

# O Cerne Moral da Responsabilidade Civil por Atos Ilícitos: a proteção dos vulneráveis\*

Jane B. Stapleton\*\*

Dentro dos arranjos constitucionais do mundo da *common law*, a Corte de última instância tem uma função crucial de criação do direito. Satisfazendo esta obrigação constitucional a Suprema Corte tem, ao longo dos últimos 20 anos, identificado a proteção dos vulneráveis como uma preocupação central moral da responsabilidade civil por ato ilícito: seu *fió de ouro*. Esse desenvolvimento agora habilita a corte a fazer uma maior contribuição ao mais importante desafio enfrentado pela nação: o reconhecimento legal e a reparação dos erros cometidos contra os tradicionais moradores da Austrália, incluindo notórias indenizações decorrentes de responsabilidade civil por ato ilícito<sup>1</sup> infligidas em indivíduos de povos indígenas. Nossa esperança deve ser que, em contraste com nosso passado, os próximos 100 anos cumprirão a promessa de nosso sistema legal existente ser um instrumento vivo, inclusivo, que lida com as discrepâncias, cuida das diferenças e confronta erros históricos.

Com grande respeito eu agradeço o povo Ngannawal em cuja terra tradicional nós estamos nos encontrando hoje.

---

\* Título original em inglês: "The golden thread at the heart of tort law: Protection of the vulnerable". Artigo originalmente publicado na *Australian Bar Review*, vol. 24, 2003, p. 135-149. Tradução para o português de Carla Alimena, Luciana Goulart Quinto, Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos, estudantes da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e de Antonia Espíndola Longoni Klee, formada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2003, mestranda em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

\*\* Professora, Escola de Pesquisa em Ciências Sociais, ANU; Professora Ernest E. Smith da Faculdade de Direito da Universidade do Texas em Austin. Pela colaboração na elaboração desse artigo, um caloroso obrigado à Professora Larissa Behrendt, ao Professor Harold Luntz, a Alexis Goodstone, a Sarah Pritchard e a Christine Adamson. Sou particularmente grata a Zoe Guest e Kylie Burns por dividirem comigo o seu conhecimento detalhado sobre o material da Suprema Corte.

<sup>1</sup> A expressão "torts" engloba todo o regime da responsabilidade civil por danos culposos, motivo pelo qual a terminologia por nós adotada apresenta expressões como *responsabilidade civil por atos ilícitos* ou *responsabilidade civil por ilícitos civis*, ambas sinônimas no contexto do presente documento, assim a como a expressão geral *responsabilidade civil*, por vezes utilizada no decorrer do texto (N. do T.).

## 1. A união fechada dos poderes judiciário e legislativo na corte de última instância

A corte de última instância em um sistema de *common law* cria o direito. Isso em momento algum é mais óbvio do que na responsabilidade civil por ato ilícito, especialmente naquele tipo de ilícito mais aberrante e, portanto, voraz: a negligência.<sup>2</sup> Estranhamente, alguns advogados australianos ainda acreditam que há uma significativa tensão entre princípio e *policy*<sup>3</sup> como base para a fundamentação legal em casos de indenizações decorrente de responsabilidade civil por ato ilícito. Mas creio ainda não ter ouvido uma avaliação definitiva sobre a diferença entre princípio e *policy*. A preocupação de que a responsabilidade não seja indeterminada é um princípio ou uma *policy*? A preocupação da cortes<sup>4</sup> de que a lei não deveria positivamente encorajar o aborto é um princípio ou uma *policy*?

Um juiz da Suprema Corte sugeriu-me que a diferença era que princípios se aplicam por intermédio da lei; enquanto que uma preocupação mais local, como a imunidade de um advogado, é melhor descrito como *policy*. Mas me parece que, se você escolhe um foco mais amplo, tal imunidade poderia facilmente ser indicada em termos do abrangente “princípio” da proteção da destemida administração da justiça. Outro juiz da Suprema Corte sugeriu-me que a diferença é temporal: que uma razão proferida por um conselho poderia ser descrita naquele estágio como um argumento de *policy*, mas, uma vez aceita como um argumento convincente por uma tribunal de recursos, ela poderia depois ser descrita como uma “*policy* ou valor legal”, como um “princípio” legal para indicar às cortes de primeira instância sua legitimidade na fundamentação jurídica. Isso significaria, por exemplo, que a regra corrente de que um fabricante não pode descuidadamente deixar um caracol na garrafa de cerveja de gengibre é um *princípio* de responsabilidade civil por ato ilícito, mas que isso foi uma *policy* que persuadiu as cortes a abandonar o antigo princípio de não-responsabilidade baseado na falácia de obrigação legal do caso *Winterbottom v. Wright*<sup>5</sup>.

Outro juiz australiano recentemente sugeriu-me uma diferença de maior relevância tática: é provável que um juiz concentre sua fundamentação no termo

<sup>2</sup> Ver, eg, *Emeh v Kensington AHA* [1985] QB 1012 at 1021; [1984] 3 All ER 1044; *Winnipeg Child and Family Services v G* (1997) 152 DLR (4th) 193.

<sup>3</sup> Alguns autores traduzem esse termo pela expressão “política pública”, para designar uma fundamentação ou argumento que transcenda a esfera do direito de um indivíduo (“*right*”) e que tenha reflexo nas esferas de outros indivíduos, em contraposição ao termo *principle* (N. do T).

<sup>4</sup> Um ponto prontamente reconhecido nos Estados Unidos: ver, eg, a questão Simpósio “Judges as Tort Lawmakers. New Torts: Are they being developed? If so, Where, When and Why?” (1999) 49 De Paul L Rev.

<sup>5</sup> (1842) 10 M&W 109; 152 ER 402.

“princípio” se ele está preocupado em ser acusado de “ativismo judicial”. Recentes críticos pró-legalistas<sup>6</sup> quanto às interpretações extensivas feitas pela Suprema Corte em responsabilidade civil por atos ilícitos parecem acreditar que o uso da terminologia de “princípio” conduzirá à proibidade judicial, uma confiança retrospectiva em precedentes estabelecidos e um processo de julgar um tanto mecânico, no máximo incremental, que procura manter-se em si mesmo, e bem fora das esferas da legislatura e da controvérsia na mídia.

Mas apelar meramente aos chamados “princípios” muitas vezes só mascara a essência do processo de fundamentação de um juiz. Novamente, em nenhum lugar isso está mais claro do que na responsabilidade civil por atos ilícitos, na qual pode não haver qualquer relação anterior entre as partes da qual a análise pode começar. Em casos de indenizações decorrentes de responsabilidade civil por atos ilícitos, as cortes têm necessitado identificar questões legais para avaliar a relevância da grande quantidade de elementos nesses casos. Algumas dessas questões são genéricas, como uma preferência por uma responsabilidade determinada, enquanto algumas são raramente levantadas pelos fatos, tal como a preocupação que o direito não encoraja o aborto. Ocorre que é simplesmente impossível<sup>7</sup> para a argumentação jurídica em sede recursal cumprir apenas função necessária para a decisão do conflito entre as partes e deixar as demais funções de lado.

Em negligência, somente duas dessas questões são trunfos: aquela subjacente à regra de que eu sou responsável se eu descuidadamente derrubar um estranho em uma piscina; e aquela subjacente à regra de que eu não sou responsável se eu falhar em tentar resgatar um estranho se afogando em uma piscina. Separada dessas duas questões, há uma multidão de questões não-trunfos que têm, ao longo do tempo, determinado os contornos complexos e sutis da doutrina da responsabilidade civil por atos ilícitos<sup>8</sup>. Chamar essas questões de “princípios” pode ser altamente enganoso, pois isso pode sugerir que se tratam de trunfos quando na verdade não o são<sup>9</sup>.

Em contrapartida, nem todas essas questões não-trunfos podem ser tranquilamente descritas como *policies*. Os inexpressivos testes em *Anns v Merton*

<sup>6</sup> Ver, eg, D Heydon, “Judicial Activism and the Death of the Rule of Law”, *Quadrant* [January-February 2003] 9.

<sup>7</sup> Contrastar com *ibid*, 10.

<sup>8</sup> Ver J Stapleton, “Duty of Care Factors: a selections from the Judicial Menu” em P Cane e J Stapleton (Eds), *The Law of Obligations: Essays in Honour of John Fleming*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 59.

<sup>9</sup> A linguagem dos “direitos” pode também ser enganosa como geradora de títulos de indenizações decorrentes de responsabilidade civil por atos ilícitos (como oposta a um caminho de expressá-los). Por exemplo, a maioria das pessoas concordaria que uma criança se afogando tem, em um sentido, um “direito à vida”. Ainda, o estranho não tem nenhum dever legal de resgatá-la, de fato nós podemos bem dizer que, em direito, ele tem um “direito” de não tentar. De qualquer forma está envolvido na noção social e moral do “direito à vida” da criança, isso não é trunfo nas indenizações decorrentes de responsabilidade civil por atos ilícitos de negligência, que refuta reconhecer que isso fundamenta uma autorização legal a ter uma tentativa estranha a um resgate.

*London Borough Council*<sup>10</sup> e *Caparo Industries Plc v Dickman*<sup>11</sup>, com suas explícitas incorporações de *policy* no processo de determinação de questões de dever nas indenizações decorrentes de negligência, tiveram pelo menos<sup>12</sup> a virtude de conscientizar a corte de que decisões de dever resultam da consideração de diversas questões.<sup>13</sup> Mas mesmo uma revisão apressada de decisões demonstrará que muitas questões consideradas por juízes de indenizações de responsabilidade civil por atos ilícitos não são podem ser corretamente identificadas como *policy*. Por exemplo, a base da regra de negligência de que eu não deveria imprudentemente quebrar sua perna parece mais uma forte preocupação moral, ou pelo menos teria tal preocupação em seu bojo.<sup>14</sup> Da mesma forma, no recente caso do bebê indesejado de *Cattanach v Melchior*,<sup>15</sup> o juiz Heydon baseou sua fundamentação em grande parte em uma consideração de assuntos que seriam melhor descritos em termos morais, sociais ou científicos tais como: considerações legais sobre a vida familiar; a psicologia dos litigantes, pais e crianças; deveres morais dos pais, apesar desses deveres não serem reforçados pela lei; e “possibilidades inquietantes” em relação a outras reclamações muito mais ambiciosas de um tipo não colocado perante a corte<sup>16</sup> que poderia criar “um odioso espetáculo”. Portanto, na minha opinião, deveríamos abandonar os termos “princípio” e “*policy*” e simplesmente descrever essas questões *de forma neutra* como “questões legais”, ao mesmo tempo que reconhecemos que “a lei baseia-se em novos valores e desprende-se dos velhos à medida que a sociedade muda”.<sup>17</sup>

A realidade mais ampla é que, dentro de nossas previsões constitucionais, a corte de última instância tem uma função essencial de criação do direito que necessariamente não se mantém em si mesma, mas alcança resultados que também poderiam ter sido alcançados pelo poder legislativo.<sup>18</sup> Walter Bagehot afirmou que “o segredo da eficiência da Constituição inglesa pode ser descrito como a união

<sup>10</sup> [1978] AC 728; [1977] 2 All ER 492.

<sup>11</sup> [1990] 2 AC 605; [1990] 1 All ER 568.

<sup>12</sup> A razão fundamental para rejeitar os testes *Caparo e Anns* é que, por sua natureza, eles enganosamente sugerem que o árduo trabalho de dever de análise pode ser sistematizado em um tipo de fórmula. Grande parte de nós agora vê que isso é, o que Lorde Oliver polidamente chamou, uma “vontade de uns poucos”: *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] 2 AC 605 em 633; [1990] 1 All ER 568 em 585.

<sup>13</sup> Isso é, talvez, o relevante motivo para a relutância do juiz Kirby em abandonar tais testes.

<sup>14</sup> De fato, alguns descreveram indenizações decorrentes de responsabilidade civil por atos ilícitos como “o mais constante e aventureiro exercício de direito em moralidade aplicada”: S Stoljar, “Concerning Strict Liability” em P Finn (Ed), *Essays on Torts*, Law Book Co, Sydney, 1989, p 267.

<sup>15</sup> (2003) 199 ALR 131.

<sup>16</sup> Comparar, o mais recente comentário extra-judicial pelo juiz que mesmo na Suprema Corte “é errado lidar com questões que, apesar de terem sido criadas, não são questões que são necessárias para o resultado específico para o caso com o qual tem que se lidar”: Heydon, acima n. 4, em 15.

<sup>17</sup> L Zines, “Legalism, Realism and Judicial Rhetoric in Constitutional law” (2002) 5 *Constitutional Law and Policy rev* 21 em 27.

fechada (...) dos poderes legislativo e executivo” no Gabinete.<sup>19</sup> Do meu ponto de vista, o mundo da *common law* está agora em um estágio em que nós podemos admitir que um segredo igualmente vital de nossas previsões constitucionais é a união fechada dos poderes judiciário e legislativo na corte de última instância, e que nossos sistemas legais de *common law* compreendem uma forma da doutrina da separação dos poderes que acomoda esta capacidade de criação do direito. O trabalho de nossa corte de última instância não deveria ser um mistério para nós: nós devemos “deixar a luz do dia dissipar o mistério da magia”.<sup>20</sup>

Antes da sua elevação ao assento da Suprema Corte, o juiz Dyson Heydon atacou o ativismo judicial. Apesar dele afirmar que “nossa situação é muito menos pior que nos Estados Unidos, Canadá e Nova Zelândia”,<sup>21</sup> ele publicamente repreendeu as cortes de Mason e Brennan pelo trabalho delas na área de responsabilidade civil por atos ilícitos. O juiz Heydon parecia igualar “legalismo” e “incrementalismo”, e “ativismo judicial” com a atitude de uma corte tomar “severos novos avanços, retrocessos, revoluções ou rupturas” na busca de propósitos diferentes daquele para o qual o poder judiciário foi criado e servindo algumas funções diferentes do que é necessário para a decisão de disputas particulares entre as partes.<sup>22</sup> Não tenho certeza se isso coincide com o que vemos na jurisprudência da Suprema Corte ou mesmo na *common law* de forma geral. Afinal de contas, um juiz habilitado pode examinar antigos relatórios jurídicos para, usando as palavras do Juiz Dixon, justificar com “lógica e técnica apurada”<sup>23</sup> uma criação dramática como a tutela da confiança<sup>24</sup>, ou a regra no caso *Donoghue v Stevenson*. E é claro que quando um juiz esconde com a aparência do legalismo o que todos concordariam ter sido “severos novos avanços”, isso carrega um perigo real, como corretamente nota o Juiz Mason,<sup>25</sup> de que o legalismo é um mero disfarce para razões secretas.

<sup>18</sup> Como um antigo membro da Suprema Corte sabiamente notou: “os legisladores têm mais a fazer que meditar por intermédio de relatórios para ver qual doutrina judicial desatualizada deveria ser abolida, e poderiam bem reenviar suas atenções sendo distraídas visando a fazer o que as Cortes elas mesmas poderiam mas negligenciam-se a fazer.”: *Dugan v Mirror Newspaper Ltd* (1978) 142 CLR 583 em 611-12 por Murphy J; 22 ALR 439.

<sup>19</sup> W Bagehot, *The English Constitution*, Fontana, 1963, p 65.

<sup>20</sup> Contratar a visão de Bagehot sobre o papel constitucional na monarquia: “seu mistério é sua vida. Nós não devemos deixar a luz do dia dissipar a magia de tal mistério”, *The English Constitution*, Fontana, 1963, p 100.

<sup>21</sup> Heydon, acima n. 4, em 22.

<sup>22</sup> *Ibid*, em 9, 10 e 12.

<sup>23</sup> O Dixon, “*Concerning Judicial Method*”, in *Jesting Pilate*, Law Book Co, Melbourne, 1965, pp 152-65 ou usar o termo “doctrinal basketweaving” de Leslie Zines.: L Zines, “*Legalismo, Realism and Judicial Rhetoric in Constitutional Law*” (2002) 5 *Constitutional Law and Policy Review* 21 em 29.

<sup>24</sup> A expressão “promissory estoppel” refere-se à doutrina que protege a confiança criada em uma parte pela promessa feita pela outra parte, ainda que não haja um contrato propriamente dito (N. do T.).

<sup>25</sup> A Mason, “*The role of a Constitutional Court in a federation: a Comparison of the Australian and the United States Experience*” (1986) 16 *Federal LR* 1 em 5: “o sempre presente perigo é que “o legalismo estrito e completo” seja um engano para valores políticos trancados e não-identificados”.

De qualquer maneira, tais críticos pró-incrementalistas e pró-legalistas “(d)a consciente elaboração de novo direito por radicais judiciais destruição do velho”<sup>26</sup> têm um problema em explicar porque os mais admirados julgamentos de indenizações decorrentes de responsabilidade civil por atos ilícitos são aqueles caracterizados por realismo e criatividade, como o caso *Donoghue v Stevenson*, julgado por Lorde Atkin.<sup>27</sup> O juiz Evatt escreveu para Arkin elogiando o julgamento ao “rechaçar formas de separação legal da realidade”<sup>28</sup> e o juiz Dixon aceitou a decisão sem objeções.<sup>29</sup>

Se encararmos a *common law* como, por exemplo, uma grande escultura sendo construída por pequenas contribuições de gerações de sábios juízes sentados na corte de última instância, Atkin mostrou que, para a escultura representar melhor a justiça, às vezes um acréscimo como a falácia da obrigação legal precisa ser eliminado.<sup>30</sup> Precisamos apenas considerar o tumulto que se seguiria se as cortes revertessem o caso *Donoghue v Stevenson* para apreciar a extensão radical da autorização legal que ele criou pelo ativismo judicial e a profundidade da aprovação que o ato de ativismo judicial evocou. É pelo fato de grande parte dos advogados hoje reconhecer a legitimidade de nossa Suprema Corte elaborando nova lei que nós acreditamos ser artificial explicar a evolução da *common law* da forma como se manifestou o Juiz Barwick:

“a Corte pode (...) decidir o que a *common law* sempre foi: e, se a decisão judicial anterior não é para aquele efeito, revogar (...) aquela decisão.”<sup>31</sup>

Então, a realidade é a de que os tribunais superiores criam a responsabilidade civil por atos ilícitos; que eles assim a fazem como resposta a uma série de preocupações; e que, às vezes, grandes mudanças ocorridas na responsabilidade civil por atos ilícitos são aceitas como legítimas, mesmo que pudessem ser alcançadas pela legislação. É claro que é tudo uma questão de grau. Podemos discordar a respeito de onde, o quão amplas e com que frequência essas grandes mudanças

<sup>26</sup> Ver, eg, Heydon, acima n. 4, em 17.

<sup>27</sup> [1932] AC 562; [1932] All ER Rep 1. De fato, *Donoghue v Stevenson* aceita a crítica do juiz Heydon de uma corte de apelação que, por uma “simples maioria”, favorece a “consciente elaboração de uma lei nova por radicais judiciais destruição da velha, denominada a falácia *privity*: Heydon, acima n 4, em 17. Lorde Atkin foi, a propósito, um garoto de Brisbane: G Lewsi, Lod Atkin, Butterworths, London, 1983, p 1.

<sup>28</sup> Lewis, *ibid*, p 66.

<sup>29</sup> Ver, eg, *Thompson v Bankstown Corporation* (1953) 87 CLR 619 em 630.

<sup>30</sup> Um outro acréscimo jurisprudencial foi o princípio de *caveat emptor* na venda de mercadorias. Quando os juízes eventualmente encontram nisso um princípio não-satisfatório, há um radical abandono deles disso [uma volta de 180° quanto às garantias implícitas nos de contratos de venda de mercadorias] foi saudada tão calorosamente pelas legislaturas através do mundo da *common law* que eles codificaram as novas criações na lei.

<sup>31</sup> *Dugan v Mirror Newspaper Ltd* (1978) 142 CLR 583 em 586 por Barwick CJ; 22 ALR 439. Uma visão ampla similar de desprezo agora encontraria a afirmação do Lorde Camdem CJ que “Se é lei, será encontrada em nossos livros. Se não for encontrada lá, não é lei...”: *Entick v Carrington* (1765) citado com aparente aprovação por Heydon, acima n 4.

podem ser legítimas. E como o Juiz Gleeson observou,<sup>32</sup> haverá sempre discordância sobre quando, ao se fazer o direito, os juízes devem escolher entre primar pela certeza da clareza, ou quando a flexibilidade da justiça individualizada é para ser escolhida. Mas penso que é válido lembrar que a elaboração do direito por meio de precedentes, em qualquer velocidade de mudança, não precisa necessariamente ser na direção de expandir a responsabilidade pelos delitos civis.<sup>33</sup> Parece particularmente complicado voltar atrás em decisões que expandiram a responsabilidade por delitos civis e isso comumente parece um medo de que, uma vez o gênio da responsabilidade saiu da garrafa, os tribunais não estejam preparados para corrigir seus julgamentos errôneos. Todavia, parece-me que nos últimos 20 anos a Suprema Corte tem sido particularmente sábia e eficiente a este respeito. Por exemplo, no caso *Burnie Port Authority v General Jones Pty Ltd*<sup>34</sup> e no caso *Northern Territory of Australia v Mengel*<sup>35</sup> o Tribunal de Mason cuidadosamente elaborou decisões que aboliram doutrinas incoerentes a respeito de delitos civis, que beneficiaram autores.

Sabedoria similar foi mostrada pelos tribunais de Mason e de Brennan, em decisões que ampliaram a abrangência da teoria da negligência, com o reconhecimento da responsabilidade pela negligência de fabricantes de casas, para com consumidores diretos,<sup>36</sup> e da indenização dos mesmos pelos custos do cuidado promovido pelo demandado.<sup>37</sup> Ambas decisões condizem com o modelo bem sucedido de Atkin de criar precedentes em ilícitos civis, que é invejado pelos estrangeiros que estudam o assunto. Qualquer que seja a motivação para a reforma da responsabilidade por ilícitos civis pelo Ipp Report<sup>38</sup> de 2002, poderia dificilmente

<sup>32</sup> M. Gleeson, "The Future of Civil Justice – Adjudication or Dispute Resolution?" (1999) 9 *Otago Law Review*, n. 449.

<sup>33</sup> Muito do meu trabalho antigo sobre responsabilidade civil por ato ilícito incitou juízes a podar ou impedir a responsabilidade pelos ilícitos civis, particularmente em áreas em que o direito consuetudinário estava sendo utilizado para dar uma má fama (uma preocupação reconhecida pela Suprema Corte: *Kars v Kars* 1996) 187 CLR 354, p. 381, pelos Juízes Toohey, McHugh, Gummow e Kirby; 141 ALR 37). Argumentei que este era especificamente o caso: com as regras regulando, à época, a indenização por choque nervoso, que criou um espetáculo forense odioso; em áreas em que comerciantes (enquanto autores de ações) estavam procurando uma corrida livre em direito dos ilícitos civis, quando poderiam ter se protegido de uma forma que dissuadiria a conduta ilícita do demandado; e em áreas em que deveres impostos para as autoridades públicas podem ser incoerentes e inibirem a efetiva não consideração de suas obrigações para a comunidade como um todo. Veja J. Stapleton, "In Restraint of Tort" em P. Birks (Ed.), *The Frontiers of Liability*, vol. 2, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 83; "Duty of Care: Peripheral Parties and Alternative Opportunities for Deterrence" (1995) 111 LQR 301 p. 317.

<sup>34</sup> (1994) 179 CLR 520; 120 ALR 42. A doutrina retratada aqui foi aquela de *Rylands v Fletcher* (1868) LR 3 HL 330.

<sup>35</sup> (1996) 185 CLR 307; 129 ALR 1. A doutrina retratada aqui foi aquela de *Beaudesert Shire Council v Smith* (1966) 120 CLR 145; [1966] ALR 1175.

<sup>36</sup> *Bryan v Maloney* (1995) 182 CLR 609; 128 ALR 163. Compare com *D&F Estates Ltd v Church Commissioners for England* [1989] AC 177; [1988] 2 All ER 992.

<sup>37</sup> *Kars v Kars* (1996) 187 CLR 354; 141 ALR 37. Compare com *Hunt v Severs* [1994] 2 AC 350; [1994] 2 All ER 385.

<sup>38</sup> Commonwealth of Australia, *Review of the Law of Negligence: Final Report*, Setembro de 2002.

ser, como uma crítica recente asseverou, “uma insatisfação aguda com o que a Suprema Corte fez”<sup>39</sup> com o direito dos ilícitos civis nos últimos vinte anos. O Ipp Report não recomenda a reversão de nenhuma decisão acerca de delitos civis pelos tribunais de Mason ou Brennan.<sup>40</sup> De fato, assim como Professor Luntz enfatizou,<sup>41</sup> bem antes da Investigação Ipp, o tribunal de Gleeson, por meio de uma forma de ativismo judicial,<sup>42</sup> instituiu uma era dramática pró-demandado em decisões acerca de ilícitos civis.

## 2. Avanços Conceituais

Uma vez que aceitamos que a Suprema Corte precisa criar precedentes sobre ilícitos civis, podemos atentar para o meu segundo ponto: em algumas áreas, penso que a Suprema Corte, na sua elaboração do direito, ajudou a melhorar a clareza da argumentação na matéria, em geral, enquanto coerentemente canalizou a defesa de outrora-vorazes titulações de ilícitos em particular. Pegue-se indeterminação. Os custos sociais da maioria dos infortúnios são indeterminados. A potencial indeterminação dos custos sociais é patente no que foi uma vez consideradas serem as causas clássicas de perdas econômicas, nomeadamente aquelas envolvendo uma negligente informação mal feita. Contudo, no mundo do direito consuetudinário, tribunais rotineiramente permitem recompensas na área de declarações mal feitas, porque construíram requerimentos de dever que restringem a *responsabilidade* de uma forma em que a *responsabilidade* é determinada. A Suprema Corte, nos casos que não envolvem declarações mal feitas, tais como *Caltex Oil (Australia) Pty Ltd v The Dredge ‘Willemstad’*<sup>43</sup> e *Perre v Apand Pty Ltd*,<sup>44</sup> mostrou uma apreciação inovadora pela indeterminação, no sentido de que

<sup>39</sup> Compare com Heydon, acima, nota 4, p. 21.

<sup>40</sup> Há uma recomendação do Juiz Mason sobre a formulação da “razoável previsão”, em *Wyong Shire Council v Shirt* (1980) 146 CLR 40 p. 48; 29 ALR 217 (coordenação dos Juízes Stephen e Alckin) [em que “não improvável e fantásticamente” foi baseada na formulação de Lorde Reid no caso *Wagon Mound 2*] seja substituído por “não insignificante”. Considerou-se necessário, porque muitos juízes de tribunais distritais cometeram o erro de determinar a questão da razoável previsão do risco primeiramente em situações de quebra, e isoladamente da questão da razoável prevenção e a questão última sobre o que requer cuidado razoável. Isto comumente levou para a argumentação falaciosa de que a falha para eliminar um risco que era razoavelmente previsível, de acordo com esse padrão baixo e que era possível de ser prevenido é negligência necessariamente. Esse erro surgiu mesmo que o Juiz Mason tenha insistido em *Wyong*, *ibid*, p. 47-8, que: “A percepção da resposta do homem médio requer uma consideração da magnitude do risco e o grau da probabilidade de sua ocorrência, juntamente com seu custo, dificuldade e inconveniência de tomar uma atitude de aliviar e quaisquer outras responsabilidades conflitantes que o demandado possa ter. Apenas quando essas questões são balanceadas que o tribunal de fato pode confidentemente asseverar qual é o padrão de resposta a ser atribuído ao homem médio na posição do demandado.”

<sup>41</sup> H. Luntz, ‘Torts Turnaround Downunder’ (2001) 1 *OUCLJ* 95.

<sup>42</sup> Mas não uma forma de ativismo judicial que envolveu o tipo de abolição de venda em massa da doutrina pró-autor vista em *Burnie*, acima, nota 31, e *Mengel*, acima, nota 32.

<sup>43</sup> (1976) 136 CLR 529; 11 ALR 227.

<sup>44</sup> (1999) 198 CLR 180; 164 ALR 606.

a responsabilidade não é meramente indeterminada e que, *qualquer que seja o contexto em que surjam perdas econômicas*, a indeterminação irá desaparecer no momento em que o tribunal puder identificar os requerimentos de dever, pois por si só têm sentido independente, que então conferem um sentido de responsabilidade determinada.

Subseqüentemente, o tribunal está desenvolvendo uma noção de coerência<sup>45</sup> segundo uma parte de um pacote de limitações da responsabilidade pelos ilícitos civis, especialmente no que toca a autoridades públicas. Especificamente, um dever não deveria ser reconhecido, se não fosse compatível com outros deveres de oficiais públicos, com relação à comunidade em geral.<sup>46</sup> Isto significa, por exemplo, que um agente governamental da saúde que negligentemente manda um criador de gado não comercializar o seu rebanho, assumindo, negligentemente, que este pode estar contaminado por alguma doença, pode escapar de ter um dever para com o criador de gado, porque a comercialização poderia ser incoerente com o evidente dever primário do agente de amplamente proteger o público da doença.<sup>47</sup> Em contraste, nenhuma incoerência pesa mais do que o reconhecimento de um dever de cuidado devido pelo agente governamental que, aparentemente dentro da lei, manda um fazendeiro não comercializar sua colheita, baseado na negligente suposição de que um fazendeiro já excedeu alguma cota legal (de comercialização de sua colheita).

<sup>45</sup> *Hawkins v Clayton* (1988) 164 CLR 539, p. 584 pelo Juiz Dean; 78 ALR 69; *Esanda Finance Corporation Ltd v Peat Marwick Hungerfords* (1997) 188 CLR 241, p. 297-9 pelo Juiz Gummow, citando Sir Owen Dixon, 'Concerning Judicial Method' (1956) 29 ALJ 468, p. 472, 475 e as observações do Juiz McLachlin, em *R v Van der Peet* (1996) 137 DLR (4th) 289, p. 377 com relação à 'metodologia honrada pelo tempo do direito consuetudinário'; 142 ALR 750. Veja também *Hill v Van Erp* (1997) 188 CLR 159, p. 180 pelo Juiz Dawson e 223, 224, 230, 231, 234 pelo Juiz Gummow; 142 ALR 687; *Scott v Davis* (2000) 204 CLR 333; 175 ALR 217, p. [264] e [273] pelo Juiz Gummow; *Modbury Triangle Shopping Centre Pty Ltd v Anzil* (2000) 205 CLR 254; 176 ALR 411, p. [85] pelo Juiz Kirby e [115] pelo Juiz Hayne; *Sullivan v Moody* (2001) 207 CLR 562; 183 ALR 404, p. [50] e [55] (decisão unânime); *Tame v NSW* (2002) 191 ALR 449; 76 ALJR 1348, p. [28] pelo Juiz Gleeson, [122]-[126] pelo Juiz McHugh e [323] pelo Juiz Callinan; *Cattanach v Melchior* (2003) 199 ALR 131, p. [35] e [39] pelo Juiz Gleeson e [64] pelos Juizes McHugh e Gummow.

<sup>46</sup> Em *Sullivan v Moody* (2001) 207 CLR 562; 183 ALR 404; sustentou-se que oficiais do Departamento de Bem-Estar Público não tinham o dever com relação a uma pessoa afetada pela comunicação feita como o resultado de uma investigação, sob um poder legal, de uma alegação de abuso sexual. Para uma aplicação mais clara, veja *New South Wales v Paige* (2002) 115 IR 283, especialmente na p. [93] em que o Juiz Spigelman asseverou que: "*coerência* pode surgir mesmo se não haja nenhuma inconsistência direta. Pode ser suficiente se o efeito de impor a responsabilidade civil é para 'distorcer [o] foco' do processo de tomada de decisão legal (Crimmins, p. [292] pelo Juiz Hayne)."

<sup>47</sup> Compare *Perrett v Williams* [2003] NSWSC 381 (que não foi relatado, em 9 de maio de 2003, BC200302227), especialmente na página [478]; *Northern Territory of Australia v Megel* (1996) 185 CLR 307; 129 ALR 1. Veja, também, a posição de vários reguladores públicos: J. Stapleton, 'Duty of Care: Peripheral Parties and Alternative Opportunities for Deterrence' (1995) 111 LQR 301, p. 313-14; *Harris v Evans* [1998] 3 All ER 522; [1998] 1WLR 1285. Contraste com *Welton v North Cornwall DC* [1997] 1 WLR 570.

Mas quero me concentrar no terceiro exemplo de vantagem conceitual, que é o foco que está emergindo na Suprema Corte sobre vulnerabilidade<sup>48</sup> como um pré-requisito necessário, se não suficiente, para a proteção pelo delito de negligência, e como uma figura central de organização daquele ilícito, e talvez mais abrangentemente no direito dos ilícitos civis em geral. Nos últimos vinte anos, pelo menos, o tribunal identificou isso como uma preocupação moral central do direito dos ilícitos civis e quaisquer que sejam os limites que podem governar esse conceito de vulnerabilidade, certamente têm um convencimento central. Isso é representado pela mais extrema forma de vulnerabilidade: nomeadamente, quando uma pessoa é *exclusivamente* dependente de outra para cuidar, mesmo que aquela pessoa seja uma estranha.<sup>49</sup> Essa característica prática, que em inúmeros casos chegou à Suprema Corte nas últimas duas décadas, pelo menos, permitiu que os tribunais de Mason, Brennan e Gleeson ampliassem a proteção por ilícitos civis convincentemente, mas cuidadosamente para uma diversidade de autores, tais como aqueles em *Rogers v Whitaker*,<sup>50</sup> *Bryan v Maloney*,<sup>51</sup> *Hill v Van Erp*,<sup>52</sup> e *Perre v Apand Pty Ltd*.<sup>53</sup> O uso inteligente pelo tribunal do conceito de vulnerabilidade evitou que essas decisões abrissem as comportas e ensopassem nossos tribunais com causas especulativas por autores, em especial comerciantes, que não eram vulneráveis, mas que eram capazes de se defender de forma que teriam prevenido a conduta ilícita do demandado. Uma área em que a idéia de vulnerabilidade tem sido frutífera, na sua forma extrema de exclusiva dependência, é enquanto uma ferramenta poderosa para justificar em uma *limitada* (porque pode ser sobrepujada

<sup>48</sup> *Burnie Port Authority v General Jones Pty Ltd* (1994) 179 CLR 520, p. 551 pela Corte de Justiça de Mason, Juízes Deane, Dawson, Toohey e Gaudron; 120 ALR 42; *Bryan v Maloney* (1995) 182 CLR 609, p. 619, pela Corte de Justiça de Mason, Juízes Deane e Gaudron; 128 ALR 163; *Hill* (também como) *R F Hill & Associates v Van Erp* (1997) 188 CLR 159; 142 ALR 687; *Esandra Finance Corporation Ltd v Peat Marwick Hungerfords* (1997) 188 CLR 241, p. 263-4, pelos Juízes Toohey e Gaudron; 142 ALR 750; *Northern Sandblasting Pty Ltd v Harris* (1997) 188 CLR 313, p. 345-6, pelo Juiz Dawson; 350 pelo Juiz Toohey, 369 pelo Juiz McHugh e 397 pelo Juiz Kirby; 146 ALR 572; *Perre v Apand Pty Ltd* (1999) 198 CLR 180, p. 194-5, pelo Juiz Gaudron, 204, 207, 220, 225-230, 236 pelo Juiz McHugh e 284-5, 290 pelo Juiz Kirby; 164 ALR 606; *Modbury Triangle Shopping Centre Pty Ltd v Anzil* (2000) 205 CLR 254; 176 ALR 411, p. [42] pelo Juiz Gaudron; *Rosenberg v Percival* (2001) 205 CLR 434; 178 ALR 577, p. [145], pelo Juiz Kirby; *Pyrenees Shire Council v Day* (1998) 192 CLR 330, p. 361, pelo Juiz Toohey, 370 e 372 pelo Juiz McHugh e 421, 424 pelo Juiz Kirby; 151 ALR 147; *Crimmins v Stevedoring Industry Finance Committee* (1999) 200 CLR 1, p. 24-6, 39-41, 43 pelo Juiz McHugh e 85 pelo Juiz Kirby; 167 ALR 1. O conceito também tem se provado influente em outras jurisdições. Veja, por exemplo, *Phelps v London Borough of Hillingdon* [2000] 4 All ER 504, p. 529 por Lord Nicholls.

<sup>49</sup> J. Stapleton, 'Duty of Care Factors: a Selection from the Judicial Menus', em P. Cane e J. Stapleton (Eds.), *The Law of Obligations: Essays in Celebration of John Fleming*, Oxford University Press, 1998, p. 59, nas p. 86-7.

<sup>50</sup> (1992) 175 CLR 479; 109 ALR 625.

<sup>51</sup> (1995) 182 CLR 609; 128 ALR 163.

<sup>52</sup> (1997) 188 CLR 159; 142 ALR 687.

<sup>53</sup> (1999) 198 CLR 180; 164 ALR 606.

por outras preocupações, se presentes)<sup>54</sup> e coerente maneira, um dever de cuidado das autoridades públicas que deve ser reconhecido, como nos casos tais quais *Pyreness Shire Council v Day*,<sup>55</sup> *Crimmins v Stevedoring Industry Finance Committee*<sup>56</sup> e *Brodie v Singleton Shire Council*.<sup>57</sup>

### 3. A área mais importante para a aplicação da preocupação com a vulnerabilidade

Tratarei do terceiro e último ponto: o futuro. Agora, devemos nos questionar em que contexto pode essa “tênue e preciosa linha” da moralidade na responsabilidade civil, identificada pela Suprema Corte – a proteção dos vulneráveis – melhor contribuir? No meu ponto de vista, a corte, com a jurisprudência da vulnerabilidade, proveu-se da melhor maneira para fazer a principal contribuição a uma das mais importantes dificuldades para a nação, um desafio que certamente não desaparecerá.

A maioria de nós, eu espero, concorda com o Juiz McLachlin que recentemente disse que:

Encontrar maneiras de solucionar os conflitos étnicos e raciais, dentro dos estados, de uma maneira pacífica e construtiva, é um dos maiores desafios de nossa era, e é um desafio em que o direito tem um papel fundamental<sup>58</sup>.

Ela nos lembra que no Canadá são características exclusivas dos indígenas serem pessoas “legalmente preservadas e protegidas”.<sup>59</sup>

Notório é o fato de que o sistema legal da Austrália tem sido extremamente falho no que concerne à acomodação de interesses dos aborígenes e habitantes das ilhas de do Estreito de Torre, particularmente no que concerne ao cuidado e

<sup>54</sup> Tal como a preocupação incoerente (por exemplo, a vulnerabilidade provavelmente é sobrepujada no exemplo do inspetor de saúde, mas não no exemplo da quota da colheita) ou a indeterminação da responsabilidade (por exemplo, casos de perdas econômicas em que a classe/o quantum não pode ser determinado pelos entendimentos doutrinários coerentes, em que veja J. Stapleton, ‘Comparative Economic Loss: Gary Schwartz and Case Law Focussed “Middle Theory”’ (2002) 50 *UCLA Law Review* 531).

<sup>55</sup> (1998) 192 CLR 330; 151 ALR 147 em que o Conselho sozinho entre partes relevantes sabia e foi responsável pelo contínuo risco de prender fogo.

<sup>56</sup> (1999) 200 CLR 1; 167 ALR 1 em que uma indústria inteira ‘teria sido dificilmente capaz de funcionar’ se as forças relevantes não tivessem sido exercidas pelo comitê, veja *Graham Barclay Oyster Pty v Ryan* (2002) 194 ALR 337; 77 ALJR 183, p. [317] pelo Juiz Callinan.

<sup>57</sup> (2001) 206 CLR 512; 180 ALR 145 em que o Conselho tinha ‘controle completo’ sobre toda a instalação.

<sup>58</sup> The American Law Institute, *Remarks d Addresses at the 78<sup>th</sup> Annual Meeting May 14-17, 2001*, p.68.

<sup>59</sup> *Ibid*, p. 69.

preservação de suas culturas<sup>60</sup>. Uma estatística que bem reflete isso é o que a Comissão Real sobre Aborígenes Mortos sob Custódia chamou de “as taxas desproporcionais nas quais os aborígenes estão sendo presos”.<sup>61</sup> Desde que essa declaração foi feita em 1991 a proporção de população carcerária aborígene ou habitante das ilhas do Estreito de Torres cresceu de 14% para 20%, mesmo considerando-se que a população indígena representa 2,4% da população como um todo<sup>62</sup>. Assim, os silvícolas têm doze vezes mais chances de serem presos do que as outras pessoas, abrangendo grupos de todas as idades.<sup>63</sup>

Voltando-se a questão da reparação dos danos causados a indígenas como um grupo: enquanto eu estava cursando o ensino médio, nos anos sessenta, bebês indígenas eram roubados de seus pais sob um programa de governo<sup>64</sup>. Muitos foram, desde então, sujeitados a longos abusos lesivos por aqueles a quem seus cuidados estão confiados: negligência e descaso; agressão; violência; aprisionamento injusto. Até agora, o direito público e privado australiano se recusou a prover uma reparação direta para a gerotesca política de captura de crianças. Mas, apesar deste estado de negação, há doutrinas potenciais e substanciais sobre responsabilidade civil para prover reparação *individual* aos prejudicados dessa forma, bem como no contexto das mortes de aborígenes sob custódia<sup>65</sup> e preconceito racial.

<sup>60</sup> Ver, eg. *Kruger v Commonwealth* (1997) 190 CLR 1; 146 ALR 126 e *Cubillo v The Commonwealth (No 2)* (2000) 103 FCR 1; 174 ALR 97; on appeal (2001) 112 FCR 455; 183 ALR 249. Ver J Clarke, ‘*Cubillo v Commonwealth*’ (2001) 25 MULR 218. Como *Justice Kirky* remarcou nesse discurso de juramento como um *Justice of High Court* na ocasião (6 de fevereiro de 1996) os bons e velhos dias não foram sempre bons no direito da Austrália, incluindo a *acommon law*. Eles não eram tão bons se você fosse um aborígene australiano. [Como explicou em *Mabo v State of Queensland (No 2)* (1992) 175 CLR 1. Ver também eg *Namatjira v Raabe* (1959) 100 CLR 664. *Stuart v R* (1959) 100 CLR 1] ...

<sup>61</sup> *Royal Commission into Aboriginal Deaths in Custody 1991*, (Commissioner Elliott Johnston) National Report, Vol. 1, AGPS, Canberra.

<sup>62</sup> Australian Bureau of Statistics website <<http://www.abs.gov.au>>, AusStats Database, *Australia Now: Year Book, Australia 2003: Crime and Justice, Deaths in custody*.

<sup>63</sup> Australian Bureau of Statistics website <<http://www.abs.gov.au>>, *Australia Now: Australian Social Trends 2000 Population – Population Characteristics: Social conditions of Aboriginal Torres Strait Islander people*. By 2001 the national rate of over-representation of indigenous women in custody rose to 21 times the non-indigenous rate: H McRae et al, *Indegenous Legal Issues: Commentary and Materials*, 3<sup>rd</sup> ed, Lawbook Co, Sydney, 2003, p.447.

<sup>64</sup> Human Rights and Equal Opportunity Commission, *Bringing Them Home: Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families*, 1997, *Many Voices*, D Mellor and A Haebich (Eds), National Library of Australia, Canberra, 2002.

<sup>65</sup> É bem sabido que os depositários tem um dever de proteção quanto a danos provindos de negligência. Devem tomar as medidas necessárias para evitar que uma pessoa tendente ao suicídio se mate: *Reeves v. The Commissioner of the Metropolis* [2000] 1 AC 360; [1993] 3 All ER 897.

Nós sabemos que problemas de limitação não são insuperáveis para indígenas vítimas de dano durante esse período<sup>66</sup>. Problemas de causalidade podem criativamente ser reparados, como foi feito de forma unânime pela Câmara dos Lordes no caso de asbesto de *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd*<sup>67</sup>, em que nas palavras de Lorde Bingham, “as circunstâncias especiais de tal caso (...) requerem ou justificam um enfoque diferenciado da prova da causa”.<sup>68</sup> Além disso, essa decisão mostra que a justiça da *common law* não poupa esforços: cogita-se que o caso *Fairchild* valeu mais de seis bilhões de libras para as diversas vítimas britânicas de materiais cancerígenos (*asbestos*)<sup>69</sup>. E não há dúvida de que os perpetradores de agressões lesivas a afins podem ser tema de uma linha doutrinária de danos. Além disso, enquanto houver evidências adequadas disponíveis, as vítimas devem estar aptas a obter uma indenização (embora modesta) dos tribunais de compensação criminal, como Valerie Linow que, quando criança, foi roubada de seus pais e depois estabelecida pela Comissão para o Bem-Estar dos Indígenas (*Aborigines Welfare Board*) no lar de um fazendeiro que a molestava sexualmente e a feria com arame farpado.<sup>70</sup> Porém, é um triste reflexo do nosso sistema legal que a Sra. Linow faz parte de um pequeno grupo de membros pertencentes às gerações roubadas a ter ganho compensação pelo abuso sofrido quando criança, cabendo lembrar que nenhum desses sucessos obteve vitória nas cortes da *common law* até agora.<sup>71</sup>

<sup>66</sup> Kirby P e Priestly JA concederam a Joy Williams uma extensão de tempo menor que s 60G(2) do *Limitations Act 1968 (NSW)* para apresentar sua reivindicação: *Williams v. The Minister, Aboriginal Land Rights Act 1983* (1994) 35 NSWLR 497. Ver abaixo n. 68. Contrasta *Cubillo v Commonwealth (no 2)* (200) 103 FCR 1; 174 ALR 97; (2001) 112 FCR 455; 183 ALR 249. Como o Professor Van Bueren argumentou em limitação ao conceito jurídico, ‘em casos em que há abuso aos direitos humanos, não se busca somente compensação financeira, mas a restauração: a restauração da dignidade e o reconhecimento do respeito. Unicamente, é a questão da natureza da sociedade em que desejamos viver: a que paga pelas injustiças perpetradas pelas gerações anteriores ou a que se torna confortável com tais injustiças e arrisca a repetição através da amnésia social’: *The Times*, 29 April 2003.

<sup>67</sup> [2003] 1 AC 32; [2002] 3 All ER 305

<sup>68</sup> *Ibid*, at [2]. In J Stapleton ‘Lorde a’Leaping Evidentiary Gaps’ (2002) 10 TLJ 276 a 298-9. Eu considero como o princípio *Fairchild* se aplicaria ao caso de Valerie Linow, ver texto abaixo n. 67

<sup>69</sup> Stapleton, *ibid*, at 277. Contrast Haydon, acima n. 4, at 22:

Se o *law-making* judicial ... cria problemas financeiros que a justiça não pode resolver, deixa que outros se atraiam, intrometendo-se no verdadeiro papel de outras armas do governo. Cria-se um conflito com a separação de poderes.

Ver também a observação do juiz em *Williams v. The Minister, Aboriginal Land Rights Act 1983* (2000) Aust Repts 81 – 578 at [169]:

O reconhecimento de um dever de cuidado na concernede área, nesse caso, pode não somente aumentar o número de casos a serem processados por um sistema no qual as cortes estão saturadas, mas também impor tarefas as quais dificultariam que se observasse a complexidade e extensão de muitos casos.

<sup>70</sup> SMH, 9-10 March 2002; A Goodstone, ‘Stolen Generations Victory in the Victims Compensation Tribunal’ (2003) *Indigenous Law Bulletin* 10

<sup>71</sup> Public Interest Advocacy Centre, Restoring Identity: Final Report of the Movinf Forward Consultation Project, PIAC, Sydney, p. 47. See, generally, H McRae et al, *Indigenous Legal Issues: Commentary and Materials*, 3<sup>rd</sup> ed, Lawbook Co, Sydney, 2003, pp 595 – 603.

Pode-se ter pensado que a Comissão para o Bem-Estar dos Indígenas teria alguma obrigação legal para com os seus protegidos, mas numa controvertida decisão proferida por um juiz da Suprema Corte de Nova Gales do Sul foi sentenciado que nenhuma lei da *common law* ou obrigação fiduciária era devida pela Comissão para com os aborígenes<sup>72</sup>. Joy Williams foi dada aos cuidados da Comissão quando tinha quatro semanas de vida e esteve sob proteção da comissão até completar 18 anos. A garota foi instalada por duas vezes em lares para crianças dirigidos por organizações religiosas. Quando a menina completou quatro anos nenhum representante da Comissão havia visitado-a para verificar seu bem-estar. Resultado: foram 14 anos de negligência.

Ainda, nas palavras do Justice Heydon num recente caso da Suprema Corte da Austrália, no direito é trivial que as crianças tenham uma “vulnerabilidade especial.”<sup>73</sup> Mesmo assim, somando-se a vulnerabilidade da criança, a comissão satisfaz outras características importantes identificadas pela Suprema Corte, suscitando um dever de proteção: possuía controle legal e poder para proteger os que estavam sob sua tutela, e ainda tinha conhecimento do passado destes que outras pessoas não tinham. Aí está, em outras palavras, um forte argumento de que os casos de abuso de crianças aborígenes encaixam-se no critério estabelecido pela Suprema Corte para dar aumento ao dever de cuidado. Devemos esperar e assegurar que muito em breve a Corte terá a oportunidade de aplicar essa criteriosa aproximação jurisprudencial para tal tema de importância nacional.

Evidentemente, há muitas outras áreas em que o direito australiano tem, desde a chegada e dominação dos europeus, falhado em fazer justiça no que concerne aos aborígenes<sup>74</sup>. Mesmo se nos ativermos à responsabilidade civil por delitos civis

<sup>72</sup> *Williams v The Minister, Aboriginal Land Rights Act 1983* (1999) Aust Torts Rep 81 – 526. An appeal from the decision of Abadee J was dismissed on other grounds: (2000) Aust Tort Reps 81-578; HCA Transcripts (unreported, Gleeson CJ, McHugh and Hayne JJ, 22 June 2001). In general see T Buti, 'Removal of Indigenous Children From Their Families: The National Inquiry And What Came Before – The Push for Reparation' [1998] AILR 7; A Cody, *Williams v The Minister, Aboriginal Land Rights Act 1983* [2001] AJRH 7 and *Bringing them Home* (The 'Wilson Report') the report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from their Families conducted by Human Rights and Equal Opportunity Commission.

<sup>73</sup> *Cattanach v Melcor* (2003) 199 ALR 131 AT [492].

<sup>74</sup> 'A mais rica fonte de costumes legais em *New South Wales* estava fora da sociedade européia, nas mentes e práticas dos anciãos [aproximadamente 750.000] que ocuparam a terra por muito tempo, mas esses costumes nunca foram reconhecidos oficialmente' B. Kercher, *Debi, Seduction and Other Disasters*, Federation Press, 1996, pp 85 and 88. Compare *R v Ballard* [1829] NSWSC 26 (unreported, 21 April 1829) em que o *Chief Justice* da NSW, Forbes CJ, observou que ... ele poderia facilmente imaginar casos ... em que ele não consideraria que os nativos aborígenes viriam com provisões de direito municipal. Se surgisse uma disputa dentro de uma tribo, e eles a resolvessem de acordo com seu próprio costume, que era de fato o direito antigo da Inglaterra – em outras palavras, pela batalha, e um ou mais dos combatentes era morto, tal caso, não seria conhecido pelo nosso direito ... ele remarcou que não estava ciente de que o direito Britânico estava sendo aplicado aos nativos aborígenes em transações somente entre eles mesmos, quanto a contratos, injúrias ou crimes. Declarou, que é um sábio princípio de se abster nesta Colônia, como se fez nas Colônias Britânicas Norte Americanas, pois as instituições dos nativos, pela experiência se baseiam em princípios de direito natural.

podemos ver que há muito a ser feito para sensibilizar o direito. Parafraaseando o Juiz McHugh, a título exemplificativo:

Numa sociedade multicultural como a australiana, a noção de uma pessoa comum é pura ficção (...). Equidade real não pode existir antes do direito quando minorias étnicas e culturais são (...) [julgadas] de acordo com um padrão que reflete os valores da classe dominante, mas não reflete os valores daquelas minorias<sup>75</sup>.

Deixe-me exemplificar de cinco formas como a cegueira racial, cultural ou religiosa, no que concerne a responsabilidade civil, pode ser equivalente à discriminação em favor da maioria. Primeiramente, em algumas culturas indígenas, regras especiais são aplicadas quanto ao tratamento e enterro de cadáveres de um parente, que os conceitos ocidentais de transgressão (bem como as regras da administração estatal) devem respeitar.<sup>76</sup> Em segundo lugar, muitos danos que desenvolvem conceitos de previsibilidade confrontam-se ainda, com fenômenos culturais conservadores como, por exemplo, um caso recente do Tribunal de Recursos de Nova Gales do Sul<sup>77</sup>, que versa sobre o fato de que em algumas religiões o cabelo da esposa é de importância central para o casamento, algo que pode ser imprevisível para a cultura dominante. Outro exemplo é que a noção de honra e vergonha, que é crucial para algumas culturas minoritárias, também continua enfraquecida na ótica da responsabilidade civil. Em quarto lugar, nossas cortes têm ainda que avaliar o problema de que uma declaração que é vista como difamatória em uma certa comunidade, como por exemplo, que o promotor beba álcool, é vista como inócua na cultura dominante. Isso é um tema repleto, pois a ignorância não é desculpa no que tange à responsabilidade perante a justiça. Finalmente, a especial conexão dos aborígenes para com a sua terra é encontrar na *common law* australiana, defesas de perturbações de caráter público e privado.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> *Masciantonio v R* (1995) 183 CLR 58; 129 ALR 575 at [9] desse julgamento

<sup>76</sup> – See, eg, *Meier v Bell* (unreported, Vic SC, 3 March 1997); *Buchanan v Milton* [1999] 2 FLR 446; *Jones v. Dodd* [1998] SASC 6769 and [1999] SASC 125 discussed in H Conway 'Dead, but not buried: bodies, burial and family conflicts' (2003) 23 *Legal Studies* 423. Geralmente, para o direito fazer justiça, é preciso se ter acesso aos costumes aborígenes, direitos e responsabilidades e como eles evoluíram. Ainda não há um método compreensivo e sistemático de estudo e registro do direito indígena [mesmo assim ver H McRae et al, *Indigenous Legal Issues: Commentary and Materials*, 3rd ed, Lawbook, Co Sydney, 2003]. Como o *Justice Finn* observou, o deslocamento e dispersão dos grupos aborígenes e o fato de que sua história e direito são baseadas na tradição oral faz dessa pesquisa um grande desafio para o sistema legal: Para Finn, *The Common Law in the World: The Australian Experience*, Roma, 2001, p 8.

<sup>77</sup> *Kavanagh v Akhtar* (1998) 45 NSWLR 588

<sup>78</sup> Comparar *Onus v Alcoa of Australia Ltd* (1981) 149 CLR 27; 36 ALR 425 quando a Suprema Corte assegurou que a representante dos aborígenes Gournditch-jmara tinha um interesse especial na prevenção e construção de no território que contivesse relíquias aborígenes, as quais o povo Gournditch-jmara fosse guardião de acordo com seu direito e costumes. e então, eles entraram com uma ação com o objetivo de impedir Alcoa de violar o direito penal. *Justice Aickin* e *Justice Brennan* criaram a noção de 'interesse especial' e 'dano particular' que dominam as reivindicações quanto a danos de perturbação pública.

Concluindo, gostaria de dizer algumas breves palavras sobre legislação de direitos humanos, começando com o seguinte episódio notório. Em 1960, uma arquibancada de torcida em um estádio de futebol de Queensland recebeu seu nome em homenagem a um famoso jogador branco de futebol hoje falecido e que foi ironicamente apelidado de “Nigger Brown”<sup>79</sup>. Em 2000, o Sr. Hagan, um aborígene que sempre teve interesse em futebol tanto como espectador como quanto jogador, entrou com uma ação exigindo que o conselho de curadores do campo de futebol retirasse o termo “Nigger” do nome da arquibancada<sup>80</sup>. Seu pedido não obteve sucesso<sup>81</sup>. As cortes australianas atualmente não reconhecem embasamento na nossa common law, nas leis de discriminação racial ou em legislações mais abrangentes de direitos humano que ordenem a retirada do termo “Nigger”, que continua a ser predominante usado naquele estádio até hoje.

Como era de se esperar, o Sr. Hagan ganhou seu frente ao Comitê sobre Eliminação de Preconceito Racial da ONU, que recomendou ao governo garantir a retirada do termo ofensivo.<sup>82</sup> O comitê reconheceu que a Convenção Internacional para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial era “um documento vivo, que deve ser interpretado e aplicado levando-se em consideração as circunstâncias da sociedade contemporânea (...), incluindo as crescentes sensibilidades”<sup>83</sup>, concluindo que a manutenção do termo ofensivo pode hoje ser considerada um insulto em termos raciais.

O caso Hagan levanta a questão de se, em uma área de grande interesse nacional, a única esperança para justificar pequenas injustiças é pela domesticação dos do direito internacional dos direitos humanos na Austrália. Isso certamente aumentaria a pressão sobre nossas leis de responsabilidade civil para levar em consideração tais injustiças. Peguemos, por exemplo, a ação de danos pleiteada no Reino Unido contra uma autoridade imobiliária local.<sup>84</sup> Os autores foram sujeitados a grave preconceito racial por alguns anos por mais de cem inquilinos, inclusive com tentativas de incendiar a propriedade dos autores. O pedido foi indeferido por não apresentar qualquer causa de ação razoável. Desde tal caso, o Decreto de

<sup>79</sup> A expressão “Nigger” tem no inglês o mesmo significado pejorativo que outras expressões coloquiais em língua portuguesa dirigidas a afro-descendentes (N. do T.).

<sup>80</sup> Hagan v Trustees of the Toowoomba Sports Ground Trust [2000] FCA 1615 (não publicado, 10 de novembro de 2000, BC200006905)

<sup>81</sup> Seu apelo para o Pleno do Tribunal Federal não obteve sucesso: Hagan v Trustees of the Toowoomba Sports Ground Trust (2000) 105 FCR 56. Seu pedido de permissão especial para apelar à Suprema Corte foi negado com o que se pode considerar impaciência e insensibilidade judiciária incomuns: Hagan v Trustees of the Toowoomba Sports Ground Trust (não publicado, B17/2001, 19 de março de 2001); E. Wilhelm, “Australia’s Racial Vilification Laws Found Wanting? The ‘Nigger Brown’ Saga: HREOC, the Federal Court, the High Court and the Committee on the Elimination of Racial Discrimination” (aguardando publicação). Comparar caso com *McGlade v Lightfoot* [2002] FCA 1457.

<sup>82</sup> Hagan v. Austrália CERD/C/62/D/26/2002, par. 8.

<sup>83</sup> Hagan v. Austrália CERD/C/62/D/26/2002, par. 7.3.

<sup>84</sup> Hussain v. Lancaster city Council (2000) QB 1; (1999) 4 All ER 125.

Direitos Humanos de 1998, do Reino Unido, foi promulgado e juristas britânicos<sup>85</sup> concluíram que, se os mesmos fatos ocorressem hoje, haveria remédio contra a autoridade imobiliária em virtude do Decreto. A Corte Européia de Direitos Humanos<sup>86</sup> descreveu a Convenção em que se baseia o Decreto britânico como “um instrumento vivo”, que deve ser “interpretado à luz das condições atuais.”

Alguns podem temer que a “domesticação dos direitos humanos” permitiria o direito à liberdade de expressão de triunfar em casos de discursos racistas.<sup>87</sup> Mas isso não é verdade. Nos Estados Unidos, por exemplo, o termo “nigger” foi considerado intimidador pela sua própria natureza<sup>88</sup> e, apesar de preocupações quanto à Primeira Emenda, cortes americanas têm permitido ações de danos morais em casos de insultos e assédios racistas.<sup>89</sup> Similarmente, no Canadá a maioria da Suprema Corte<sup>90</sup> decidiu que, apesar de infringir a garantia de liberdade de expressão na Carta Canadense de Direitos Humanos, a lei tornando ilegal a promoção de ódio contra um grupo identificável era justificada pela Carta como um limite legal “razoável”, demonstravelmente de acordo com uma sociedade livre e democrática. Um das atividade dos réus nesse caso era a disseminação de adesivos contendo a mensagens “Nigger go home” (“Nigger vá para casa”).

<sup>85</sup> Veja, por exemplo, J. Wright, “Tort Law and Human Rights”, Hart Publishing, 2001, p. 192.

<sup>86</sup> *Tyrer v. Reino Unido* (1978) 2 EHRR 1.

<sup>87</sup> Assim como outros discurso ofensivos. Um bom exemplo de um juiz de tribunal recursal demonstrando sensibilidade nesse contexto está em *Prolife Alliance v. British Broadcasting Corporation* (2003) 2 All ER 977. Na eleição geral no Reino Unido, a Prolife Alliance conseguiu eleger candidatos suficientes em Gales para poder divulgar sua campanha por meios de telecomunicação. Quando submeteu sua fita para as autoridades de divulgação que consistia basicamente de imagens prolongadas e perturbadores de fetos abortados, as autoridades recusaram unanimemente em divulgar a fita por conter material que seria ofensivo ao público em geral. O argumento da autora que tal conduta fora ilegal foi rejeitado pela Câmara dos Lordes, sendo que Lorde Hoffmann explicitamente mencionou a sensibilidade das mulheres em geral e de uma minoria de mulheres vulneráveis em particular. No parágrafo 80 ele disse que os padrões de aborto genericamente aceitos:

“não são fruto de uma intuição de juizes mais velhos (...). Ao decidir quais membros do público poderiam achar tais mensagens ofensivas (...) uma parcela que as autoridades teriam em mente seriam as 200.000 mulheres que (...) fazem abortos todo ano (...). Fazer um abortar é algo que poucas mulheres conseguem lidar com facilidade (...). Portanto, eu hesitaria bastante em antes afirmar que as autoridades estavam erradas ao dizer (...) que as imagens seriam ofensivas a um grande número de espectadores.”

<sup>88</sup> *Jones v. City of Boston*, 738 F. Supp 604, página 605 (D. Mass., 1990): “o termo ‘nigger’ é intimidador pela sua própria natureza”.

<sup>89</sup> Por exemplo, *Wiggs v. Courshon*, 355 F. Supp 206 (SD Fla., 1973) (mantendo veredicto contra garçone que gritou expressões racistas para o autor quando ele questionou sobre seu pedido). Ver C. Lawrence, “If He Hollers Let Him Go: regulating Racist Speech on Campus” (1990), *Duke LJ* 431; R. Delgado, “Words that Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name-Calling” (1982), 17 *Harv CR-CL L Rev* 133; C. Villareal, “Culture in Lawmaking: A Chicano Perspective” (1991), 24 *UC Davis L Rev* 1193; and O. dark, “Racial Insults: ‘Keep Thy Tongue From Evil’” (1990), 24 *Suffolk UL Rev* 559.

<sup>90</sup> *R v. Thibert* (1996), 1 SCR 37.

Pessoalmente, não estou ainda convencida de que uma carta de direitos fundamentais seria algo bom. Minha esperança é que, em contraste com o nosso passado, os próximos cem anos cumprirão a promessa do nosso sistema jurídico existente ser um “instrumento vivo”, inclusivo, que lida com as discrepâncias, cuida das diferenças e confronta erros históricos. Levando-se em conta o sucesso que a Suprema Corte tem obtido nos últimos 20 anos em identificar a proteção dos vulneráveis como uma preocupação moral central da responsabilidade civil e a sofisticação com que essa ferramenta pode ser utilizada, vejo todos os motivos para crer que nosso direito da responsabilidade civil, o direito de danos, como tratado pela nossa atual Suprema Corte e pelas futuras, irá atrair a confiança pública pelo papel auxiliar<sup>91</sup> que cumprirá na correção dos maiores erros da história australiana.

---

<sup>91</sup> Ainda que nesse contexto existam limitações inerentes à litigância, ver: Public Interest Advocacy Center, “Restoring Identity: Final Report of the Moving Forward Consultation Project”, PIAC, Sydney, pág. VII.