aeroporto continue a operar nas condições atuais, deve ser decidido que ao autor deve ser negada a medida de urgência.

No curso de outro caso envolvendo a aviação, a saber, *Smith v. New England Aircraft Co.*,³⁴ a corte analisou a lei nos Estados Unidos, relativa à legalização dos danos, e, de forma geral e aparente, é muito similar àquela 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 do público... 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 se constitui, de fato, em 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. As aprovações legislativas tornam legítimo aquilo que, de outra forma, seria considerado ilegal. Exemplos de casos como esses são danos provocados às propriedades adjacentes, pela fumaça, vibração e barulho inerentes à operação de uma ferrovia...; o barulho retumbante de uma fábrica de sinos...; a diminuição de danos...; a construção de motores a vapor e de caldeiras...; odores desagradáveis advenientes de tubulação de esgoto, refinamento de petróleo e armazenamento de nafta...

Muitos dos economistas parecem não estar atentos a 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); 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 operado); sentem dificuldade para respirar, em razão do odor advindo do esgoto de uma fazenda local (com autorização do estado e, talvez, pelo estado operado); e não conseguem trafegar pelas ruas porque as mesmas encontram-se bloqueadas (sem dúvida, por ação do estado), os seus nervos enrijecem e a mente sofre um distúrbio, eles esbravejam denunciando as desvantagens das empresas privadas e propugnam pela necessidade de regulação governamental.

Enquanto a maioria dos economistas parece entender errado o caráter da situação com a qual estejam lidando, é possível que as atividades que gostariam fossem eliminadas ou restringidas, sejam as atividades socialmente justificáveis. Trata-se de sopesar os ganhos que adviriam com a eliminação dos efeitos danosos, com os ganhos experimentados com a continuação dessas atividades. Por certo, é possível que uma extensão da atividade econômica do governo conduza, com frequência, a que esta proteção contra ações pelos danos causados seja estendida mais do que se mostra desejável. Uma razão para tanto é que o governo olha de forma benevolente às empresas que esteja, ele mesmo, promovendo. Outra, resulta possível

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

descrever o cometimento de um dano por uma empresa pública de forma muito mais apazível 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 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 direcionar o bem público para o seu devido lugar.³⁵

Há poucas dúvidas de que o Estado do Bem-Estar Social concede uma extensão daquela imunidade em relação à responsabilidade e aos danos, as quais os economistas têm o hábito de condenar (embora tendam a assumir que tal imunidade era um sinal de pouco intervenção estatal no sistema econômico). Por exemplo, na Grã-Bretanha, o poder das autoridades locais é considerado como sendo tanto absoluto quanto incondicional. Na primeira categoria, a autoridade local não tem discricionariedade no exercício do poder conferido. “Diz-se que o poder absoluto cobre todas as conseqüências necessárias de sua operação direta, ainda que tais conseqüências identifiquem-se com danos”. Por outro lado, um poder condicional pode, tão-somente, ser exercido de modo que as conseqüências não constituem 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 de uma legislatura sofrer modificações de tempos em tempos, um poder que, em uma era, considerava-se condicional, em outra, pode ser interpretado como sendo absoluto, de modo a fomentar a política do Estado do Bem-Estar Social. Este ponto é um dos que deveriam ser considerados quando da análise de alguns antigos casos sobre a lei de responsabilidade por danos.³⁶

Parece ser desejável sintetizar o cerne desta longa seção. O problema a ser enfrentado quando se está diante de atividades que causam efeitos danosos não é o de simplesmente coibir os responsáveis pelos mesmos. O que tem de ser observado é se o ganho com a não produção do dano é maior do que a perda sofrida alhures como resultado da proibição da atividade danosa. Em um mundo em que há custos para se rearranjar os direitos legalmente estabelecidos, as cortes estão, de fato, nos casos concernentes aos referidos incômodos, tomando uma decisão acerca do problema econômico e determinando como os recursos devem ser empregados. Tem-se argumentado que as cortes são conscientes disso e que fazem com frequência, em que pese não de forma explícita, a comparação entre o que se ganharia e o que se perderia com a proibição das atividades-fonte de efeitos danosos. Mas, a delimitação de direitos é, da mesma forma, resultado de disposições legais. Aqui, igualmente, encontram-se 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 incômodo pela *common law*. O tipo de situação que os economistas tendem a considerar como necessitadas de ações governamentais corretivas é, de fato, com frequência, o resultado da ação governamental. Tal ação não é, necessariamente, insensata. Contudo, há o real perigo de que a intervenção estatal extensiva no sistema econômico possa levar à proteção excessiva dos responsáveis pelos efeitos danosos.

VIII. O TRATAMENTO DADO POR PIGOU EM “THE ECONOMICS OF WELFARE”

³⁵ Ver Sir Alfred Denning, *Freedom Under the Law* 71 (1949).

³⁶ M. B. Cairns, *The Law of Tort*, em *Local Government* 28-32 (1954).

A origem, para a moderna análise econômica, do problema discutido no presente ensaio é *The Economics of Welfare*, de Pigou, e, em particular, a seção da Parte II que trata da divergência entre o ganho dos produtos social e privado, que ocorre quando uma pessoa *A*, ao prestar serviços, pelos quais recebe pagamento, para uma segunda pessoa *B*, presta, também, acidentalmente, serviços ou desserviços a outras pessoas (não produtores de serviços similares), de tal forma que o pagamento não pode ser exigido das partes beneficiadas ou requisitado pelas partes prejudicadas³⁷. Pigou diz-nos que o seu objetivo, na Parte II, do *The Economic of Welfare*, é determinar o alcance do livre jogo do interesse próprio, atuando sob o sistema jurídico existente, para distribuir os recursos de um país do modo mais favorável possível à produção de um grande dividendo nacional, e qual a possibilidade de a ação estatal aperfeiçoar tendências “naturais”³⁸.

A julgar pela primeira parte da afirmação, o propósito de Pigou é descobrir se é possível fazer qualquer melhoria nos arranjos existentes que determinam o uso dos recursos. Uma vez que a conclusão de Pigou é a de que o aperfeiçoamento é possível, poder-se-ia esperar que ele prosseguisse, dizendo que o seu propósito foi o de apontar as mudanças requeridas para realizá-lo. Ao invés disso, Pigou adicionou uma frase na contrasta 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 (se exequível). Isso é mais ou menos a posição de Pigou que se evidencia no Parágrafo I, da Parte II³⁹. Pigou inicia referindo-se aos “otimistas asseclas dos economistas clássicos”⁴⁰, os quais argüem 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 humanas têm sido planejadas para tanto. (Esta parte do argumento de Pigou, a qual é desenvolvida com a ajuda de uma citação de Carman, 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 forma mais eficiente possível. Isso 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, possível para o governo controlar o jogo das forças econômicas de tal forma a promover o bem-estar econômico e, a partir disso, o bem-estar total de seus cidadãos como um todo⁴¹.

Poder-se-ia pensar que, subliminarmente, o pensamento de Pigou era: Alguns têm argumentado que nenhuma ação estatal é necessária. Mas, o sistema não só tem funcionado, como o seu funcionamento é devido à ação do Estado. Entretanto, ainda há imperfeições. Qual ação adicional se requer do Estado? 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... de os custos

³⁷ A. C. Pigou, *The Economics of Welfare* 183 (4th Ed. 1932). Minhas referências serão todas relacionadas a 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).

³⁸ Id. em xii

³⁹ Id. em 127-30.

⁴⁰ Em “Wealth and Welfare”, Pigou atribui o otimismo a Adam Smith mesmo, e não a seus seguidores. Lá ele se refere a “teoria bem otimista de Adam Smith que o dividendo nacional, em certas circunstâncias de oferta e demanda, tende ‘naturalmente’ ao máximo (p. 104).

⁴¹ Pigou, op. cit. *supra* n. 35 em 129-30.

recaírem sobre pessoas não diretamente afetadas, através, diz, dos danos não-compensados causados às matas vizinhas pelas faíscas provenientes dos motores das locomotivas. Todos esses efeitos devem ser incluídos – alguns serão positivos outros negativos – no cálculo do produto total social do incremento marginal de qualquer volume de recursos destinados a qualquer uso ou lugar⁴².

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

Consideremos a posição legal. 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 responsáveis, 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, pela *common law*, os empresários não serão responsabilizados por qualquer dano 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, de modo a 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 cuja eficiência, de boa-fé, se duvida.

A esta regra geral, sobrevém uma exceção legal que conta do Railway (Fires) Act, 1905, conforme emenda de 1923. Tal é referente às terras agricultáveis ou à messe.

Em casos como esse, o fato de o motor ter sido usado de acordo com os poderes concedidos pela lei não afeta a responsabilidade da companhia em uma ação pelos danos causados... Os dispositivos legais aplicam-se, tão-somente, nos casos em que o pedido de indenização... não exceda £200, [£100 na Lei de 1905] e que haja notificação por escrito da ocorrência do incêndio e, ainda, em que a intenção de litigar 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 a companhia dentro de vinte e um dias, demonstrando-se a quantia que será requerida em dinheiro não excedente a £200.

Por terras agricultáveis não se entende pântano ou construções e a messe não inclui os grãos já vendidos ou estocados⁴³. Eu não tenho um estudo aprofundado acerca da história no parlamento dessa exceção legal, mas, a julgar pelos debates na Câmara dos Comuns, em 1922 e 1923, tal foi construída, provavelmente, para ajudar os pequenos proprietários rurais⁴⁴.

⁴² Id. em 134.

⁴³ 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.

⁴⁴ Ver 152 H.C. Deb. 2622-63 (1922); 161 H.C. Deb. 2935-55 (1923).

Retornemos ao exemplo de Pigou sobre os não-compensados danos causados, às matas vizinhas à ferrovia, pelos motores dos trens. Com isso, presumivelmente, pretende-se 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 pode muito bem ter escrito “prédios vizinhos” em vez de “matas vizinhas”), então, claro está que a razão pela qual a compensação não era paga, era que a companhia ferroviária gozava de autorização legal para utilizar motores a vapor (o que a exonerava da responsabilidade de pagar pelos incêndios causados pelas faíscas). Este posicionamento legal fora estabelecido em 1860, em um caso, suficientemente esquisito, versando sobre um incêndio causado pelos trens às matas circundantes à via férrea⁴⁵, e a legislação, nesse ponto, não se alterou (exceto em um aspecto) após um século de vigência, incluindo a nacionalização. Se tratarmos o exemplo de Pigou, acerca dos “não-compensados danos causados, às matas vizinhas à ferrovia, pelos motores dos trens”, de forma literal, e assumirmos que é referente ao período após 1905, então, claro está que a razão pela qual a compensação não era paga, era que os danos não excediam a quantia de £100 (na primeira edição de *The Economics of Welfare*), mais do que £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, tão-somente, como o resultado de uma deliberada escolha dos legisladores. Não é fácil imaginar, por óbvio, 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 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 achava desejável o pagamento da indenização, tivesse escolhido esse exemplo para demonstrar como seria possível “para a ação estatal aperfeiçoar tendências ‘naturais’”.

Pigou parece ter tido uma visão equivocada dos fatos que envolviam a situação. Mas, da mesma forma, parece que ele estava errado em sua análise econômica. Não é necessariamente desejável que a companhia ferroviária devesse indenizar aqueles que sofreram os danos causados 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, desimportaria se a companhia era ou não responsável pelos danos causados em razão do incêndio. Essa questão foi tratada em profundidade nas seções anteriores. O problema é se seria desejável que a companhia fosse responsabilizada em circunstâncias nas quais seria muito dispendioso realizar a barganha. A posição de Pigou é clara no sentido de 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 filtros em seus motores. Caso a companhia não fosse responsabilizada pelos danos causados pelo incêndio, então, quando de sua análise, não levaria em conta, pelo dano que causaria, a colocação de um trem a mais ou o aumento da velocidade do trem já existente ou, ainda, a não-instalação de filtros. Essa é a fonte da divergência entre os ganhos totais privado e social. Resulta na realização de ações, pela companhia, que diminuiriam o valor da produção total – e

⁴⁵ Vaughan v. Taff Vale Railway Co., 3 H. e N. 743 (Ex. 1858) e 5 H. e N. 679 (Ex. 1860).

que a companhia não realizaria caso fosse responsabilizada pelos danos causados. Isso pode ser demonstrado através de um exemplo aritmético.

Considere uma companhia ferroviária, a qual não é responsável pelos danos causados pelas 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 resultasse na produção de serviços valorados em \$150 por ano e que o funcionamento de dois trens por dia resultasse na produção de serviços valorados em \$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 iguala a queda no valor da produção alhures, devido ao emprego, pela companhia ferroviária, de fatores de produção adicionais. Claramente, a companhia acharia rentável colocar dois trens em funcionamento por dia. Entretanto, suponha que o funcionamento de um trem por dia destruiria, em razão de incêndio, uma safra (pela média do ano) valorada 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 renderia à companhia serviços adicionais valorados em \$100 por ano. Mas a queda no valor da produção alhures seria de \$110 por ano; \$50, como o resultado do emprego de fatores de produção adicionais, e \$60, em razão da destruição da messe. Uma vez que seria melhor se o segundo trem não fosse colocado em funcionamento e que não o seria caso a companhia fosse responsável pelos danos causados à messe, a conclusão de que a companhia devesse resultar responsabilizada pelos danos seria irresistível. Sem dúvida alguma, esse é o tipo de racionalidade utilizada para definir a posição Pigouviana.

É correta a conclusão de que seria melhor se o Segundo trem não fosse posto em funcionamento. Contudo, é errônea a conclusão de que a companhia deveria ser responsabilizada pelos danos que causasse. Vamos mudar a suposição concernente Pa regra da responsabilidade. Suponha que a companhia seja responsável pelos danos causados pela faísca adveniente dos motores a vapor. Um agricultor, proprietário de terras adjacentes à via férrea, encontra-se na situação em que, se a messe for destruída pelo fogo causado pela companhia, receberá desta o preço de mercado; mas, caso a sua plantação não resulte destruída, receberá o preço de mercado por meio das vendas. Disso resulta, destarte, que é indiferente para ele se a sua plantação é ou não destruída pelo incêndio. Contudo, essa posição é deveras diferente quando a companhia não é responsável pelos danos que causa. Qualquer destruição da messe, originada das faíscas dos motores dos trens da companhia ferroviária, reduziria, assim, as receitas do agricultor. Em assim sendo, ele deixaria de cultivar toda terra para a qual os danos sofridos fossem superiores ao retorno total dela adveniente (as razões para isso foram explicadas em profundidade na Seção III). A mudança do regime em que a companhia ferroviária não é responsabilizada, para um no qual a companhia deve indenizar os danos, 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 da messe, devido aos incêndios causados pelos trens.

Retornemos ao nosso exemplo aritmético. Assuma que, em razão da mudança da regra de responsabilidade, há destruição da messe, devido aos incêndios causados pelos trens da companhia ferroviária, é duas vezes maior. O funcionamento diário de um trem causaria a destruição anual da safra equivalente à \$120 e, com dois trens por dia, a destruição da safra equivaleria à \$240. Vimos anteriormente que, caso a companhia tivesse de pagar \$60 por ano a título de indenização, não seria rentável o funcionamento do segundo trem. Com os danos

correspondentes a quantia anual de \$120, a perda adveniente do funcionamento do segundo trem seria \$60 maior. Contudo, passemos à análise do primeiro trem. O valor do serviço de transporte proporcionado 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. O corolário disso é que não seria rentável colocar trem algum para funcionar. A partir desse exemplo, chegamos à seguinte conclusão: se a companhia não fosse responsável pelos danos do incêndio, ter-se-iam em funcionamento dois trens por dia; se a companhia fosse responsável pelos danos do incêndio, encerrar-se-ia, por completo, a atividade ferroviária. Isso significa que não deveria haver a ferrovia? Essa questão pode ser resolvida considerando o que ocorreria, com o valor da produção total, se fosse decidido que a companhia 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 valorados em \$250. Significaria, da mesma forma, o emprego de fatores de produção, os quais reduziriam o valor da produção alhures em \$100. Expressaria, ainda, a destruição da messe valorada em \$120. As operações da companhia levariam, também, ao abandono do cultivo de algumas áreas de terra. Cientes de que, em sendo a terra cultivada, o valor da messe destruída pelo fogo seria de \$120, e uma vez improvável que toda a plantação nesse pedaço de terra fosse destruída, parece razoável supormos que o valor da messe ali plantada seria maior do que isso. Assuma que esse valor chegasse a \$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 montante acrescido ao valor da produção, pelo uso dos fatores de produção em outro lugar, seria menor do que \$160. Suponha que seja \$150. Assim, o ganho para operar a ferrovia seria de \$250 (o valor dos serviços de transporte) menos \$100 (o custo dos fatores de produção) menos \$120 (o valor da messe destruída) menos \$160 (a queda no valor da produção devido ao abandono do cultivo) mais \$150 (o valor da produção alhures, em razão da disposição dos fatores de produção). Enfim, o funcionamento da ferrovia aumentaria o valor da produção em \$20. Diante disso, resulta claro que o melhor é a companhia ferroviária não ser responsabilizada pelos danos que causa, capacitando-a, assim, a funcionar de forma lucrativa. Claro, em se alterando os números, poder-se-ia demonstrar que há outros casos nos quais seria desejável a responsabilização da companhia pelos danos causados. Para o meu intento, resulta suficiente demonstrar que, de um ponto de vista econômico, a situação na qual há “não-compensados danos causados, às matas vizinhas à ferrovia, pelos motores dos trens” não é, necessariamente, indesejável. Se 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, configura-se um tanto ilegítimo Pigou ter construído a conclusão mencionada. 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 filtros; a questão em debate circunscreve-se a se é ou não desejável ter um sistema no qual a companhia ferroviária deve indenizar os que sofreram os danos por ela causados ou um sistema em que a companhia não tem de indenizá-los. Quando um economista compara arranjos sociais alternativos, a maneira apropriada de proceder é comparar o produto social total produzido por cada um desses arranjos. A comparação dos produtos privado e social não tem relevância. Um simples exemplo o demonstrará. Imagine uma cidade em que há semáforos. Um motorista se aproxima de um cruzamento e pára porque o sinal está vermelho. Pela 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 danos mais sérios em outras.

Eu examinei, em consideráveis detalhes, um exemplo de divergência entre os ganhos privado e social e não proponho que seja feita qualquer análise 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, a qual versa sobre a segunda classe de divergência de Pigou e faz-se interessante notar como ele desenvolve seu argumento. A descrição própria de Pigou, acerca da aludida segunda classe de divergência, foi citada no início da presente seção. Ele faz a distinção de dois casos, versando o primeiro sobre a prestação de serviços por um indivíduo, pelos quais não recebe pagamento algum, e o segundo, sobre a prestação de desserviços por esse mesmo indivíduo, pelos quais não é responsabilizado, não compensando os danos a que deu causa. A atenção tem sido voltada, por óbvio, ao segundo caso. É ainda mais surpreendente descobrir, como alertado a mim pelo Professor Francesco Forte, que o problema da emissão de fumaça pela chaminé – o “caso do gado”⁴⁶ ou o “exemplo da sala de aula”⁴⁷ referente ao segundo caso – é utilizado por Pigou como exemplo do primeiro caso (serviços prestados sem o recebimento de remuneração), jamais sendo mencionado, em absoluto, a conexão com o segundo caso⁴⁸. 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. Disso decorre, à luz da discussão ulterior de Pigou, que ao proprietário da fábrica emissora de fumaça deveria ser concedidos estímulos a fim de induzi-lo a instalar filtros. A maior parte dos economistas modernos, entretanto, sugeriria que o proprietário da fábrica emissora de fumaça fosse multado. É uma pena que os economistas (o Professor Forte à parte) parecem não ter notado tal aspecto do tratamento dado por Pigou, uma vez que o apercebimento de que o problema poderia ter sido manejado em qualquer dos dois sentidos levaria ao reconhecimento explícito de sua natureza recíproca.

Ao discutir o segundo caso (desserviços sem a obrigação de compensar os prejudicados), Pigou afirma que tais desserviços são prestados “quando o proprietário de um terreno, em uma quadra residencial de uma cidade, constrói um 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 encobrir a iluminação da casa em frente; ou, ainda, quando emprega recursos para erguer prédios em um centro movimentado, os quais, pela limitação do espaço aéreo e dos parques da vizinhança, tendem a prejudicar a saúde e a eficiência das famílias que moram lá”⁴⁹. Pigou está correto ao descrever tais ações como “desserviços não-cobrados”. Contudo, está errado quando descreve esses atos como “anti-sociais”⁵⁰. Eles podem ser ou não. Faz-se mister comparar o dano causado com o ganho resultante. Nada pode ser mais “anti-social” do que obstar qualquer ação que cause qualquer dano a qualquer um.

⁴⁶ Sir Dennis Robertson, *Lectures on Economic Principles* 162 (1957).

⁴⁷ E. J. Mishan, *The Meaning of Efficiency in Economics*, 189 *The Bankers' Magazine* 482 (junho 1960).

⁴⁸ Pigou, *op. cit. supra* n. 35 em 184

⁴⁹ *Id.* em 185-86.

⁵⁰ *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).

O segundo 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 dos 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 do posicionamento legal e à luz que joga sobre a parte que a economia pode atuar, que se trata, aparentemente, de uma questão puramente legal de delimitação de direitos.

O problema da responsabilidade pelos atos dos coelhos é espécie do gênero responsabilidade pelos animais⁵¹. Confinarei, embora com relutância, minha discussão aos coelhos. Inicialmente, os casos relacionados a coelhos versavam sobre as relações entre o senhor feudal e os comuneiros, uma vez que, a partir do século XIII, tornou-se habitual o senhor prover os comuns com coelhos, visando duplamente a carne e a pele. 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 adentravam à propriedade do vizinho, este poderia matá-los, sendo os animais selvagens e, não tendo o réu direito de propriedade sobre os mesmos, não deve ser punido pelos danos por eles infligidos em lugar do qual não tem a propriedade, e em que o outro poderia, legalmente, matá-los⁵².

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 questionado⁵³ – o exemplo, de Pigou, dos coelhos, indubitavelmente, representou o posicionamento legal ao tempo em que *The Economics of Welfare* foi escrito⁵⁴. E, nesse caso, não se distorce a verdade, ao se afirmar que a situação descrita por Pigou ocorreu devido a ausência de ação governamental (em qualquer caso, na forma de leis) e foi o resultado de tendências “naturais”.

No entanto, o caso *Boulston* contém algo de curioso, do ponto de vista legal, e o Professor Williams não faz segredo de seu desgosto por esta decisão:

A noção de responsabilidade em sede de perturbação, como estribada sobre a propriedade, é o resultado, aparentemente, de uma confusão envolvendo a ação de danos provocados pelo gado, indo de encontro a ambos, princípio e autoridades medievais sobre a escapula de água, fumaça e poluição... O pré-requisito para um tratamento satisfatório acerca da matéria é o abandono

⁵¹ 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 quarto, “The Action of Nuisance, in Relation to Liability for Animals”, 236-62, é especialmente relevante para nossa discussão. O problema da responsabilidade pelos atos dos coelhos é abordado nessa parte, 238-47. Eu 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 devido “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 o posicionamento legal sobre a delimitação de direitos.

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

⁵³ Ver *Stearn v. Prentice Bros. Ltd.*, (1919) 1 K.B., 395, 397.

⁵⁴ Eu não olhei casos recentes. O posicionamento legal também foi modificado devido os decretos estatutários.

definitivo da pernicioso doutrina do caso Boulston... Uma vez que tal caso resulte desaparecido, o caminho está livre para a reformulação do assunto como um todo, conversando evoluindo em harmonia com os princípios prevalentes nas outras partes do direito de vizinhança⁵⁵.

Os juízes do caso Boulston estavam, claro, cientes de que a sua visão do problema dependia da distinção deste caso de um envolvendo perturbação:

Esta causa não é igual aos casos envolvendo, de outro lado, construção de um forno de calcinação, tinturaria ou outro do gênero; o incômodo, aqui, provém do ato das partes que o causam; mas, não como aqui, por ações próprias, os coelhos adentraram o terreno do autor, autorizando-o a pegá-los e lucrar com eles⁵⁶.

O Professor Williams comenta:

Mais uma vez erigi-se a idéia de que os animais são culpados e não o seu dono. Por óbvio, não é um princípio satisfatório para se introduzir no moderno direito de vizinhança. 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 é o responsável; mas, se *A* introduz coelhos em sua propriedade e os bichos escapam para o terreno de *B*, o ato é realizado pelos animais, sendo *A* não-responsável – tal é a especiosa distinção resultante do caso Boulston⁵⁷.

Deve-se admitir que a decisão proferida no caso Boulston parece um pouco estranha. Um homem pode ser responsabilizado pelo dano causado 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 nesse caso não tem sido sempre seguida em casos que envolvendo outros animais. Por exemplo, no caso *Bland v. Yates*⁵⁸, resultou decidido que a concessão da tutela específica poderia evitar que alguém mantivesse um incomum e excessivo acúmulo de adubo sobre o qual sobrevoariam aves, tendo por conseqüência a infestação da propriedade vizinha. A questão acerca de quem seria o proprietário das aves não foi levantada. Um economista não desejaria opor-se a isso, vez que 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 conduzida para dentro do direito de vizinhança. A razão não pelo fato de ser o homem que abriga os coelhos exclusivamente culpado; o homem cuja messe resultou comida é igualmente responsável. E, dado que os custos das transações no mercado tornam o rearranjo de direitos impossível, a menos que conhecidas as circunstâncias particulares, não se pode afirmar se é desejável ou não tornar o homem que abriga os coelhos responsável pelo dano causado pelos animais às propriedades vizinhas. A restrição à regra expressa no caso Boulston é 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 tão indesejável, do ponto de vista econômico, quanto fixar a regra no pólo oposto, tornando o mantenedor dos coelhos sempre responsável. Mas, conforme visto na Seção VI, o direito de vizinhança, conforme interpretado pelos tribunais, é flexível e permite a comparação da utilidade da atividade com o prejuízo por ela produzido. Como afirma o Professor Williams, “O direito de vizinhança, em seu todo, é uma tentativa de reconciliação e concessão entre os interesses conflitantes...”⁵⁹, para conduzir o problema dos coelhos para dentro do direito de vizinhança não, inevitavelmente, se tornaria o criador de coelhos responsável pelo dano causado pelos animais. Isso não significa dizer que a única

⁵⁵ Williams, op. cit. supra n. 49 em 242, 258.

⁵⁶ Boulston v. Hardy, CRO. Eliz., 547, 548, 77 Eng. Rep. 216.

⁵⁷ Williams, op. cit. supra n. 49 em 243.

⁵⁸ 58 Sol.J. 612 (1913-1914).

⁵⁹ Williams, op. cit. supra n. 49 em 259.

tarefa dos tribunais, em casos que tais, é fazer a comparação entre o dano 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 tolamente, o direito de vizinhança parece providenciar, economicamente, mais resultados 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 economia são inter-relacionados, ainda que a política correta a seguir seria outra que não a vislumbrada por Pigou.

Pigou permite uma exceção à sua conclusão, a qual se constitui na existência de uma divergência entre os ganhos privados e sociais, no exemplo da fuga dos coelhos. Ele adiciona: "... a menos... que dois ocupantes figurem na relação como locador e locatário, então, a indenização é dada por meio do ajuste no aluguel"⁶⁰. Tal qualificação é ainda mais surpreendente, vez que a primeira lição de Pigou acerca da divergência refere-se, largamente, à dificuldade de se entabular um contrato satisfatório 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 a prática da caça esportiva⁶¹. Pigou parece estabelecer uma distinção entre o caso em que o contrato não é possível (a segunda classe) e o caso em que o contrato é insatisfatório (a primeira classe). Nesse sentido, assevera que a segunda classe de divergências entre o ganho total, privado e social:

não pode, tal como as divergências nas leis de locação, ser mitigada através da modificação da relação contratual entre quaisquer contratantes, porque a exsurge a partir do serviço ou do desserviço prestado a pessoas outras que não as partes envolvidas na contratação⁶².

Mas, a razão pela qual algumas atividades não são objetos de contratos é, exatamente, a mesma pela qual alguns contratos são, comumente, insatisfatórios – custaria muito para definir, perfeitamente, a questão. De fato, os dois casos identificam-se, vez que os contratos são insatisfatórios porque não prevêm certas atividades. O fundamento exato da discussão acerca da primeira classe de divergência, no principal argumento de Pigou, é de difícil identificação. Ele demonstra que, em algumas circunstâncias, as relações contratuais entre locado e locatário pode resultar em uma divergência entre ganhos privados e sociais⁶³. Mas, ele investe, ainda, na demonstração de que o método de indenização-forçada pelo governo e os controles dos alugueres produzirão, de igual forma, divergências⁶⁴. Além disso, evidencia que, quando o governo está em posição similar ao do locador privado, e.g., ao conceder a franquia de uma utilidade pública, exsurgem, exatamente, as mesmas dificuldades de quando os indivíduos provados estão envolvidos⁶⁵. A discussão é interessante, mas eu ainda não consegui descobrir quais as conclusões gerais, sobre a política econômica, que, caso existam, Pigou espera que retiremos disso.

De fato, o tratamento dado por Pigou, aos problemas considerados no presente ensaio, é extremamente elusivo e a discussão de suas posições dá azo à dificuldades de interpretação quase insuperáveis. Consequentemente, é impossível assegurar-se de que alguém tenha entendido o que Pigou realmente quis dizer. Entretanto, é difícil de prever a conclusão, por mais extraordinário que isso possa ocorrer com um economista da estatura de Pigou, segundo

⁶⁰ Pigou, op. cit., supra n. 35 em 185.

⁶¹ Williams, op. cit. supra n. 49 em 244-47.

⁶² Pigou, op. cit., supra n. 35 em 192.

⁶³ Id. 174-75.

⁶⁴ Id. 177-83.

⁶⁵ Id. 175-77.

a qual a principal fonte dessa obscuridade é que Pigou não pensou a sua posição por todos os lados.

IX. A TRADIÇÃO PIGOUVIANA

Queda-se estranho que uma doutrina tão faltosa quanto a desenvolvida por Pigou tenha exercido tanta influência, embora parte de tal sucesso seja devida, provavelmente, à sua falta de clareza. 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 aprendem com Pigou, bem como aquilo que ensinam a seus alunos, o que eu chamo de tradição Pigouviana, resulta razoavelmente claro. Proponho-me a explicitar a inadequação desta tradição, demonstrando que tanto a análise quanto as conclusões de políticas que tal tradição suporta, são incorretas.

Não constitui um objetivo justificar a minha visão, como a opinião que deva prevalecer, por meio de copiosas referências à literatura. Ajo assim porque o tratamento conferido pela literatura é, não-raro, fragmentado, e, com frequência, envolve pouco mais do que uma referência a Pigou e um breve comentário explicativo, de forma que detalhado exame resultaria inapropriado. Contudo, a principal razão, pela qual não farei tal referência, é que a doutrina, em que pese estribada em Pigou, provavelmente seja o resultado de uma tradição oral. Alguns economistas, com os quais tenho discutido este problema, expressam uníssona opinião, o que é digno de nota, considerando o tratamento deficiente ao mesmo conferido pela literatura. Não há dúvidas de que há alguns economistas que não comungam da visão usual, mas estes representam minoria.

A abordagem dada 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 da produção em sua próxima melhor alternativa, para a qual (desvalorização) nenhuma compensação é paga pela empresa. Assim, se 10 unidades de um fator (sem outros fatores) são usadas por um empresa para a produção de um certo produto de valor igual a \$105; e o proprietário desse fator não é compensado pelo seu uso, o qual não pode evitar; e estas 10 unidades do fator resultariam em produtos que, em sua próxima melhor alternativa, valeriam \$100,00; então, o produto social é a subtração de \$105 menos \$100, ou seja, \$ 5. Mas, se agora a empresa paga por uma unidade do fator e o preço deste é igual ao valor de sue 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 resultam pagas. Não é difícil perceber a razão pela qual os economistas aceitaram tão prontamente este procedimento não-usual. A análise tem o foco nas decisões individuais das empresas, 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, por certo, isso quer dizer que o valor do produto social não tem qualquer significado social. Parece-me 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 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 preços 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 preços e, via de consequência, sem compensação, tenderia a considerar esta situação mais uma surpresa do que a causa de um desalento.

A definição de produto social não é idônea, mas isso não significa que as conclusões retiradas para a política oriunda de sua análise estejam, necessariamente, equivocadas. Contudo, há ressalvas quanto à abordagem que desvia a atenção das questões básicas e quase não há dúvidas de que tal tem sido responsável por alguns dos erros expressos na doutrina preponderante. O credo segundo o qual é desejável que os agentes que causam danos devam ser compelidos a compensar aqueles que os sofrem (o que foi objeto de exaustiva discussão na Seção VIII, referente ao exemplo das faíscas trazido por Pigou) é, fora de dúvida, o resultado de não se comparar o produto total passível de obtenção com arranjos sociais alternativos.

A mesma falha é encontrada nas propostas que, para a solução do problema dos efeitos danosos, promovem o uso de impostos ou recompensas. Pigou confere considerável importância a esta solução, embora venha a ser, como sói acontecer, lacônico nos detalhes e qualificado por seus defensores.⁶⁶ Os economistas modernos tendem a pensar exclusivamente em impostos, fazendo-o de forma precisa. O imposto deveria ser igual ao dano causado e deveria, por isso, variar de acordo com a quantidade de dano gerado. Como não se propõe que a renda adveniente do pagamento de impostos seja destinada àqueles que sofreram o dano, tal solução não se equipara àquela segundo a qual força-se o causador do dano a indenizar os indivíduos por ele prejudicados, embora os economistas, de maneira geral, pareçam não atentar para isso e, então, tendem a tratar as duas soluções como se idênticas fossem.

Considere que uma fábrica emissora de fumaça instala-se 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 o pagamento de imposto, pela fábrica, e que, por ano, o seu dono deve pagar \$100, contanto que a fábrica emita fumaça. Considere, 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 atingidos pela fumaça pudessem evitar o dano mudando-se para outras localidades ou, ainda, precavendo-se de outras formas ao custo de, ou que deixariam de ganhar, \$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, resultaria claramente desejável instituir uma dupla tributação, fazendo os residentes do distrito pagarem um montante igual ao custo adicional incorrido pelo proprietário da fábrica (ou pelos consumidores desta), 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 o dano, quando o custo para tanto fosse menor do que o custo em que incorreria o dono da fábrica para reduzi-lo (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 do dano. Por certo, o erro desse sistema poderia ser corrigido caso a base de cálculo do imposto fosse, não o dano causado, mas, a redução do valor da produção (no sentido mais amplo) resultante da emissão de fumaça. Contudo, para tanto, requer-se detalhado conhecimento das preferências

⁶⁶ Id. 192-4, 381 e Public Finance 94-100 (3ª ed. 1947).

individuais, e não sou capaz de imaginar como o banco de dados para um sistema tributário desse tipo seria determinado. Com efeito, a proposta de resolver o problema da poluição causada pela fumaça, bem como outros similares, pelo uso de tributos sustenta-se com dificuldades: a questão dos cálculos; a diferença entre custo médio e custo marginal; as inter-relações entre o dano causado a diversas propriedades; etc. Mas, é desnecessário examinar tais problemas aqui. Basta, para o meu propósito, demonstrar que, ainda que o tributo equivallesse, 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. O aumento no número de moradores ou de comerciantes operando nos arredores da fábrica emissora de fumaça aumentaria o nível 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 tenderia à diminuição do valor da produção de fatores empregados pela fábrica, tanto porque a redução na produção, devido ao imposto, resultaria em fatores sendo usados em outras atividades, para as quais são menos valiosos, quanto pelo fato de que fatores seriam desviados para a produção de meios objetivando a redução do nível de fumaça emitida. Contudo, as pessoas que se instalariam nas proximidades não levariam em conta a redução do valor da produção por elas causado. O equívoco em não considerar o custo que impõem a outros indivíduos equivale ao proprietário da fábrica não atentar para o dano resultante da fumaça que emite. Sem a imposição do tributo, poderá haver fumaça em demasia e pessoas, nas proximidades da fábrica, em minoria; mas, com o tributo, poderá haver fumaça em minoria e pessoas, nas proximidades da fábrica, em demasia. Não há razão para supor que um desses resultados é preferível ao outro.

Não se faz necessário devotar muito espaço para discutir um erro semelhante oriundo da proposta segundo a qual as fábricas emissoras de fumaça deveriam, em cumprimento ao instituto do zoneamento, ser removidas dos distritos em que a fumaça emitida causa efeitos danosos. Quando a mudança na localização da fábrica resulta em redução da produção, tal fato deve ser, necessariamente, levado em conta, sendo sopesado com o dano que seria causado caso a fábrica permaneça no distrito. O propósito dessa regulação não deve ser eliminar a poluição causada pela fumaça, mas, preferencialmente, assegurar que o nível ótimo de fumaça seja emitido, sendo este caracterizado por maximizar o valor da produção.

X. UMA MUDANÇA DE ABORDAGEM

É meu sentir que o fracasso dos economistas em alcançar as conclusões corretas, acerca do tratamento dos efeitos danosos, não pode ser tributado, simplesmente, a algumas falhas de análise. Tal fracasso provém dos defeitos básicos na abordagem atual dos problemas da economia do bem-estar. Necessita-se de uma mudança de abordagem.

A análise em termos de divergências entre os produtos privados e sociais 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, recaindo sobre mudanças que capazes de produzir mais danos do que a deficiência original. Nas seções anteriores do presente ensaio, foram referidos diversos exemplos disso. Contudo, essa não é a única forma de se abordar o problema. 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 política econômica e para comparar o produto total proporcionado por arranjos sociais alternativos. No presente ensaio, a análise tem-se limitado, como sói acontecer nesta parte da economia, a comparações do valor de produção, tendo por base o mercado. Porém, é, por óbvio, desejável que a escolha entre arranjos sociais distintos, para a solução dos problemas econômicos, deveria ocorrer em termos mais amplos e que o efeito total desses arranjos, em todas as esferas da vida, deveria ser levado em consideração. Como Frank H. Knight tem, frequentemente, enfatizado, os problemas da economia do bem-estar dissolver-se-ão, enfim, no 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 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 afirmativo, como funciona? Em um mundo ideal haveria um sistema monetário, legal ou político, e se afirmativo, como seria? As respostas a todas essas perguntas compõem um enigma e todo homem é livre para alcançar a conclusão que melhor lhe aprouver. Deveras, requer-se uma pequena análise 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 equiparam-se. Mas, a discussão toda é largamente irrelevante para as questões de política econômica, uma vez que, qualquer que seja o mundo ideal que tenhamos em mente, claro está 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 o ponto de origem. Nesse sentido, as conclusões atingidas teriam alguma relevância para a situação verdadeira.

Uma razão final para o fracasso no desenvolvimento de uma teoria apropriada, para enfrentar o problema dos efeitos danosos, 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 vale-se da mesma 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. Nem é possível para ele remover a terra para outro lugar, por exemplo, pela sua extração. E, ainda que possível, para o proprietário, excluir algumas pessoas do uso de “sua” terra, não poderá fazê-lo com outras. Por exemplo, algumas pessoas podem ter o direito de servidão. Além disso, há ou não a possibilidade de construir certos tipos de prédios ou cultivar alguns grãos, ou, ainda, utilizar sistemas de drenagem particulares na terra. Isso não ocorre simplesmente em razão da regulação governamental. Ocorreria, também, no sistema da *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 alguma coisa, da qual provêm efeitos danosos (tais como a emissão de fumaça, barulho, odores, etc.) e, também, um fator de produção. Da mesma forma que podemos usar um pedaço de terra, de modo a evitar que as pessoas atravessem-no, ou estacionem seu carro, ou construam sua casa 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 alhures, em consequência do exercício desse próprio direito – a incapacidade de cruzar pela 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 compensasse a perda sofrida. Mas, ao se escolher entre arranjos sociais, em um contexto no qual decisões individuais são tomadas, nós temos de ter em mente que a mudança no sistema existente, a qual conduzirá ao aperfeiçoamento em algumas decisões, pode muito bem levar à pioria em outras. Além disso, tem-se que levar em conta os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais (se seria 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 considerar o efeito total. Isso, acima de tudo, é a mudança de abordagem, para a qual estou advogando.