

A ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

THE ECONOMIC ANALYSIS OF THE STATE'S CIVIL LIABILITY

*Alberto Raphael Hach Pratts **

*Paulo Vinícios Appelt ***

Resumo: Busca-se, com esse artigo, expandir os estudos atinentes à responsabilidade civil do Estado submetendo a temática à ótica da Análise Econômica do Direito a partir da aplicação dos métodos explicativo e dedutivo, vislumbrados sobretudo por meio de uma revisão bibliográfica somada a pesquisas qualitativas. Nesse sentido, discutiu-se a inicialmente as modalidades de responsabilização e de conduta danosa. Após, foram trazidas à baila as ferramentas da economia, com suas novas soluções, erros e acertos, relacionando-as com os conflitos judiciais reparatórios em que o Poder Público figura no polo passivo. Adiante, foram observados os efeitos e consequências dos métodos de indenização durante o cumprimento da sentença condenatória civil, inicialmente em pequena escala, com os incentivos e desincentivos gerados pela quantificação e pelo pagamento através de precatórios. E após, foram discutidos os efeitos ainda para o sistema legal como um todo, como o ônus financeiro enfrentado pelo próprio Estado para a manutenção de um sistema judiciário maculado pela ineficiência. Criticou-se ainda as acepções legais modernas para a responsabilização, pontuando eventuais direcionamentos positivos e falhas. Por fim, os conceitos elaborados de maneira teórica foram rerepresentados em um viés prático, a partir do estudo de precedentes. Desse modo, o trabalho conclui por alcançar seu objetivo, demonstrando a notória relevância teórica e prática dos estudos da Law and Economics ao trabalhar as repercussões econômicas e comportamentais possíveis de condenações e processos judiciais cíveis envolvendo o Estado na realidade fática, tal que ela serviria para além de mero substrato argumentativo, como muitas vezes utilizado no Judiciário brasileiro.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Responsabilidade Civil. Estado. Indenização. Direito Público.

* Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9814634035714069>.

E-mail: alberto.rhp@grad.ufsc.br.

** Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/8017964575359962>.

E-mail: paulo.v.appelt@grad.ufsc.br.



Abstract: The purpose of this article is to expand the studies concerning the State's civil liability by approaching the topic from the perspective of Law and Economics through the application of explanatory and deductive methods by means of a bibliographic review combined with qualitative research. In this regard, the discussion begins with the forms of liability and harmful conduct. Then, the economic tools are brought into the discussion, exploring their new solutions, mistakes, and successes, and relating them to reparatory judicial conflicts in which the Government is the defendant. Subsequently, the effects and consequences of indemnification methods are examined during the enforcement of civil condemnatory judgments, initially on a small scale, considering the incentives and disincentives generated by quantification and payment through government bonds. Furthermore, the effects on the legal system as a whole are observed, such as the financial burden faced by the State itself for maintaining a judiciary system marred by inefficiency. Modern legal approaches to liability are also criticized, highlighting potential positive directions and flaws. Finally, the theoretically developed concepts are reexamined from a practical perspective, based on the study of precedents. Thus, the work concludes by achieving its goal, demonstrating the significant theoretical and practical relevance of Law and Economics studies in addressing the possible economic and behavioral implications of civil convictions and judicial processes involving the State in the real world, so much that it serves beyond just an argumentative framework, as it is often used in the Brazilian judiciary.

Keywords: Law and economics. Civil liability. State. Compensation. Public Law.

1. INTRODUÇÃO

Ao falar em responsabilidade civil, urge a discussão atinente aos meios de exercício desse instituto, sobretudo quando o dano é provocado não por uma pessoa de caráter natural ou jurídico, mas sim por um ente público, com destaque para o Estado. Ora, se é fato notório a quantidade de direitos garantidos e serviços fornecidos pelo Poder Público, também devem ser investigadas e asseguradas as indenizações decorrentes de eventuais danos quando convir, independentemente se causados a um indivíduo ou à coletividade.

Nesse sentido, objetiva-se com essa análise, em um primeiro plano, explicar o entendimento legal, jurisprudencial e doutrinário sobre a responsabilidade civil do Estado em si, pontuando as principais diferenças entre responsabilização civil objetiva e subjetiva, bem como entre as hipóteses de prestação de serviço ativamente danosa e os casos em que há o dano por pura omissão do ente estatal, e ainda a possibilidade de direito de regresso.

Em sequência, visa-se aliar estes conceitos às técnicas e ponderações trazidas pela Análise Econômica do Direito. Tal abordagem se funda no fato de que



v.7, n.2



esse método hermenêutico, na medida em que preza pela observação dos fenômenos jurídicos pelas lentes das ciências econômicas, permite uma análise mais racional e coerente em duplo grau: a um, para a apreciação do caso pelo Poder Judiciário e, a dois, para adequar as políticas promovidas pelo ente público em um caráter preventivo, a fim de evitar o dano sem, contudo, prejudicar a coletividade.

Por esse motivo, buscar-se-á não só uma imersão teórica, mas também a devida complementação pela prática jurisprudencial existente no Direito Brasileiro, de modo a efetivamente possibilitar a compreensão do tema no âmbito da realidade. De tal maneira, torna-se possível a análise comparativa para avaliar se, na vida cotidiana dos tribunais, existe uma aplicação adequada do instituto da responsabilização, especialmente quando ponderados os aspectos econômicos da demanda, inclusive considerando os efeitos e implicações da indenização tanto ao Estado quanto àqueles efetivamente prejudicados.

Ao fim, superadas essas visões, também cabe uma análise crítica do cenário atual, em que inevitavelmente são gerados prejuízos cíclicos por inefetividade. É que, em um sistema estruturado, deve-se prezar por soluções efetivas e eficientes, sobremaneira quando a questão envolve o Poder Público, ente com influência indiscutível e enorme potencial lesivo, de modo que qualquer erro ou desalinho causará danos à coletividade. Portanto, devem ser trazidos à baila as questões controvertidas e os pontos que precisam de revisão, da mesma maneira que merecem destaque os eventuais acertos.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Para além das mais variadas definições da doutrina, nas palavras de Flávio Tartuce (2023, p. 58), a responsabilidade civil é um “instituto jurídico, originário do dever de reparar o dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, decorrente da violação de um dever jurídico, legal ou contratual”, que, apesar de tudo, está devidamente previsto nas mais diversas legislações do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no Código Civil de 2002.

Ocorre que, em que pese as ações de responsabilidade civil se deem majoritariamente em contendas envolvendo particulares, o Estado (aqui tratado em *lato sensu*) também não escapa de figurar como parte em muitas dessas ações na posição do polo passivo.

Isso porque, malgrado indiretamente por meio dos seus agentes, o Estado



v.7, n.2



tem grande potencial causador de dano¹, e, quando isso ocorre, não pode a pessoa (física ou jurídica) atingida ficar à mercê da simples ideia de que o serviço público prestado é sempre voltado ao melhor interesse da população geral ainda que se sobressaiam consequências indesejadas, findando por deixar o ofendido a arcar com os danos em nome benefício de todos.

Afinal, como bem expõe Amaro Cavalcanti (1957, p. 304-305, *apud* TARTUCE, 2023, p. 799), “a responsabilidade do Estado decorre do seu dever de proteção”, e, portanto, deve o Estado ser obediente e fiel aos cidadãos a si sujeitos, arcando com os ônus e encargos que porventura adquirir.

Logo, nos casos em que for demonstrada uma conduta, adotada pelo Estado ou seus agentes (seja ela comissiva ou omissiva, como será visto a frente), cujo nexos causal resultar em um dano inesperado a um ou mais terceiros, poderá haver a responsabilização civil do Estado, ao contrário do que previa a (não mais vigente) Teoria da Irresponsabilidade do Estado, mitigada desde 1873, com o Tribunal de Conflitos (TARTUCE, 2023, p. 799).

Nesse sentido, então, é que, durante o progresso da história constitucional do Brasil, diversas teorias se desenvolveram entre os administrativistas e os civilistas, acerca da maneira mais prudente de responsabilizar o Poder Público, até que, na Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, restou consagrado que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Aliás, igualmente previu o Código Civil de 2002 em seu art. 43, leia-se: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

O que se tem, a partir desses preceitos constitucionais (segundo a compreensão majoritária da doutrina presente), portanto, é a consagração da teoria do risco

¹ A respeito disso, explica Fernanda Marinela (2012, p. 962, *apud* TARTUCE, 2023, p. 799): “Isso porque a função estatal é bastante ampla e engloba serviços e ações essenciais à coexistência pacífica dos seres em sociedade e à sua própria manutenção, portanto, quanto maior o risco, mais cuidado deve ser despendido e menor o nível de aceitação nas falhas, implicando consequente responsabilização”.



administrativo², a gerar a chamada responsabilidade objetiva mitigada do Estado, que corresponde ao dever do Poder Público de indenizar o dano comissivo causado, apesar da eventual existência culpa *lato sensu* da administração ou dos seus agentes³ no ato lesivo, e quando a indenização não puder ser ao menos diminuída em razão de alguma das causas excludentes de responsabilidade, como a contribuição da vítima ao resultado final indesejado (TARTUCE, 2023, p. 800 e 813).

Adiante, todavia, há de se ressaltar que a teoria do risco administrativo não se confunde com a (também atualmente prevista no campo sob estudo) teoria da culpa anônima⁴, ou da falta do serviço, a qual defende a responsabilidade subjetiva do Estado nos casos em que, podendo agir, o ente (aqui inclusos também os seus agentes responsáveis) se omite e falha com o seu dever geral de evitar o fato advindo.

De modo mais simples, significa dizer que essa modalidade, diferentemente da anterior, incide nas hipóteses em que há a omissão genérica do Estado (e não uma conduta comissiva), ou seja, quando, em que pese não haja a exigência de uma atuação específica para prevenção de um provável problema, o Poder Público poderia agir, mas opta por não o fazer, tal que surge o dano.

Nestes casos, então, ao contrário da teoria objetiva, para a responsabilização do Estado, deverá a parte comprovar não somente a presença de culpa ou dolo nesta inércia, mas também que ela esteve intimamente atrelada à conduta lesiva obtida, já que, aqui, segundo Makena Marchesi (2017, p. 2): “A inação do Estado não se apresenta como causa direta e imediata da não ocorrência do dano”.

Entretanto, se o Estado permanecer inerte enquanto houver a supramencionada “exigência de uma atuação específica para prevenção de um provável problema”, estará a se falar novamente na responsabilização objetiva do ente, pois tem-se com isso, em verdade, uma omissão específica, e não genérica.

2 Há doutrinadores ainda que defendem ter sido consagrada, na verdade, a teoria do risco integral (que gera a responsabilidade objetiva plena ou integral), mas, não sendo este o entendimento majoritário, tem-se por prescindível qualquer digressão mais aprofundada sobre o tema neste momento.

3 Não descartada a possibilidade de ação de regresso contra o agente diretamente responsável pelos danos nesses casos, desde que demonstrada a culpa ou o dolo do agente na conduta.

4 Essa teoria foi amplamente difundida por meio dos trabalhos de Celso Antônio Bandeira de Mello, mas, segundo Tartuce (2023, p. 801), surgiu com os escritos de Amaro Cavalcanti.



Isso porque, aos olhos da jurisprudência majoritária e da doutrina encabeçada por Sergio Cavalieri Filho, existem situações em que o Estado, como garante, deve agir, e assim é esperado pela sociedade que o faça, tal que, se ele não exercer esse dever legal imposto (ou o exercer de forma precária), por certo haverá uma situação propícia à ocorrência do dano que deveria impedir⁵.

Deste modo, não haveria falar em culpa ou dolo nas hipóteses em que esse resultado danoso surgir, se o Estado deveria agir e há a legítima expectativa para tanto.

Aliás, cuida ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já realçou esse entendimento quando tratou do dever legal de proteção do Estado para com aqueles sob sua custódia, no Tema n. 592 da repercussão geral, no qual restou assentado que "a omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso" (BRASIL, 2016).

À vista de todo o exposto, então, tem-se que a conclusão não há como ser outra senão aquela também defendida pelo professor Tartuce (2023, p. 802):

Por óbvio, o Estado não é a cura de todos os males, mas deve assumir o mínimo de suas obrigações, de acordo com a ideia de Estado Social, o que não vem ocorrendo. Há, na verdade, um Estado Ausente e Assistencialista, nada mais do que isso. Não se prega um Estado Segurador Universal, mas um Estado que cumpra com os seus deveres mínimos.

3. AS TEORIAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO FRENTE À RESPONSABILIZAÇÃO

Apresentada a conceituação da responsabilidade civil, torna-se necessária agora uma análise do tema dentro de um sistema interpretativo diverso, a famigerada Análise Econômica do Direito. Em apertada síntese, a Análise Econômica do Direito (AED), também referida pelo termo *Law and Economics* (LaE), é uma técnica

5 Para maiores aprofundamentos, conferir: TARTUCE, Flávio. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647910. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647910/>. Acesso em: 17 mai. 2023. E também: MARCHESI, Makena. O STF e a responsabilidade por omissão do Estado: objetiva ou subjetiva?. 2017.

Disponível em: [https://blog.ebeji.com.br/o-stf-e-a-responsabilidade-por-omissao-do-estado-objetiva-ou-subjetiva/#:~:text=OMISS%C3%83O%20GEN%C3%89RICA&text=Situa%C3%A7%C3%B5es%20em%20que%20n%C3%A3o%20se,an%C3%B4nima\)%20concorreu%20para%20o%20dano..](https://blog.ebeji.com.br/o-stf-e-a-responsabilidade-por-omissao-do-estado-objetiva-ou-subjetiva/#:~:text=OMISS%C3%83O%20GEN%C3%89RICA&text=Situa%C3%A7%C3%B5es%20em%20que%20n%C3%A3o%20se,an%C3%B4nima)%20concorreu%20para%20o%20dano..) Acesso em: 26 maio 2023



ca de hermenêutica em que se realiza a exegese do direito a partir de um ponto referencial localizado no âmbito das Ciências Econômicas. Tal abordagem, desse modo, traz para o universo jurídico conceitos tipicamente econômicos, como as discussões atinentes a incentivos e desincentivos, eficiência, escassez e racionalidade. Nesse mesmo sentido, conceituam Mackaay e Rousseau (2015, p.7):

A análise econômica do direito é mais ambiciosa. Parte da premissa de que os instrumentos de análise que podem ser utilizados para compreender o “direito econômico” são, igualmente, aplicáveis a outros ramos do direito. Propõe, então, a partir da concepção do ser humano e de suas relações com os outros, a releitura do direito.

Parte-se então de uma ideia central: escassez. Em um cenário realista, os recursos à disposição são limitados. Esse fato, por vezes desconsiderado por outras áreas do conhecimento, resulta, a cada momento em que se cogite o dispêndio de tais recursos, na necessidade de uma tomada de decisão. E, por serem os recursos escassos, essa decisão parte de um princípio de racionalidade, em que o responsável pela escolha a fará pelo que considera a opção que trará maior benefício ou aproveitamento dentro das limitações do sistema e das informações disponibilizadas.

Apesar de parecer direcionada a uma discussão de dimensão mais contida, tal qual a escolha individual na vida cotidiana ou a administração de um negócio, essa descrição deve, na verdade, ser transposta aos devidos contextos jurídicos, na elaboração de uma norma ou o pronunciamento de um magistrado em um processo. Em todos esses cenários, existe uma decisão a ser realizada, que, dentro de suas fronteiras, deverá levar em consideração os efeitos quanto à escassez de recursos e, portanto, pautada pela racionalidade em um cenário ideal. Justamente são essas escolhas que a Análise Econômica do Direito busca, a um lado, pautar e, de outro, interpretar, confirmando ou criticando de acordo com a casuística.

Considerando essa conceituação preliminar, mostra-se clara a possibilidade de interpretar a responsabilização civil do Estado também através da AED. E, para esse objetivo, devem ser abordados os conceitos da economia de maneira sequencial, tendo início pela questão dos incentivos e desincentivos.

Na senda da *LaE*, incentivos são reações ao cenário e a outras decisões que implicarão em nova ponderação para a realização de novas escolhas em caráter positivo, ou seja, causando repetição de posições prévias ou aproximação a determinada conduta. *A contrario sensu*, desincentivos, apesar de funcionarem de maneira similar, têm caráter negativo, reduzindo a chance daquela decisão ser tomada quando figura dentre as possibilidades consideradas.



v.7, n.2



Por esse liame, não há como se negar o papel das decisões judiciais como marcadores na geração de incentivos ou desincentivos. Se determinada postura do ente público é questionada em juízo e o Sistema Judiciário oferece um retorno positivo, como o afastamento da responsabilização, a tendência seria, intuitivamente, a persistência desta conduta, ao passo que uma condenação dura induziria, ao menos em teoria, à alteração de conduta.

Levando em consideração ainda os efeitos da responsabilidade civil de indenização da vítima e desincentivo ao agente, a quantificação do valor também gera efeitos analisados de maneira ampla pela Análise Econômica.

A título de exemplo: de um ato ilícito praticado pelo Estado, houve responsabilização e indenização no valor de R\$ 10.000,00. Sabido então por estatística que, a cada 100 pessoas atingidas pelo ilícito, apenas 5 buscam a judicialização do problema, poder-se-ia concluir que o custo monetário da conduta indevida é R\$ 50.000,00. Se a economia alcançada ou os lucros auferidos forem superiores a esse valor, mesmo considerando as eventuais vantagens e custos de readequação de conduta, não haveria motivo racional para não manter a atitude. Nesse cenário, em termos financeiros, seria mais vantajosa a manutenção de uma postura temerosa e *contra legem* do que a sua modificação, constituindo o fenômeno chamado de risco moral.

Em apartado, se neste mesmo exemplo a indenização fosse de R\$ 100.000,00 e, por decorrência do cenário, os custos de manutenção do ilícito se tornassem mais gravosos do que sua reiteração, seria ao Estado mais vantajoso a correção do ato.

Contudo, se nessa segunda hipótese os danos efetivamente causados (e indenizáveis) fossem inferiores à indenização arbitrada pelo Poder Judiciário, haveria um incentivo para a litigância de qualquer um capaz de ao menos em tese se enquadrar como ofendido por ato similar, com o objetivo de não só ser ressarcido como também de receber esse excesso indenizatório. O recebimento, nesse caso, configuraria enriquecimento sem causa e, aliado com outros incentivos (tais como o benefício da Justiça Gratuita), se inclui como causa do fenômeno que se convencionou nomear litigância frívola.

Outra discussão possível no âmbito da responsabilidade civil é a do dano extracompensatório ou punitivo. Essa modalidade de ressarcimento aborda a construção de uma nova remuneração ao ofendido, que não tem função de compensar o dano causado, mas sim agravar a punição sofrida pelo ofensor, visando ao reforço do desincentivo causado pela condenação. Nesse sentido, Antônio Porto e Nuno Garoupa (2021, p. 285) mencionam:



Podemos afirmar, portanto, que o propósito do referido instituto é majorar economicamente o quantum indenizatório de uma condenação cível, conferindo um efeito pretensamente punitivo e dissuasório, tanto para evitar a reiteração de conduta por parte dos agentes condenados, como para dissuadir os demais a não propagarem a conduta rechaçada, criando um ambiente social que desincentive a prática de atos considerados indesejáveis.

Ressalva-se, contudo, a dificuldade de aplicação desse meio punitivo, dado que a um lado, não encontra substrato legal, doutrinário ou jurisprudencial sólido e, a outro, existe a vedação ao enriquecimento sem causa, com o qual poderia ser confundido.

Diferente do dano punitivo, um conceito que merece destaque por aliar as funções da responsabilização (em matéria preventiva e punitiva) com um olhar diverso na própria categorização é a Regra de Learned Hand.

Esse instituto, originado de um julgamento de um acidente envolvendo barcos nos Estados Unidos (*Caso United States vs. Carroll Towing Company*), pretende unir a responsabilização à ideia de prevenção. De maneira mais específica, se o agente tivesse realizado medidas preventivas dentro do que pudesse ser considerado razoável e o dano ainda assim ocorresse, não seria responsável. Por outro lado, se fosse comprovada a existência de prevenção possível e que não superasse a barreira do ilógico, mas não atendida, haveria responsabilização.

Esse conceito cristalizou-se na construção da fórmula matemática $B=PL$, em que B representaria o montante investido em precaução, ao passo que P e L são respectivamente, probabilidade e magnitude do dano. Se o produto da multiplicação fosse superior ao investimento no caso concreto, haveria responsabilidade. Nas outras hipóteses (igualdade ou inferioridade de PL em relação a B), considerar-se-ia a precaução tomada suficiente, e diante do acaso do dano, não haveria responsabilidade.

Alfim, também se discute no âmbito da *LaE* o efeito da passagem do tempo como modificador de informações disponíveis. Ora, se o ser humano age de maneira racional perante um cenário de escassez, há de se considerar que, no momento da decisão, ele geralmente não possui todas as informações existentes sobre a matéria, de modo que a escolha será a melhor diante dos dados a ele disponíveis.

Não obstante, diante do rol de informações adquirido após essa escolha, é possível que um observador externo (o que inclui um juiz ou um promotor em um processo) questione a decisão tomada, não levando em consideração a limitação de dados à época, gerando o que se convencionou chamar de tendenciosidade re-



v.7, n.2



trospetiva ou distorção cognitiva (*hindsight bias*). Na análise da responsabilidade civil, independentemente do polo passivo processual, mas com destaque para o Estado, não se deve perder de vista as informações disponíveis à época e o fato gerador da responsabilidade: culpa na responsabilidade subjetiva e risco na objetiva⁶.

4. IMPLICAÇÕES DA INDENIZAÇÃO


Superadas as questões preliminares sobre a Análise Econômica do Direito, devem ser compreendidos os efeitos diretos de eventual decisão judicial que condena o ente público a ressarcir a pessoa atingida pelo dano causado. De maneira geral, a quantificação da indenização é uma matéria crucial para o cumprimento da finalidade processual da responsabilidade civil. Explica-se: como já abordado, a indenização tem caráter duplo. Em primeiro lugar, deve remunerar a parte atingida pelo dano de maneira satisfatória, sem provocar uma sensação de impunidade ou causar enriquecimento indevido. E, em sequência, também deve punir o agente, visando causar desincentivos para a repetição do ato.

Quando esse agente é o Poder Público, não obstante, exige-se uma cautela ainda maior, pois não se dispõe de valores particulares, mas sim de quantias administradas pelo Estado provenientes da sociedade, a partir do recolhimento de tributos, e que deveria ser reinvestida de alguma maneira nos serviços e garantias providas justamente pelo Estado. Não à toa, deve-se tomar como norte o interesse da coletividade para existir a efetivação das funções típicas do ressarcimento.

Isso se torna mais evidente a partir da associação de conceitos anteriormente mencionados. O interesse público reside, a princípio, em evitar a dilapidação do Erário, uma vez que tal efeito vilipendia os direitos que dependem da Fazenda Pública para sua proteção. Nessa esteira, torna-se primordial evitar uma indenização excessivamente elevada quando não há na casuística motivo concreto que a fundamente. Além de subverter o patrimônio público em interesse particular (causando enriquecimento sem causa), condenações se constituem como incentivos para a consolidação de litigância frívola, algo desinteressante em um ponto de vista protetivo.

6 Conferir: CAMINHA, Uinie; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. Direito e Economia, Responsabilidade Civil Contemporânea e Desenvolvimento Econômico. Revista Jurídica da Fa7, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 42, 30 dez. 2015. Semestral. Educadora Sete de Setembro. <http://dx.doi.org/10.24067/rjfa7;12.2:49>. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/49>. Acesso em: 23 maio 2023.





Em uma análise mais aprofundada, todavia, percebe-se que até o próprio interesse geral pode ser revertido para favorecer o ressarcimento. Esse cenário existe quando há o afastamento de um cenário ideal em que todo o dinheiro público é devidamente devolvido para a sociedade de maneira adequada, a partir de serviços prestados com qualidade e eficiência. Pelo contrário, a manutenção de serviços em estado precário pode ser vantajosa para o Poder Público na medida em que gera redução de custos, porém paga-se o preço de desvirtuar a própria ideia de Estado como garantidor de direitos fundamentais – percebe-se aqui um típico caso de risco moral. Em casos de prestação inadequada, passa a ser componente da vontade coletiva uma maior reprimenda para readequar a conduta temerosa estatal, especialmente pelos meios da responsabilidade civil, a qual atinge tanto a finalidade coercitiva quanto indeniza o ofendido.

Necessário ainda rememorar a possibilidade de direito regressivo, garantida pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal. Existem casos em que, não obstante a “boa-fé” (se há como se falar em boa-fé na conduta impessoal do Estado) do ente público, esta perde sua natureza diante da conduta negligente ou dolosa de um dos agentes legitimados para representá-lo. Em um cenário com essas características, seria até ilógico atribuir exclusivamente ao Estado a responsabilização, pois seria onerar a coletividade pela ação de um particular. A CF, nesse sentido, acerta em privilegiar o direito de regresso (ou seja, reverter a indenização paga em desfavor daquele que efetivamente deu causa ao dano) por equilibrar os interesses individuais e coletivos, causando ainda desincentivos a condutas temerárias dos agentes.

Não se esquece, entretanto, de outras problemáticas associadas ao cumprimento da obrigação que a tornam menos efetiva. Em específico, merece questionamento, ainda mais considerando as recentes alterações legislativas (como a Emenda Constitucional n. 113/2021), o meio de pagamento das indenizações arbitradas. Para as condenações classificadas como sendo de pequeno valor, os meios são mais simples e rápidos, com as Requisições de Pequeno Valor (RPVs).

Se o caso representar uma condenação de valor alto, aumentam as complicações, por serem as indenizações submetidas ao que se chama de precatórios. Os precatórios são títulos expedidos pelo Estado após requisição do tribunal responsável para serem adimplidos no próximo exercício orçamentário. Ainda que, à primeira vista, pareça um sistema de simples funcionamento, na prática se mostra disfuncional. Isso porque essa inclusão no orçamento anual, como hoje estabelecida, impõe grande ônus ao erário na medida em que desvia em massa os valores originalmente destinados a investimentos em novas abordagens,



manutenção de direitos fundamentais ou sociais e aplicação de medidas preventivas para que custeiem as indenizações⁷.

Ademais, ressalta-se que os próprios efeitos pretendidos com a responsabilidade civil acabam sendo mitigados. É certo que, para a compensação do dano sob a ótica da pessoa vitimada, o adimplemento exerce grande papel em resolver a sensação de impunidade e ressarcir os danos causados. Quando o pagamento demora a ser realizado, ou de maneira mais grave, quando é parcelado, como acontece com o pagamento dos precatórios, os resultados esperados acabam não surgindo com a mesma intensidade, tornando sem sentido a responsabilização original. Nesse sentido, Mackaay e Rousseau (2015, p. 381-2):

Os danos podem ser concedidos mediante pagamentos periódicos ou por parcela única e total. O valor total dá à vítima incentivo para se inserir o mais rapidamente possível na vida social. Os pagamentos periódicos, se ajustados, corrigidos conforme a situação da vítima, desencorajam sua readaptação – a vítima perderia dinheiro.

Outra importante questão para se levar em consideração, ao avaliar o potencial danoso que a condenação judicial em indenização tem para o Estado e os cofres públicos, são os custos da máquina estatal para movimentar o Poder Judiciário e seus processos em si.

Isso porque, como bem apontado por Unie Caminha e Afonso de Paula Pinheiro Rocha (2015, p. 38), “o regime de responsabilidade civil possui custos que vão além do simples dano vivenciado por uma parte e que deve ser indenizado por outrem”, tais quais os “custos terciários”, assim elencados por Hans-Bernd Schäfer.

Segundo o referido economista alemão (2000, p. 571, *apud* CAMINHA e ROCHA, 2015, p. 38, tradução nossa), os “custos terciários incluem todos os

7 Nesse sentido, conferir para maiores aprofundamentos: MAIA, Flávia. Entenda a origem dos precatórios que viraram entrave no Orçamento de 2022. 2021.

Disponível em: [https://www.jota.info/stf/do-supremo/entenda-a-origem-dos-precatorios-que-viraram-entrave-no-orcamento-de-2022-23092021#:~:text=e%20cortes%20superiores.,Cerca%20de%2096%25%20desse%20precat%C3%B3rios%20foram%20originados%20em%20senten%C3%A7as%20proferidas,Lei%20Or%C3%A7ament%C3%A1ria%20Anual%20\(PLOA\).](https://www.jota.info/stf/do-supremo/entenda-a-origem-dos-precatorios-que-viraram-entrave-no-orcamento-de-2022-23092021#:~:text=e%20cortes%20superiores.,Cerca%20de%2096%25%20desse%20precat%C3%B3rios%20foram%20originados%20em%20senten%C3%A7as%20proferidas,Lei%20Or%C3%A7ament%C3%A1ria%20Anual%20(PLOA).)

Acesso em: 22 maio 2023.

custos administrativos de submeter o caso ao sistema judiciário⁸, e, em que pese a afirmação tenha sido feita pensando nas ações de responsabilidade pela perspectiva dos particulares, a verdade é que esta lógica de arcar com custos para o funcionamento do sistema judiciário pode ser também analisada pela ótica do Estado enquanto parte passiva e sentenciante do processo judicial.

Afinal, é claro que existe o prejuízo inicial da vítima de um dano, ao ingressar com a ação reparatória contra o Estado, de ter que pagar as custas processuais, até que haja eventual condenação da Fazenda Pública determinando, dentre outras coisas, a indenização das despesas adiantadas no curso do processo pelo autor, conforme o art. 82, § 2º, do CPC.

No entanto, há de se perceber que a submissão do caso ao judiciário acaba gerando “custos administrativos” que vão muito além do simples pagamento das custas do processo pela parte, e que, em sua grande maioria, são suportados pelo próprio Estado com vistas a levar a lide à melhor resolução possível.

Inclusive, é o que acabou sendo demonstrado, por exemplo (na falta de dados mais concretos atinentes à responsabilidade civil em si), na pesquisa “Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal”, publicada pelo IPEA/CNJ em 2011, responsável por revelar que, à época, a Justiça Federal gastava, em média, R\$ 4.368,00 por processo de execução fiscal (descontados os valores relativos à embargos à execução e recursos), sendo que, destes, R\$ 1.854,23 seriam só para a remuneração do trabalho desempenhado por magistrados, servidores e estagiários em cada processo.

Aliás, cuida mencionar ainda que, malgrado esses valores digam respeito estritamente aos processos de execução fiscal em 2011, a lógica de custos segue o mesmo padrão nos processos de responsabilidade civil ainda hoje, tal que se presume (na falta de pesquisas concretas sobre a temática), a partir dos dados publicados na pesquisa “Justiça em números 2022” realizada pelo CNJ, que considerável quantia dos R\$ 103,9 bilhões despendidos pelo Poder Judiciário no ano de 2021 acabou sendo destinada à resolução dos 1.821.819 processos classificados como de “Direito Civil - Responsabilidade Civil / Indenização por Dano

8 Tradução livre. Do original: “Primary accident costs are the victims’ losses. The costs of avoiding damages (by increasing the care level and reducing the activity level of a dangerous activity) should be balanced against the victims’s losses and ideally the sum of these costs should be minimized. Secondary costs of accidents result, if those who bear the primary accident costs are risk-averse. In such a case any kind of risk spreading and even of shifting the primary costs to the least risk-averse party leads to a social gain. Tertiary costs include all administrative costs of putting the case through the legal system”.



Moral”, assim entendidos como 1,71% do total de processos demandados no Poder Judiciário naquele ano (CNJ, 2022, p. 277).

Por fim, não fosse o suficiente, além dos custos de movimentação do processo “subsidiados pelo Judiciário” (entendido como parte fundamental do Estado), é imprescindível destacar que, ao ser acionado para responder uma ação de responsabilidade civil, o ente federado inserido no polo passivo (na forma de fragmento do Estado) ainda deverá arcar, para além da supramencionada eventual indenização das despesas adiantadas, com os custos de mobilizar procuradores para sua defesa.

A propósito, sobre esse último ponto, vale a ressalva: em que pese os procuradores dos Estados, dos Municípios e os advogados da União possuam remuneração mensal “fixa”, o fato é que esse corpo jurídico de defensores é variável, sempre de acordo com a carga de trabalho demandada pelo Estado. E a partir disso, o raciocínio de custos em relação aos processos em comento é simples, isto é, na medida em que surgem mais demandas contra a Fazenda Pública, mais procuradores serão necessários para acompanhar com afinco esses processos e, logo, ainda mais o Estado desembolsará com essas lides.

Disso tudo, então, conclui-se que para cada vez que o Estado é acionado para responder uma ação de responsabilidade civil, uma imensurável quantia de dinheiro público de diversas origens é dispendida à sua boa tramitação e resolução. E ainda que todas essas constatações não sejam, neste momento, atinentes especificamente à análise econômica do direito e à microeconomia, vale salientar, como bem explica Luciano Athayde Chaves (2020, p. 137), que:

[...] uma análise econômica do Poder Judiciário não pode desconsiderar seus custos e a projeção deles, como exercício de atividade jurisdicional, sobre o tecido socioeconômico. Trata-se, assim, de levar em conta uma perspectiva de macroanálise, isto é, uma abordagem da litigância judicial em função dos resultados sociais, como sugere Miguel Patrício (2005, 14).

Ante o exposto, então, necessário seguir adiante e passar ao enfoque principal deste trabalho, isto é, à correlação da responsabilidade civil do Estado com a análise econômica do direito propriamente dita.



v.7, n.2

5. CRÍTICAS E ALTERNATIVAS À RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL

Alinhando os conceitos supramencionados da análise econômica do direito à temática específica da responsabilidade civil do Estado, faz-se possível, então, realizar um encadeamento de reflexões (inicialmente abstratas) sobre os impactos e os efeitos que a condenação por danos gera ao Estado.

Nesse sentido, em primeiro lugar, vale destacar que, malgrado a sanção monetária para indenização moral ou patrimonial tenha efeito dúplice de satisfação à vítima lesada e de desestímulo à conduta danosa praticada pelo autor⁹, muitas vezes condenar o Estado à reparação não necessariamente irá desestimular a adoção de condutas lesivas semelhantes, sobretudo quando elas inevitavelmente teriam de ser, e serão, novamente realizadas.

É o caso, aliás, dos policiais militares que realizam perseguição para captura de suspeitos em vias públicas.

Quando esses agentes acabam porventura causando danos a veículos ou a pedestres alheios à perseguição, deve o Estado, como visto acima, ressarcir os terceiros que sofreram com o prejuízo causado, em razão da responsabilidade objetiva do Estado por atos comissivos.

Todavia, ainda que possa haver uma busca por mais cautela na atuação policial (tópico a ser esmiuçado mais a frente), o fato é que, na ausência de melhores alternativas¹⁰, os agentes não podem simplesmente deixar de perseguir os suspeitos, em nome do bem maior que é a segurança pública e sob pena de não atenderem o dever que lhes foi incumbido.

É essa, a propósito, a perspectiva adotada pelo Estado. Afinal, o Poder Público tem ciência de que a atuação dos policiais é, por si só, uma atividade de riscos e que tem potencial elevado e iminente de dano, no entanto, a busca pela incolumidade pública acabaria justificando os prejuízos alheios a serem reparados. Ou seja,

9 A esse respeito, se pronuncia Venturi (2021): “Se o paradigma tradicional da responsabilidade civil diz respeito à compensação de danos, a análise econômica adota o paradigma da eficiência social, vale dizer, verifica a prestabilidade do respectivo sistema para induzir adequados incentivos, tanto para o agressor como para a vítima, no objetivo de evitar danos, ou, acaso ocorridos, internalizá-los da maneira mais eficiente do ponto de vista econômico e social”.

10 Breve ressalva para pontuar que a possibilidade de alternativas eficazes na captura de suspeitos depende sempre das minúcias do caso concreto, e que, na maioria das vezes, perseguições policiais são fatos não previstos pelos agentes em ocorrência.



neste entendimento, valeria mais a pena arcar com os danos indesejados do que sofrer as consequências da insegurança na sociedade, a revelar verdadeira falta de poder e controle estatal.

Além disso, há de se ressaltar também que as condenações em reparação acabam não afetando significativamente as diretivas essenciais adotadas pelo Estado, porque ele em si não é um único ser senciente movido por fatores subjetivos como otimismo, pessimismo ou aversão à perda, mas sim um conjunto de instituições que pouco se comunicam¹¹ e que tomam decisões de acordo, ao menos inicialmente, com a necessidade, a efetividade e os custos para implementação do serviço ofertado em vista¹². Logo, justamente por isso, o Poder Público não sofre com os impactos repressivos da mesma forma que as pessoas físicas ou diretores gerais de pessoas jurídicas de direito privado.

Não só isso, mas vale lembrar que o Estado *lato sensu* é o maior litigante do país, e, assim sendo, por mais que contasse com um único “administrador máximo” (diferente dos gestores temporários), ele ainda seria incapaz de acompanhar e absorver os reflexos de todas as condenações sofridas pelo ente público.

Adiante, expandindo os horizontes do tema à ação regressiva e às punições internas de cunho administrativo, cuida observar que, mesmo quando o Estado age reprimindo o agente público diretamente causador do dano específico, não necessariamente outras eventuais condutas danosas similares deixarão de ocorrer.

Não se está a falar, com isso, na redução do número absoluto de condutas indesejadas (afinal, reduzindo o número de infratores do corpo de agentes públicos, menor será o potencial de ocorrência de danos), mas sim no fato de que os agentes ainda potencialmente danosos¹³ acabam sendo alheios às mazelas das ações regressivas propostas e das demais punições cominadas nos casos concretos quando não são informados sobre esses fatos, tal que terminam não sendo influenciados por eles.

11 Refere-se ao fato de que os servidores responsáveis por elaborar as referidas diretivas não são vinculados aos eventos danosos posteriormente causados, e, assim sendo, não são obrigados a tomar ciência dos resultados a que deram causa, tal que comumente se tornam alheios à maior parte das condenações civis do Estado advindas.

12 Cuida mencionar que, à luz do art. 37, da Constituição Federal, deve a administração pública obedecer ao princípio da eficiência em sua atuação.

13 Leia-se: que costumemente agem com imprudência, negligência ou imperícia, mas não só eles.



Nesse sentido, então, com vistas a reduzir significativamente o número de condutas danosas em geral, é que surgem discussões atinentes à evidente necessidade de melhor divulgar esses fatos ocorridos (já que notório o poder de influência do meio jornalístico, que não é o enfoque deste trabalho), ou, em uma perspectiva ainda mais abrangente, de maiores investimentos em precaução.

Entretanto, sobre isto, dois importantes pontos ganham destaque neste momento.

Primeiramente, há de se destacar que os agentes que causam danos a terceiros e geram despesas ao Estado, na maior parte das vezes, não agem de maneira lesiva propositalmente. A bem da verdade, o esperado é que, em sentido contrário, eles já ajam evitando o dano da conduta, afinal, incentivados por fatores como a permanência no serviço, a garantia das eventuais regalias como servidor público e a certa remuneração pela boa prestação do seu trabalho, a tendência é que os agentes se posicionem avessos ao risco, sobretudo quando o dano advindo em nada lhes beneficia.

Aliás, melhor exemplificando esta teoria de aversão à perda, explicam Rosa de Araújo e Tibúrcio Silva (2008, p. 49-50) que:

As pessoas preferem não sofrer a dor da perda do que o prazer de um ganho equivalente, ou seja, é preferível não perder R\$100,00 a ganhar R\$100,00. Também assumem riscos quando estão perdendo, mas são totalmente avessos ao risco quando estão ganhando. Contrariando conceitos econômicos que dizem que investidores devem arriscar quando estão ganhando e for avesso ao risco quando estão perdendo. Afinal de contas, “o primeiro prejuízo é sempre o melhor prejuízo”.

Retomando, de modo mais simples isso significaria dizer que o agente público não possui estímulos para agir de maneira danosa se isso futuramente lhe trará consequências indesejadas. Assim sendo, ele já age com precaução, inicialmente em prol da preservação do seu próprio trabalho e sustento, mas indiretamente também em favor do Estado.

Além disso, o segundo ponto a se levar em consideração é que maiores investimentos em precaução, por exemplo – retomando aqui a hipótese dos policiais militares em perseguição – por meio de mais aulas de direção (ou perseguição) defensiva, melhor remunerando os profissionais que formam esses militares para melhores aulas, ou ainda buscando informar acerca das sanções aos agentes danosos como supracitado, levariam inevitavelmente à limitação de recursos para pesquisa e desenvolvimento nesta mesma área.



v.7, n.2



Acerca do ponto, novamente trabalhando a responsabilidade civil no ramo empresarial, mas cuja lógica aqui se aplica, Caminha e Pinheiro Rocha (2015, p. 39) destacam a “responsabilização civil como inibidor de inovação”, leia-se:

Empresas tendem a tomar suas decisões sobre pesquisa e desenvolvimento considerando possíveis ônus prospectivos relacionados à litigiosidade e responsabilização civil, e eventuais produtos inovadores têm que enfrentar um ônus prévio de um manejo de possível passivo consumerista futuro. Ainda nesse ponto, várias empresas arcam com ônus de seguros associados a possíveis passivos decorrentes de acidentes com os produtos no mercado, o que limita os recursos para utilização em outras funções – notadamente, pesquisa e desenvolvimento.

Na perspectiva do Estado, isso significa dizer que a destinação de recursos à prevenção de condenação por danos acaba se tornando um empecilho ao melhor manejo de valores para outras áreas, dentre as quais pesquisa e desenvolvimento a melhores maneiras ou alternativas de prestação do próprio serviço ora lesivo. Logo, ela deve ser feita de forma comedida.

Afora isso e seguindo adiante nas correlações da análise econômica com o tema em foco, cuida ainda pontuar que, como visto acima, os indivíduos costumam majorar a percepção de um risco após o evento danoso já ter sido concluído, o que se habituou chamar de *hindsight bias ex post*, ou distorção cognitiva.

Ocorre que, dentro da análise da responsabilidade civil do Estado, o fenômeno da distorção cognitiva ganha maiores proporções, pois, conforme fundamentação supra, o Estado exerce atividades de alto risco, e, portanto, a probabilidade de danos é obviamente maior.

Assim sendo, dado que o risco é o fator de grande relevância na responsabilidade objetiva, durante a definição do que é ou não uma situação indenizável¹⁴, por óbvio que o Estado nunca poderá se escusar de ser levado a juízo, novamente criando uma conjuntura favorável à litigância frívola contra o Poder Público.

Por fim, importante destacar, por uma questão lógica, o infeliz impacto que o Poder Judiciário possui para, por meio de suas condenações judiciais e sob a lógica de incentivos e desincentivos, acidentalmente manter o Estado na inércia, sem modificar as suas condutas danosas.

14 É o que explicam Caminha e Pinheiro Rocha (2015, p. 42): “Este fenômeno [da distorção cognitiva] guarda importante relação com a responsabilidade civil, notadamente com a percepção humana para que haja a configuração de uma situação indenizável. Com efeito, no âmbito da responsabilidade subjetiva um dos elementos centrais é a culpa. Já no âmbito da responsabilização objetiva o elemento de destaque é o risco. Essa dicotomia está espelhada no dispositivo do art. 927 do Código Civil e seu parágrafo único”.



A compreensão é simples.

Explicam Caminha e Rocha (2015, p. 41) que, por conta das velozes transformações sociais vivenciadas no mundo contemporâneo, dia após dia novas situações juridicamente relevantes e passíveis de proteção são criadas, tal que o legislador em sua atuação, para evitar a brevidade da eficácia de uma norma, expede leis com sentido geral e aberto, o que, por óbvio, dá margem à atuação jurídica discricionária, dentro, é claro, dos limites do que permite o ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, acaba que a definição do que é ou não indenizável acaba ficando tênue, muitas vezes dependendo da compreensão objetiva e subjetiva do próprio julgador sobre os liames do caso concreto. Com isso, a depender das percepções particulares do juiz e da capacidade argumentativa de ambos os polos do processo, abre-se margem para precedentes diferentes em casos similares.

Disso tudo se extrai, então, que se o Estado algumas vezes é condenado e em outras não, a política de incentivos e desincentivos se compensa, resultando, ao fim, em uma inércia. Ou seja, acaba sendo mais lucrativo, em termos práticos, que o Estado não gaste tempo, esforço e dinheiro mudando a postura presente se ela não é reprimida de maneira eficaz.

6. ESTUDOS PRÁTICOS

Haja vista todo o exposto anteriormente, então, volta-se agora para os impactos e efeitos que a condenação por danos gera ao Estado a partir da realidade prática dos tribunais, momento em que 4 casos muito presentes na jurisprudência brasileira serão analisados sob a ótica da análise econômica do direito, a fim de expandir os horizontes da matéria e aliar a compreensão da teoria com os liames concretos da vida real.

A primeira situação sob estudo é sobre a responsabilidade civil objetiva do Estado em decorrência de morte por bala perdida, e o caso escolhido à apreciação é o AREsp n. 119.072-RJ, do STJ, de relatoria do Min. Castro Meira.

Naquela ocasião, por decisão monocrática, foi decidido que caberia o Estado indenizar em R\$ 70.000,00 os danos morais causados ao irmão (de 7 anos) da vítima (de 2 anos) assassinada por uma bala perdida proveniente de um confronto policial, quando, no meio da tarde, os envolvidos brincavam em um beco.



Inclusive, sobre as circunstâncias do caso, aproveitou o ministro para pontuar que:

[...] a prova de que a bala tenha partido de arma de agente público não é requisito obrigatório para caracterizar onexo causal, já que a operação policial desastrada, no meio da tarde, em local residencial, com crianças brincando na rua, já é o bastante para configurar a falha na prestação do serviço de segurança pública, que deve primar pela eficiência, tendo em conta que a polícia deve ter prévio planejamento e cautela ao realizar incursões em áreas onde há risco de combate com meliantes, o que não ocorreu no presente caso (AREsp n. 119.072, Ministro Castro Meira, DJe de 10/04/2012).

Ocorre que, embora no caso concreto o Estado tenha sido condenado independentemente da demonstração de culpa ou dolo dos agentes policiais na conduta lesiva, o fato é que a posição do Superior Tribunal de Justiça nem sempre foi pacífica nesse sentido.

A bem da verdade, até 2016, com a publicação da 61ª edição da “Jurisprudência em Teses” do STJ¹⁵, a compreensão dos tribunais era instável, restando incontáveis precedentes em sentido contrário¹⁶, a determinar que a responsabilidade, da morte por bala perdida, era subjetiva por omissão genérica, isto é, exigindo a comprovação da origem do projétil e de culpa (*lato sensu*) na conduta lesiva.

No entendimento do professor Flávio Tartuce (2023, p. 810) isso era um exagero irrazoável, já que beneficiaria o poder estatal tornando-o irresponsável em suas atitudes, afinal, “iniciado um tiroteio na rua, é melhor procurar abrigo em algum local privado, pois ali se está protegido pela responsabilidade sem culpa”, em prol da preservação do seu dever específico de proteção, que deve servir a todos, inclusive àqueles civis imersos em meio ao conflito.

Enfim, a questão é que, após décadas de debate, o entendimento majoritário voltou-se à responsabilidade objetiva do Estado, bastando, assim, a demonstração do dano mortal durante o conflito, ainda que os disparos tenham vindo daqueles contra a atuação policial.

Desta conclusão, então, surgem dois pontos a serem levados em consideração.

15 Item 8: “É objetiva a responsabilidade civil do Estado pelas lesões sofridas por vítima baleada em razão de tiroteio ocorrido entre policiais e assaltantes. Precedentes: REsp 1266517/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 10/12/2012; REsp 1236412/ES, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 17/02/2012; REsp 1140025/ MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 22/09/2010”.

16 A título de exemplo serve-se da Apelação n. 0010652-98.2005.8.19.0001 do TJRJ, julgada em 04.02.2015.



O primeiro é o desperdício de potencial econômico proveniente da situação em si¹⁷.

Isso porque, nestes casos, não só o Estado perde com os custos monetários de ter que arcar com a condenação por danos, mas ele ainda deixa de ganhar os benefícios decorrentes da preservação dessas vidas que acabaram tomando parte no conflito.

Afinal, os civis são a razão fundamental da circulação de dinheiro na sociedade, em forma de tributos, trabalho, consumo, propaganda, e para onde voltam-se os recursos estatais, tal que cada morte de civil acaba diminuindo esse potencial abstrato de circulação monetária.

Aliás, a lógica é a mesma para os traficantes, os quais, em que pese optem pelos meios ilícitos de manipulação de capital, como na lavagem de dinheiro, ainda assim movimentam grande quantia de dinheiro em consumo de bens e propagandas; além, é claro, de deterem o potencial de desistir da vida de crimes e acolher a mesma posição dos trabalhadores comuns.

Ademais, para além desses destaques, vale ressaltar que cada um destes participantes já foi alvo de grandes investimentos estatais, como na saúde e na educação por exemplo, ou ainda em cursos específicos de formação, caso dos policiais, tal que, novamente, encerrar essas vidas (ainda que de maneira desproposita) equivaleria a desperdiçar as quantias já investidas nessas pessoas e os seus serviços que ainda poderiam ser bem aproveitados.

Não obstante, o segundo ponto a ser levado em consideração diz respeito aos desincentivos resultantes destas condenações do Estado.

É que essas condenações buscam indiretamente determinar que os agentes policiais atuem com maior cautela nos ingressos às comunidades, buscando (caso necessário) confrontos nos locais em que eventuais terceiros não possam ser atingidos.

Todavia, ocorre que as operações militares, embora planejadas (e hoje vistas pelas câmeras acopladas à farda), são maculadas por certo grau de imprevisibilidade, tal que muitas vezes não há escolha pelos locais de conflito, eles apenas acontecem. Não só isso, mas também é válido pontuar que muitas das comunidades que são alvo de operações, por conta do seu desenvolvimento amontoado,

¹⁷ Sobre o tópico, pede-se vênia para lembrar que, ainda que possam soar perversas, as reflexões aqui ensejadas são de cunho meramente acadêmico e com vistas a expandir os conhecimentos sobre a análise econômica do direito, tal que, portanto, optou-se por dispensar maiores considerações morais sobre este tema tão sensível neste momento, sob pena de, em o fazendo, desviar do foco deste trabalho.



simplesmente não possuem áreas passíveis de confronto isolado.

Isso posto, então, conclui-se que os incentivos à atuação mais cautelosa da polícia militar se revertem, na verdade, em desincentivos à atuação contra o crime organizado no geral, na medida em que a realidade prática impõe mais tempo dedicado às minúcias das operações e à busca de maiores brechas por parte dos traficantes, isso quando não impõe a pura impossibilidade de ingresso nesses locais com essas condições.

E, assim sendo, o fato é que, desincentivado a agir contra o crime organizado, o Estado é, em realidade, incentivado a agir contra si mesmo, dado que hoje as facções do Brasil constituem verdadeiros Estados Paralelos, subversivos à atuação oficial. Ou seja, neste contexto, estar-se-ia dando margem à autodestruição do Estado.

Superada essa questão, necessário, portanto, seguir adiante.

O segundo caso trazido à baila é a apelação n. 5006396-22.2021.8.24.0035, do TJSC, de relatoria da Desa. Bettina Maria Maresch de Moura.

Este processo, aliás, é exemplificativo da controvérsia supracitada — quando se falou no dever legal de proteção do Estado para com aqueles sob sua custódia e no Tema n. 592 da repercussão geral do STF — pois diz respeito à hipótese de responsabilização civil objetiva do Estado em decorrência de morte de detento.

No caso, a vítima estava presa há menos de 15 dias e nem havia sido denunciada pelo Ministério Público quanto ao crime supostamente cometido quando foi “brutalmente assassinado nas dependências do Presídio Regional de Rio do Sul/SC”, razão pela qual sua filha, com razão, ajuizou uma ação de indenização por danos morais contra o Estado de Santa Catarina.

À parte dos meandros processuais, interessa à análise econômica do direito perceber que o Estado foi, ao fim, condenado à indenização por danos morais no importe de R\$ 50.000,00, além de ser determinado que pague uma pensão mensal equivalente à 2/3 do salário-mínimo durante 9 anos consecutivos (equivalente a R\$ 880,00 tomando por base o salário-mínimo de R\$ 1.320 atualmente em voga), o que daria um total aproximado de R\$ 145.040,00¹⁸.

Ocorre que, novamente partindo apenas de conceitos matemático-monetários superficiais (e não morais, considerando os incontáveis fatores de relevância prática), para o Estado, essa condenação pode ter servido de incentivo à manutenção da conduta negligente.

¹⁸ Os cálculos aqui apresentados estarão longe da realidade fática, pois são somente estimativos, razão pela qual optou-se por manter o valor de R\$ 880,00 pelos 9 anos de maneira fixa, em que pese isso nunca aconteceria na vida real.



Isso porque, segundo dados do CNJ de 2021 (p. 25), o custo mensal por pessoa presa no Brasil era de R\$ 1.803,00¹⁹, e, assim sendo, bastaria que este indivíduo (infelizmente assassinado) cumprisse 6 anos e 9 meses²⁰ em reclusão para que os custos do Estado superassem o montante arbitrado na condenação.

Logo, o fato é que o Estado acabaria sendo incorretamente premiado duas vezes nesta situação: a um porque, como já supramencionado, a lenta política de precatórios não serve ao desestímulo desejado para com condutas danosas; e a dois, porque a morte deste detento, mesmo com a condenação por danos morais e a pensão mensal, em tese, poderia ser mais vantajosa, em termos de custos, do que a sua manutenção no regime prisional (tudo a depender das circunstâncias concretas de progressão de regime da pena).

No entanto, importante novamente pontuar que estas considerações são simplistas demais e não abrangem a realidade em sua completude, servindo tão somente a instigar as reflexões sobre o tema, afinal, incontáveis são os fatores que realmente influenciam na tomada de decisões pelo Estado e por seus agentes públicos, tal como o ímpeto de preservação do cargo e do subsídio por parte dos agentes penitenciários por exemplo, conforme esclarecimento supra, incentivo a evitar esses acontecimentos danosos.

Para uma terceira apresentação, fala-se agora em erro médico a partir da Apelação Cível n. 0006537-58.2006.8.19.0014, de relatoria da Des. Teresa de Andrade Castro Neves, do TJRJ. Em suma, o caso discutiu a responsabilidade do Estado por um atendimento odontológico em que um dos instrumentos (uma broca) se rompeu, ficando alojada no paciente por 5 dias e causando dor até sua retirada.

Nesse sentido, a condenação foi extraída de duas origens: a um, a natureza objetiva da responsabilidade e, a dois, a ausência de provas com relação à manutenção do equipamento. Considerando apenas esse segundo aspecto, poderia o Estado se evadir da responsabilidade se comprovasse que a broca tivesse quebrado a título de caso fortuito se os equipamentos fossem submetidos à primorosa e constante manutenção, tal como alegado pelo Poder Público. Na ausência de provas, contudo, foi mantida a regra geral.

19 É imprescindível deixar de mencionar que esses dados foram estimados pelo CNJ, e são, em verdade, muito frágeis, haja vista a falta de dados concretos que acabou inflando este valor.

20 Totalizando (novamente, de maneira aproximada) R\$ 146.043,00.



Para esse caso, duas colocações merecem destaque no entendimento da *LaE*. De início, trata-se de um caso típico para a compreensão da possibilidade do direito de regresso. Condenado em indenizar a vítima, o Estado deve buscar a responsabilização do profissional que causou o dano por meio de uma ação regressiva, para resguardar o patrimônio público e gerar incidentalmente um incentivo para que a conduta do profissional seja mais cuidadosa, se provado que, na seara da responsabilidade subjetiva (caso das ações de regresso), a conduta do dentista foi de alguma forma maculada por culpa *lato sensu*.

O outro ponto relevante é o mau uso da AED como simples apoio retórico. Extrai-se do voto a menção à Análise Econômica do Direito para a quantificação da indenização por danos morais. Destaca-se, contudo, o fato de nenhum método desse campo de estudos efetivamente ser aplicado na valoração, com a minoração realizada sendo fundamentada basicamente nos “Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade”. Ou seja, o que deveria ser um método de interpretar objetivamente o Direito foi utilizado como mera tentativa de tornar mais palatável uma conclusão de caráter estritamente subjetivo: o quanto o julgador *acredita* ser adequado para indenizar.

Por fim, o último caso prático retrata uma situação do fenômeno conhecido por erro judicial. Na Apelação Cível n. 0308702-94.2016.8.24.0020/SC, da lavra da Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti, questiona-se eventual responsabilização do Estado por ato judicial do magistrado que resultou na prisão preventiva do autor da demanda de maneira indevida. A conclusão final afastou a responsabilidade por ponderar que a responsabilização no caso deveria ser subjetiva. Não havendo indícios de culpa ou dolo, não subsistiria a condenação.

Esse caso demonstra de maneira evidente a problemática atinente ao tópico de discussão. Em uma análise rasante, já se observaria uma interpretação questionável perante a Constituição, uma vez que a possibilidade de responsabilização por erro judicial se encontra no rol de direitos fundamentais do art. 5º e não há distinção quanto ao tipo de agente no art. 37, § 6º, o que violaria, em tese, a isonomia.

Ao observar a questão pelos conceitos da economia, todavia, fica ainda mais clara a inadequação da solução jurisprudencial oferecida. Em que pese a existência de certo grau de discricionariedade do julgador ao decidir a causa, este não se confunde com um real erro judicial, conduta que necessitaria de reprimendas e desincentivos. Entretanto, a vinculação da responsabilidade subjetiva de maneira excepcional para a análise do erro judiciário causa uma maior dificuldade em efetivar a função dupla da responsabilidade: compensar e prevenir.



Sendo assim, a pessoa vitimada passa a desconfiar do sistema em razão do que considera impunidade, causando descrença no Poder Judiciário. E, de outra lide, a dificuldade de repassar direta (por ação regressiva) ou indiretamente (por atos preventivos do Estado) os incentivos e desincentivos corretos provoca insegurança jurídica, na medida em que conviveriam decisões contraditórias em um mesmo ordenamento. A insegurança, por sua vez, geraria incentivos e desincentivos cruzados e conflituosos, provocando falsos incentivos ao litígio que, em uma análise ampla e aliada a outros fatores, conduzem a uma lenta e gradativa corrosão do sistema.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, foi possível observar como, apesar das suas mais de 6 décadas de incontáveis e relevantes estudos, a Análise Econômica do Direito ainda é um campo do conhecimento cuja aplicabilidade se encontra longe de esgotada. Afinal, malgrado a enorme importância que detém hoje a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, não se percebe extensa correlação dos temas tanto na prática jurisprudencial quanto no próprio meio acadêmico.

Assim, buscou o presente trabalho evidenciar ainda mais a interdependência existente entre campos da Responsabilidade Civil e da Análise Econômica do Direito, trazendo as particularidades dos casos que envolvem o Estado à discussão, de modo a refletir sobre as possíveis repercussões econômicas e comportamentais das condenações e processos judiciais envolvendo condutas do Poder Público causadoras de dano, sem se satisfazer com ponderações gerais e abstratas, mas, em verdade, buscando aplicar os conceitos estudados em situações presentes na realidade fática e em precedentes das Cortes Superiores.

Ou seja, foi necessário compreender, inicialmente, a amplitude das possibilidades de responsabilização quando o Poder Público figura no polo passivo da demanda jurisdicional, tal como nas hipóteses de responsabilidade objetiva. Após, ressaltaram-se as ferramentas da *Law and Economics* relacionadas ao estudo da responsabilidade civil, inicialmente de maneira isolada e, posteriormente, por meio das relações entre ambos os campos de estudo. E nessa comunhão de assuntos, julgou-se relevante aprofundar os papéis e efeitos da indenização dentro do contexto da responsabilidade, além de compreender a aplicação prática das teorias expostas por meio de análise jurisprudencial crítica.



Não se olvida, ainda, da reflexão crítica sobre o *status quo* da responsabilização civil do Estado, abarcando as dificuldades enfrentadas na solução das controvérsias para indenizar aqueles vitimados por condutas danosas e promover a alteração e prevenção dessas condutas, seja em razão da administração dos servidores e dos recursos públicos, da lenta tramitação dos processos judiciais, ou mesmo por conta da imutabilidade dos fins almejados pelo Estado com seus serviços.

Alfim, a partir da miríade de discussões levantadas, propõe-se uma revisão do estado atual de coisas, com uma maior observância aos métodos e conceitos da Análise Econômica do Direito para se aproximar de um cenário ideal de redução de atos ilícitos pelo Poder Público, maior eficiência nas relações entre Estado e população e soluções judiciais que mais se aproximem de um conceito de “justiça”.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Aresp nº 119.072-RJ. Relator: Min. Castro Meira. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 10 abr. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Responsabilidade Civil do Estado*. Jurisprudência em Teses, Brasília, ed. 61. 06 jul. 2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11308/11437>. Acesso em: 23 maio 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema de Repercussão Geral nº 592*. Em Caso de Inobservância do Seu Dever Específico de Proteção Previsto no Art. 5º, Inciso Xlix, da Constituição Federal, O Estado É Responsável Pela Morte de Detento. Relator: Ministro Luiz Fux. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2016.
- CAMINHA, Uinie; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. *Direito e Economia, Responsabilidade Civil Contemporânea e Desenvolvimento Econômico*. Revista Jurídica da Fa7, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 33-47, 30 dez. 2015. Semestral. Educadora Sete de Setembro. <http://dx.doi.org/10.24067/rjfa7;12.2:49>. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/49>. Acesso em: 23 maio 2023.
- CHAVES, L. A. *Quanto custa a Justiça? Uma análise econômica da litigiosidade no Poder Judiciário brasileiro*. Revista CNJ, Brasília, v. 4, n. 1, p. 132–144, 2020. DOI: 10.54829/revistacnj.v4i1.57. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/57>. Acesso em: 13 jun. 2023.



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Calculando Custos Prisionais: panorama nacional e avanços necessários*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. 100 p. (Fazendo Justiça). Coleção Gestão e Temas Transversais. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/calculando-custos-prisionais-panorama-nacional-e-avancos-necessarios.pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2022: ano-base 2021*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2023.

IPEA Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal: Relatório de Pesquisa*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/e42aabc7cb876c670096042fe52af676.pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 9788522497652. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522497652/>. Acesso em: 12 jun. 2023.

MAIA, Flávia. *Entenda a origem dos precatórios que viraram entrave no Orçamento de 2022*. 2021. Disponível em: [https://www.jota.info/stf/do-supremo/entenda-a-origem-dos-precatorios-que-viraram-entrave-no-orcamento-de-2022-23092021#:~:text=e%20cortes%20superiores.-,Cerca%20de%2096%25%20desses%20precat%C3%B3rios%20foram%20originados%20em%20senten%C3%A7as%20proferidas,Lei%20Or%C3%A7ament%C3%A1ria%20Anual%20\(PLOA\)](https://www.jota.info/stf/do-supremo/entenda-a-origem-dos-precatorios-que-viraram-entrave-no-orcamento-de-2022-23092021#:~:text=e%20cortes%20superiores.-,Cerca%20de%2096%25%20desses%20precat%C3%B3rios%20foram%20originados%20em%20senten%C3%A7as%20proferidas,Lei%20Or%C3%A7ament%C3%A1ria%20Anual%20(PLOA).). Acesso em: 22 maio 2023.

MARCHESI, Makena. *O STF e a responsabilidade por omissão do Estado: objetiva ou subjetiva?*. 2017. Disponível em: [https://blog.ebeji.com.br/o-stf-e-a-responsabilidade-por-omissao-do-estado-objetiva-ou-subjetiva/#:~:text=OMISS%C3%83O%20GEN%C3%89RICA&text=Situa%C3%A7%C3%B5es%20em%20que%20n%C3%A3o%20se,an%C3%B4nima\)%20concorreu%20para%20o%20dano..](https://blog.ebeji.com.br/o-stf-e-a-responsabilidade-por-omissao-do-estado-objetiva-ou-subjetiva/#:~:text=OMISS%C3%83O%20GEN%C3%89RICA&text=Situa%C3%A7%C3%B5es%20em%20que%20n%C3%A3o%20se,an%C3%B4nima)%20concorreu%20para%20o%20dano..) Acesso em: 25 maio 2023.

PORTO, Antônio M.; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. Barueri: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559771394. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771394/>. Acesso em: 15 jun. 2023.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº 0006537-58.2006.8.19.0014, Sexta Câmara Cível. Relator: Desa. Teresa de Andrade Castro Neves. *Diário da Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 21 nov. 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº 0010652-98.2005.8.19.0001, Décima Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Gabriel De Oliveira Zefiro. *Diário da Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 04 fev. 2015.

ROSA DE ARAÚJO, D.; TIBÚRCIO SILVA, C. A. *AVERSÃO À PERDA NAS DECISÕES DE RISCO*. Revista de Educação e Pesquisa em Contabilidade (REPeC), [S. l.], v. 1, n. 3, p. 45–62, 2008. DOI: 10.17524/repec.v1i3.15. Disponível em: <https://www.repec.org.br/repec/article/view/15>. Acesso em: 18 jun. 2023.



SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível e Remessa Necessária nº 0308702-94.2016.8.24.0020, Quarta Câmara de Direito Público. Relator: Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti. *Diário da Justiça Eletrônico*. Florianópolis, 03 fev. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 5006396-22.2021.8.24.0035, Terceira Câmara de Direito Público. Relator: Des. Bettina Maria Maresch de Moura. *Diário da Justiça Eletrônico*. Florianópolis, 14 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647910. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647910/>. Acesso em: 17 mai. 2023.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. *Breves notas sobre a Análise Econômica da Responsabilidade Civil*. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/356034/breves-notas-sobre-a-analise-economica-da-responsabilidade-civil>. Acesso em: 15 junho 2023.



v.7, n.2

