

RECEBIDO EM: 13/10/2016

APROVADO EM: 07/04/2017

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO BRASILEIRO À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

CIVIL STRICT LIABILITY OF THE BRAZILIAN STATE IN LIGHT OF LAW & ECONOMICS

Adriano Silva Soromenho

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília -

UNICEUB

Advogado da União/SP

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fundamentos da responsabilidade objetiva na visão jurídica tradicional; 2 A visão da Análise Econômica do Direito sobre responsabilidade civil: Contradições com o modelo brasileiro de responsabilidade objetiva do Estado; 2.1 A Fórmula de Hand e os fundamentos de Landes e Posner para a objetivação da responsabilidade civil; 2.2 Níveis eficientes de precaução e a estrutura de incentivos da norma de responsabilidade objetiva do Estado; 2.3 O princípio do *Cheapest Cost Avoider*;

3 Análise casuística da responsabilidade do Estado como ferramenta de maior eficiência do sistema; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O ordenamento jurídico brasileiro adota a regra da responsabilidade objetiva do Estado por danos provocados contra terceiros. A dispensa da prova da culpa nessa modalidade de responsabilização, embora facilite a reparação dos danos em favor dos lesados, tem transformado o Estado, muitas vezes, em um verdadeiro segurador universal. A doutrina tem manifestado perplexidades quanto ao aumento do número e do valor das indenizações impostas contra o Estado. No ensejo do debate, o presente trabalho demonstra a existência de graves incompatibilidades entre os fundamentos jurídicos e os fundamentos econômicos da regra da responsabilidade objetiva estatal, a começar pelos seus objetivos. Para a visão jurídica tradicional, a finalidade da Tort Law consiste na compensação dos danos sofridos pela vítima. Já para a Análise Econômica do Direito, o objetivo deve ser a redução dos custos sociais dos acidentes. Após revelar as incongruências entre as diferentes visões, o presente trabalho aponta sugestão para garantir um mínimo de eficiência à norma da responsabilidade civil do Estado brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Tort Law. Responsabilidade Civil Objetiva do Estado. Visão Jurídica Tradicional. Análise Econômica do Direito. Princípio do Cheapest Cost Avoider.

ABSTRACT: The Brazilian legal system adopts the rule of strict liability of the State for damage caused to third parties. The waiver of proof of guilt in this modality of accountability, while facilitating the remediation on behalf of individuals, has transformed the state, often in a true universal insurance. The doctrine has expressed perplexity as to increase the number and amount of damages imposed against the State. This study shows that there are serious incompatibilities between the legal basis and the economic foundations of the rule of strict liability state, starting with its objectives. For the traditional legal view, the purpose of the Tort Law is the compensation for the damage suffered by the victim. As for the Economic Analysis of Law, the goal should be to reduce the social costs of accidents. After revealing the inconsistencies between different views, this paper points out suggestion for ensuring a minimum efficiency standard of liability of the Brazilian state.

KEYWORDS: Tort Law. Strict Liability of the State. Traditional Legal View. Economic Analysis of Law. Principle of Cheapest Cost Avoider.

INTRODUÇÃO

O ordenamento constitucional brasileiro optou pela modalidade objetiva de responsabilidade extracontratual do Estado nos casos de danos provocados contra terceiros.

O parágrafo sexto, do artigo 37, da Constituição Federal, estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos devem responder objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. A norma assegura o direito de regresso do Poder Público contra os responsáveis, nos casos de dolo ou culpa.

O artigo 43 do Código Civil Brasileiro possui comando em igual sentido.

Essa espécie de responsabilização dispensa a comprovação da culpa do agente causador do dano, bastando para a sua configuração a existência de ação ou omissão, dano e nexo de causalidade entre um e outro.

É certo que a ausência de obrigatoriedade de comprovação da culpa na seara judicial torna mais ágil o processo de responsabilização do Estado nos casos de danos perpetrados contra os cidadãos em geral. Entretanto, o aumento da quantidade e dos valores das indenizações relativas às condenações impostas contra o Estado brasileiro com base nessa norma tem provocado reações ao modelo.

Em artigo provocador intitulado “Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União ‘seguradora universal’?”, Mendes¹ ironiza o comportamento de alguns juízes que, pensando estarem criando uma jurisprudência libertária, adotam uma “generosa hermenêutica” para condenarem a União a pagar vultosas indenizações a favor de segmentos historicamente privilegiados.

Com efeito, a ampliação sem parâmetros do alcance da norma da responsabilidade objetiva, apontada no artigo supracitado, demonstra distorções no exame dos seus elementos configuradores, mas revela também graves incompatibilidades entre os fundamentos jurídicos e os fundamentos econômicos da responsabilidade extracontratual do Estado adotada pelo constituinte.

1 MENDES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”? *Revista Jurídica da Presidência da República*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

Para a visão jurídica tradicional, o objetivo do sistema legal de responsabilidade civil consiste, em linhas gerais, na compensação dos danos experimentados pelas vítimas. Por outro lado, para a Análise Econômica do Direito, a finalidade da Tort Law reside na redução dos custos sociais dos acidentes, ou seja, a redução da soma dos custos de precaução e reparação dos danos.

O presente trabalho visa a examinar as contradições existentes entre os fundamentos da responsabilidade objetiva estatal na ótica jurídica tradicional e na da Análise Econômica do Direito, destacando as suas incompatibilidades e a dissonância entre seus objetivos.

O artigo é composto, além desta introdução, de mais quatro capítulos. No capítulo 2, são apresentados os fundamentos da responsabilidade objetiva na visão jurídica tradicional. No capítulo 3, analisa-se a responsabilidade civil sob a ótica da Análise Econômica do Direito, cotejando as incompatibilidades com a norma da responsabilidade objetiva estatal. No capítulo 4, são apresentados argumentos a favor de uma análise casuística para a utilização da modalidade mais adequada de responsabilidade do Estado. Por fim, no capítulo 5, são tecidas as considerações finais a título de conclusão do trabalho.

1 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NA VISÃO JURÍDICA TRADICIONAL

Durante muito tempo, a responsabilidade objetiva foi a regra no sistema de responsabilidade extracontratual do Direito Romano.

Tartuce², aponta que a Lex Aquilia de Damno, aprovada no final do século III a.C., estabelecia que o causador do dano deveria ser punido conforme a pena de Talião, prevista na Lei das XII Tábuas.

Püschel³ destaca que a responsabilidade civil, nessa época, possuía as funções de punição do culpado, vingança e indenização à vítima, reestabelecimento da ordem social e prevenção de comportamentos antisociais.

2 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 394.

3 PÜSCHEL, Flavia Portela. *Funções e Princípios Justificadores da Responsabilidade Civil e o art. 927, § único do Código Civil*. *Revista Direito GV*, v.1, n.1, p. 91-107, maio 2005. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_01_p091_108.pdf>.

Ao contextualizar as diferentes modalidades de responsabilidade civil no tempo, Gonçalves⁴ assinala que a responsabilidade objetiva dos primeiros tempos do direito romano não era fundada no risco, mas na ideia de vingança.

De acordo com Tartuce⁵, a experiência romana demonstrou que a responsabilidade sem culpa poderia trazer situações injustas, surgindo a necessidade de comprovação desta como uma questão social evolutiva. Segundo o autor, a partir de então, a responsabilidade mediante culpa passou a ser a regra em todo o Direito Comparado, influenciando as codificações privadas modernas, como o Código Civil Francês de 1804, o Código Civil Brasileiro de 1916 e ainda o Código Civil Brasileiro de 2002.

A doutrina passou, então, a vislumbrar três funções precípuas da responsabilidade civil, quais sejam, a indenização da vítima, a distribuição dos danos entre os membros da sociedade e a prevenção de comportamentos antisociais.

A partir da segunda metade do século XX, a responsabilidade objetiva voltou à tona nos ordenamentos jurídicos mundo afora. No Brasil, diversas leis foram aprovadas prevendo a responsabilidade objetiva por danos causados a terceiros, como, por exemplo, o Código Civil de 1916; o Decreto nº 2.681 de 1912, dispondo sobre a responsabilidade por danos a passageiros e a proprietários marginais em estradas de ferro; e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

No tocante à responsabilidade objetiva do Estado, foi consagrada no ordenamento brasileiro através da Constituição de 1946 (artigo 194), sendo que, todas as constituições brasileiras, de lá para cá, acolheram essa modalidade de responsabilidade extracontratual do Estado.

Segundo Püschel⁶, a questão da responsabilidade sem culpa, embora já houvesse sido tratada anteriormente, ganhou grande importância teórica e prática na Europa no final do século XIX, em virtude da relevância que adquiriram nessa época alguns problemas típicos das sociedades industrializadas, começando pelos acidentes de trabalho e envolvendo, posteriormente, os acidentes de trânsito e de consumo.

4 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. IV, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31.

5 *Ibidem.*, p. 394.

6 *Ibidem.*, p. 91-107.

Para a visão jurídica tradicional, o fundamento básico da responsabilidade objetiva está centrado na idéia do risco. Segundo a teoria do risco, os prejuízos causados por uma determinada atividade devem ser suportados por quem a controla ou dela extrai vantagem.

Gonçalves⁷ indica que o surgimento da responsabilidade objetiva, como sistema autônomo, baseada no risco, teve início a partir de trabalhos na Itália, na Bélgica e em outros países, mas, segundo o autor, foi a partir do trabalho de juristas franceses, em especial, Saleilles, Josserand, Ripert, Demogue, Mazeaud e Savatier, que “a tese da responsabilidade objetiva encontrou seu mais propício campo doutrinário de expansão”.

Na França, Saleilles e Josserand são considerados os fundadores da teoria do risco, sendo certo que as suas obras influenciaram importantes mudanças na jurisprudência e na legislação francesas.

No Brasil, merece destaque a obra de Caio Mário da Silva Pereira⁸ que desdobrou a teoria do risco em diversas subespécies, quais sejam: a teoria do risco integral, a teoria do risco-proveito, a teoria do risco profissional e a teoria do risco criado.

Pela teoria do risco integral, todo fato que provoque um dano deve resultar na responsabilização do agente, não havendo excludentes de responsabilização. Para a teoria do risco profissional, há dever de indenizar “quando o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado”. Dessa forma, a teoria do risco profissional sujeita o empregador a ressarcir danos resultantes de acidentes envolvendo seus empregados, no trabalho ou por ocasião dele. A teoria do risco-proveito baseia-se na idéia de que a responsabilidade deve ser imputada a quem retira proveito ou vantagem do fato causador do dano. Já para a teoria do risco criado, a responsabilidade pela reparação dos danos deve ser atribuída ao sujeito que cria o risco.

Gonçalves⁹ destaca que a idéia do risco como fundamento para a responsabilidade objetiva aparece de forma clara na orientação feita por Miguel Reale¹⁰ para elaboração do Projeto de Lei nº 634-B/75, que se

7 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. IV. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23.

8 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 522.

9 *Ibidem*, p. 33.

10 REALE, Miguel. Diretrizes gerais sobre o Projeto de Código Civil. In: *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 176-7.

transformou no Código Civil Brasileiro, conforme se extrai do trecho abaixo:

Pois bem, quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico – como o de transporte, ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos – implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa.

A doutrina majoritária apresenta como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado a teoria do risco administrativo.

Segundo Cavalieri Filho¹¹, a teoria do risco, adaptada para a atividade pública, serviu como fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, resultando daí a teoria do risco administrativo. Segundo esta teoria, a Administração Pública, em decorrência de suas atividades normais ou anormais, acaba por gerar risco de danos à comunidade. O ônus da reparação desses danos não deve ser suportado por apenas alguns indivíduos, pois as atividades que os geraram foram exercidas em favor de todos. Dessa forma, a reparação deve recair sobre o Estado, como representante do todo, independente da culpa de seus agentes.

Para Cavalieri Filho¹², essa teoria se apresenta como uma “forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública”.

Com efeito, de acordo com a teoria do risco administrativo, a intensa atuação da Administração Pública no dia-a-dia da sociedade enseja riscos aos administrados, não sendo justo que apenas alguns indivíduos arquem com eventuais prejuízos causados por essas atividades cuja prestação se dá em benefício de toda a coletividade.

Nesse sentido, Bandeira de Mello¹³ observa que os danos causados pelo Estado resultam de comportamentos produzidos a título de desempenhar missões no interesse de toda a sociedade, não sendo equânime, portanto, que apenas alguns indivíduos arquem com os prejuízos suscitados por ocasião de atividades exercidas em proveito de todos.

11 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 252.

12 *Ibidem*, p. 252.

13 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 988.

Como visto, a teoria do risco administrativo que fornece os fundamentos da responsabilidade objetiva estatal tem como pilares o princípio da distribuição dos danos e o princípio da equidade.

Para Püschel¹⁴, a distribuição dos danos é uma das funções da responsabilidade civil, devendo a responsabilidade ser atribuída ao sujeito que se encontra em melhores condições para repartir o prejuízo, de modo que um número maior de pessoas o suporte e seja diminuído o fardo individual. Quanto à equidade, a autora assinala que se trata de princípio complementar de responsabilidade civil que atribui a responsabilidade a quem tem melhores condições de suportar o prejuízo do ponto de vista econômico.

Com efeito, para a visão jurídica tradicional, a responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, constitui um instrumento de distribuição de danos e equidade apto a garantir que os danos causados pelo Estado, decorrentes da prestação de atividades em proveito de todos, não recaia apenas sobre alguns indivíduos, mas sobre o representante do todo – o Estado, independente da culpa de seus agentes.

Importa ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se demonstra pacífica quanto à adoção da teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado¹⁵.

2 A VISÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL: CONTRADIÇÕES COM O MODELO BRASILEIRO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

Para Gico Júnior¹⁶, a Análise Econômica do Direito revela-se útil ao direito, na medida em que oferece um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos.

Nesse sentido, a análise econômica das regras de responsabilidade extracontratual pode contribuir para tornar o sistema de Tort Law mais eficiente, dando aos autores de danos em potencial e vítimas em potencial os incentivos adequados para adotarem níveis ótimos de precaução.

14 PÜSCHEL, op. cit., p. 91-107.

15 Nesse sentido, RE 109615/RJ – Rio de Janeiro, Relator Min. Celso de Mello, 1ª Turma, Supremo Tribunal Federal. Julgado em 28.05.1996.

16 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *EALR*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan-jun, 2010.

Segundo Cooter e Ulen¹⁷, a responsabilidade civil, do ponto de vista econômico, consiste essencialmente em um instrumento de política pública empregado para internalizar externalidades decorrentes de altos custos de transação.

De acordo com esse raciocínio, quando os custos de transação são demasiadamente altos a impedir a cooperação entre os envolvidos, é necessária a instituição de regras alocando os custos dos danos. Daí o porquê da necessidade do direito da responsabilidade civil.

Para Cooter e Ulen¹⁸, o propósito do sistema de responsabilidade civil é levar os causadores de danos a internalizarem os custos do prejuízo causado, criando um incentivo para que potenciais causadores de dano invistam em segurança em um nível eficiente.

Do ponto de vista da Análise Econômica do Direito, o sistema de responsabilidade civil visa à minimização dos custos sociais dos acidentes, ou seja, a redução do resultado somado dos custos de precaução e de reparação de danos.

Dessa forma, para o jurista, a adoção da regra de responsabilidade subjetiva, objetiva ou até mesmo a ausência de regra de responsabilidade vai depender da que melhor se ajustar ao objetivo de minimização dos custos sociais do acidente no caso concreto.

Nesse aspecto, tendo em vista que o presente trabalho propõe o estudo da responsabilidade objetiva do Estado, é relevante a apresentação dos fundamentos trazidos pela doutrina da Law & Economics para a adoção da regra da responsabilidade objetiva.

2.1 A FÓRMULA DE HAND E OS FUNDAMENTOS DE LANDES E POSNER PARA A OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em 1947, o Juiz Learned Hand criou uma fórmula para estabelecer o parâmetro jurídico eficiente de precaução para analisar a configuração da conduta culposa em um caso envolvendo responsabilidade extracontratual.

17 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 310.

18 *Ibidem*, p. 310-311.

Tratava-se do caso *United States versus Carroll Towing Company*¹⁹, que discutia a responsabilidade por um acidente ocorrido na baía de Nova Iorque onde um pequeno barco transportador, denominado Anna C, de propriedade da empresa *Connors Company*, carregado com farinha de trigo, comprada pelo Governo dos Estados Unidos, afundou, tendo havido perdas totais do barco e do carregamento.

Foi apurado que, não obstante o Anna C estivesse adequadamente amarrado ao píer, o barco se soltou em razão de bruscos movimentos feitos por um rebocador denominado *Carroll*, pertencente à *Companhia Carroll Towing Company*, que tentava rebocar um barco transportador contíguo. Após soltar-se do cais no qual se encontrava amarrado, o barco Anna C veio a colidir com um cargueiro cuja hélice provocou danos em sua estrutura que redundaram no seu afundamento.

A *Connors Company*, empresa proprietária do Anna C, e o Governo dos Estados Unidos, processaram a *Carroll Towing Company*, companhia proprietária do rebocador, responsabilizando-a pelo afundamento.

Ao julgar a causa, o Juiz *Learned Hand* responsabilizou a *Carroll Towing Company* pelas despesas resultantes do desprendimento do Anna C, mas não por todas as despesas do afundamento, que foram repartidas em razão da configuração também da culpa da *Connors Company* por não ter mantido ao menos um tripulante no Anna C.

Ao fundamentar a sua decisão, o Juiz *Hand* entendeu que a obrigação do proprietário de evitar danos contra terceiros é função de três variáveis: 1) a probabilidade de o barco se soltar; 2) a gravidade dos danos causados, e; 3) o ônus das precauções adequadas.

Com efeito, considerando que P é a probabilidade do dano; L, o dano; e B, o ônus dos cuidados; haverá responsabilização, de acordo com a Fórmula de *Hand*, quando B for menor do que L multiplicado por P ($B < P.L$).

Importa ressaltar que as variáveis utilizadas na Fórmula de *Hand* referem-se a valores marginais. Nesse sentido, *Cooter e Ulen*²⁰ afirmam que “para aplicar a regra de *Hand*, quem toma a decisão precisa saber se

19 *United States et al. v. Carrol Towing Co. Inc., et al.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947). *Tribunal de Recursos da Segunda Circunscrição dos Estados Unidos da América*. Julgado em 09/01/1947.

20 *COOTER; ULEN*, op. cit., p. 346.

um pouco mais de precaução custa mais ou menos do que a consequente redução nos custos esperados dos acidentes”.

Embora a regra de Hand tenha sido originariamente criada para aferir a existência de culpa dos envolvidos no acidente, a fórmula também pode servir como fundamento nos casos de responsabilidade sem culpa.

Nesse sentido, se as variáveis da probabilidade do dano e/ou dos custos do dano forem sabidamente altas em determinada atividade a ponto de invariavelmente superarem o ônus da precaução adequada, o autor do dano sempre será responsabilizado pelos prejuízos, pois o ônus de sua precaução sempre será inferior ao resultado da probabilidade do dano multiplicada pelo custo do dano.

Nesses casos, não se revela útil a perquirição *ex post* da culpa do autor do acidente, havendo espaço, portanto, para a instituição da regra da responsabilidade objetiva pelos prejuízos causados.

Para Landes e Posner²¹, há três fatores que permitem verificar se uma classe de atividades deve se submeter à regra da responsabilidade objetiva. O primeiro fator consiste nos “elevados danos esperados com os acidentes” (fator referente à variável L da fórmula de Hand). O segundo fator refere-se à “impraticabilidade de evitar acidentes mediante o exercício de elevada precaução” (fator referente à variável B, sempre inferior a $L \times P$, da Fórmula de Hand, já aludido acima). O terceiro fator refere-se à “inexequibilidade de reduzir os acidentes pela restrição ou realocação da atividade”. De acordo com este fator, a responsabilidade objetiva serviria como meio indutor de substituição ou eliminação da atividade, pois a internalização automática dos custos dos danos tornaria a atividade bem mais custosa.

Com efeito, segundo os critérios adotados por Posner e Landes, a responsabilidade objetiva deveria ser a regra para as atividades consideradas perigosas, mormente porque serviria como meio de controle dos níveis da atividade, induzindo a sua mudança, substituição de métodos ou até mesmo a eliminação.

A propósito, Posner²² cita como atividades de risco passíveis de aplicação da responsabilidade objetiva, as lesões causadas pelo uso de

21 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Positive Economic Theory of Tort Law. *Georgia Law Review*, v. 15, 1981. p. 907-908.

22 POSNER, Richard. *Fronterias da Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 180.

explosivos na construção civil e na mineração, e por animais selvagens em zoológicos e em circos.

Os critérios adotados por Posner e Landes revelam que a adoção do sistema de responsabilidade objetiva visa, dentre outras finalidades, a desencorajar a exploração de atividades perigosas incentivando a redução do nível da atividade ou a substituição por outras menos arriscadas.

Posner²³ é claro ao afirmar que “a responsabilidade objetiva se aplica a fim de induzir os lesantes em potencial a considerarem a introdução de mudanças no caráter ou na intensidade de sua atividade”.

Os parâmetros utilizados por Posner e Landes para justificar a objetivação da responsabilidade civil extracontratual destoam da opção feita pelo constituinte na norma do artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal.

Ao se analisar a imensa gama de atividades de incumbência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios elencadas na Constituição Federal e em tantas outras normas federais, distritais, estaduais e municipais, observa-se que muitas delas não são perigosas a justificar a sujeição à regra da responsabilidade objetiva.

A título de exemplo, não se vislumbra na prestação dos serviços educacionais a cargo do Estado a presença de “elevados danos esperados com acidentes” ou a “impraticabilidade de evitar acidentes mediante o exercício de elevada precaução” a caracterizar atividade perigosa passível de responsabilização objetiva.

Além do fato de nem todas as atividades prestadas pelo Estado serem perigosas a justificar a sujeição à regra da responsabilidade objetiva, há outra contradição entre a norma da responsabilidade objetiva estatal e a visão econômica da Tort Law. Essa dissonância diz respeito ao fato de as atividades prestadas pelo Estado serem impostas por normas constitucionais e infraconstitucionais, não sendo dada ao Poder Público a possibilidade de deixar de prestá-las ou reduzir a sua prestação em vista do alto custo internalizado dos riscos.

A propósito, pode-se dizer que a Constituição Brasileira, ao prever em seu texto a regra da responsabilidade objetiva do Estado, e também

23 POSNER, op. cit., p. 12.

nele, uma gama imensa de serviços públicos, demonstra descompasso com os objetivos econômicos da responsabilidade objetiva.

Se o objetivo do constituinte era consolidar e ampliar as áreas de atuação do Estado, a adoção da norma da responsabilidade objetiva de modo generalizado para todas as atividades estatais orientou-se em sentido contrário, ao menos, sob a ótica econômica.

2.2 NÍVEIS EFICIENTES DE PRECAUÇÃO E A ESTRUTURA DE INCENTIVOS DA NORMA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

A prestação adequada das atividades pelo Estado brasileiro depende, na maior parte dos casos, não somente da adoção de medidas de precaução por parte do potencial autor dos danos (prestador da atividade), mas exige também o cuidado das vítimas em potencial, usuárias dos serviços.

Disso decorre outra grave inconsistência do sistema: a regra da responsabilidade objetiva estatal cria um problema de risco moral relativo ao comportamento dos usuários dos serviços, pois institui uma estrutura de incentivos para que somente o potencial autor do dano adote medidas de precaução, sendo a vítima indiferente a tomar ou não cuidados.

Isso ocorre porque a vítima, sofrendo o dano, terá a sua situação reestabelecida ao *status quo ante*, com a compensação integral dos seus prejuízos a cargo do autor.

Nesse sentido, Cooter e Ulen²⁴ afirmam que a regra da responsabilidade objetiva com indenização perfeita faz com que o autor do dano internalize os custos e benefícios marginais da precaução, o que lhe dá incentivos para tomar precauções eficientes. No entanto, segundo os autores, a regra não dá a vítima os incentivos para tomar medidas de cuidado.

Ressalte-se que as atividades que exigem precaução bilateral somente alcançam o nível ótimo de cuidado quando ambas as partes (autor e vítima) adotam as medidas adequadas, sendo insuficiente para a redução dos custos sociais dos acidentes a precaução tomada por somente uma das partes, ainda que em nível ótimo.

24 COOTER; ULEN, op. cit., p. 335.

Shavell²⁵ assevera que no contexto de acidentes bilaterais, os níveis ótimos de cuidado das partes refletem a sua possibilidade conjunta de redução dos riscos de acidentes e de seus gastos com prevenção.

Nesse contexto, a aplicação generalizada da regra de responsabilidade objetiva a todas as atividades prestadas pelo Estado Brasileiro colide com o objetivo econômico do sistema de responsabilidade civil, pois, ao induzir somente o potencial autor do dano a adotar medidas adequadas de precaução, afasta-se do nível ótimo de cuidado, criando o problema do risco moral e aumentando os custos sociais totais.

Por oportuno, é preciso reconhecer que a aplicação da excludente de responsabilidade pela culpa exclusiva da vítima, e a norma atenuante da indenização pela culpa concorrente prevista no artigo 945 do Código Civil²⁶ constituem importantes ferramentas para garantir alguma eficiência econômica nas decisões judiciais envolvendo a responsabilidade extracontratual do Estado.

Com efeito, ambas as regras configuram estruturas de incentivos mais adequadas para que as potenciais vítimas de acidentes adotem medidas de precaução pertinentes, inibindo o problema do risco moral e contribuindo no atingimento do nível ótimo de cuidado nas hipóteses de acidentes bilaterais.

2.3 O PRINCÍPIO DO CHEAPEST COST AVOIDER

Guido Calabresi²⁷, em sua obra *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, defende que qualquer sistema de responsabilidade civil possui dois objetivos principais: “primeiro, ele deve ser justo ou equitativo; segundo, ele deve reduzir os custos de acidentes”.

De acordo com a classificação de Calabresi, os custos de acidentes dividem-se em três categorias: primários, secundários e terciários.

Os custos primários traduzem os danos diretos causados às vítimas. Os custos secundários dizem respeito aos custos sociais ou de terceiros

25 SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Foundation of Economic Analysis of Law. Cambridge, MA: Harvard University Press, May/2003. *Working Paper n° 9694 of The National Bureau of Economic Research*. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9694>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

26 Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

27 CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970. p. 24.

relativos à dispersão do risco, como, por exemplo, o seguro obrigatório de automóveis. Por fim, os custos terciários são os gastos administrativos para garantir a efetivação da reparação do dano, valendo citar como exemplo as despesas realizadas pelo Poder Judiciário para decidir os processos de responsabilidade civil.

Para alcançar o objetivo de minimizar os custos sociais dos acidentes, Calabresi sustenta que, nos casos em que qualquer das partes estiver em condições de evitar o acidente, os custos primários (reparação do dano) devem recair sobre a parte que poderia tê-lo evitado ao menor custo de precaução.

Trata-se do princípio do *cheapest cost avoider* que, segundo o autor²⁸ implica na “alocação dos custos de acidentes para aqueles atos ou atividades (ou combinação deles) que podem evitar acidentes a custos mais baixos”.

A idéia é que a instituição de uma regra fundada no *cheapest cost avoider* cria uma estrutura de incentivos para que os indivíduos aptos a adotarem medidas de precaução menos onerosas, tomem as providências nesse sentido, evitando a ocorrência de acidentes ao menor custo, sem a ocorrência de precaução em excesso.

A solução idealizada por Calabresi com o princípio do *cheapest cost avoider* compreende um modelo de responsabilização que prescinde tanto da presença da culpa quanto do risco para a sua configuração, alterando, inclusive, o modo de visualizar o nexo de causalidade de um dano.

De acordo com Bem-Shahar²⁹, citado por Battesini (2011, p. 196), a análise da causalidade do acidente representa uma análise de custo-benefício, ou seja, de qual parte pode alterar seu comportamento ao menor custo e evitar o dano.

Como visto, a regra do *cheapest cost avoider* não se revela consonante com a norma da responsabilidade objetiva do Estado fundada no risco administrativo.

Com efeito, ao se imputar, aprioristicamente, ao Estado a responsabilidade pelos danos causados a terceiros em decorrência da

28 CALABRESI, op. cit., p. 135.

29 BEN-SHAHAR, Omri. Causation and Forseeability. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*, p. 644-668. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 2, Civil Law and Economics, p. 807.

prestação de suas atividades, olvida-se da possibilidade de se investigar no caso concreto qual das partes poderia ter se precavido ao menor custo.

Aliás, dentre a imensa gama de atividades prestadas pelo Estado brasileiro, não é difícil encontrar casos de acidentes que poderiam ter sido evitados com menor custo pelos usuários dos serviços, ou seja, pelas vítimas. Ainda assim, considerada a larga abrangência da norma do artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal, a responsabilidade recai sobre o Estado, havendo ressalva somente aos casos em que comprovada a culpa exclusiva da vítima.

Exemplo disso pode ser observado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³⁰ que, aplicando a regra da responsabilidade objetiva, tem condenado o Estado ao pagamento de indenizações em virtude da ocorrência de atropelamentos de transeuntes por composições de trens em vias férreas mantidas por entidades públicas.

Ainda que em muitos casos tenha havido falhas na sinalização a cargo das administradoras, parece intuitivo que as vítimas poderiam adotar medidas de precaução e atenção mais simples e menos custosas do que as mantenedoras das vias férreas de modo a evitar os acidentes ao menor custo.

No entanto, a incidência generalizada da norma da responsabilidade objetiva colide com a aplicação de princípios com fundamentos econômicos como o do *cheapest cost avoider*, o que resulta em cada vez mais e maiores condenações decretadas em desfavor do Estado.

Ressalte-se que Calabresi³¹ defende que um dos objetivos do sistema de responsabilidade civil consiste na sua justiça ou equidade, mas para o autor, esse objetivo não representa “um veto ou limitação do que pode ser feito para alcançar a redução de custos”.

Assim sendo, o autor deixa claro que a equidade do sistema não deve servir como instrumento a subverter o fundamento das normas de responsabilidade civil cuja pauta principal deve ser a redução dos custos sociais dos acidentes.

30 REsp 494183/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011; REsp 437195/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 493; e REsp 1210064/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 31/08/2012.

31 CALABRESI, op. cit., p. 24.

Nesse sentido, Calabresi³² enfatiza que “além do requerimento de justiça, é axiomático que a principal função do direito dos acidentes seja reduzir a soma dos custos dos acidentes e dos custos de prevenção dos acidentes.”

Enfim, exemplos como os dos julgados acima referidos demonstram que a adoção da norma da responsabilidade objetiva do Estado caminha em sentido diverso aos objetivos econômicos de minimização dos custos sociais dos acidentes.

3 ANÁLISE CASUÍSTICA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO COMO FERRAMENTA DE MAIOR EFICIÊNCIA DO SISTEMA

Há, inegavelmente, diversos outros fatores não tratados no presente trabalho que, do ponto de vista econômico, podem justificar a opção pela modalidade objetiva da responsabilidade civil extracontratual. É o caso, por exemplo, da assimetria de informações, da aversão ao risco e da precaução exclusivamente unilateral.

Essa constatação ratifica a idéia de que normas estabelecendo de modo genérico a responsabilidade objetiva estatal orientam-se em sentido oposto aos fundamentos econômicos da responsabilidade civil.

Sob a ótica da Análise Econômica do Direito, a modalidade de responsabilidade civil do Estado deveria ser objeto de análise casuística, deixando ao órgão julgador a possibilidade de decidir, à luz das especificidades do caso concreto, especialmente no tocante à natureza da atividade, se o caso é de responsabilidade com ou sem culpa. Tal medida garantiria maior eficiência do sistema.

Nesse ponto, andou bem o Código Civil Brasileiro ao permitir, no âmbito das atividades privadas³³, que os órgãos julgadores façam o enquadramento, mediante a análise do caso concreto, das atividades que implicam riscos aos direitos dos indivíduos às quais deverão se sujeitar à regra da responsabilidade objetiva.

³² CALABRESI, op. cit., p. 26.

³³ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

4 CONCLUSÃO

O objetivo do sistema de responsabilidade civil, para a visão jurídica tradicional, consiste, fundamentalmente, na compensação dos danos sofridos pela vítima. Para a Análise Econômica do Direito, a finalidade da Tort Law deve ser a redução dos custos sociais dos acidentes, ou seja, a redução da soma dos custos de precaução e reparação dos danos.

Posner e Landes demonstram que a responsabilidade objetiva é mais apropriada para atividades consideradas perigosas de modo que a internalização dos custos serve para controlar o nível da atividade, induzir a sua substituição e/ou a eliminação dos métodos mais potencialmente danosos nelas empregados.

Esse posicionamento discrepa dos fundamentos da norma prevista no artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal relativa à responsabilidade objetiva estatal, afinal não são todas as atividades prestadas pelo Estado que são perigosas a ensejar a sujeição à regra da responsabilidade objetiva, mas apenas parte delas. Ademais, a prestação dessas atividades pelo Estado é imposta por normas constitucionais e infraconstitucionais, não sendo dada ao Poder Público a possibilidade de deixar de prestá-las ou reduzir a sua prestação em vista do alto custo internalizado dos riscos. Além disso, a adoção da norma da responsabilidade objetiva para atividades que exigem precaução bilateral demonstra-se ineficiente, pois o baixo cuidado tomado pela vítima impossibilita o atingimento do nível ótimo de precaução, criando o problema do risco moral no comportamento dos usuários dos serviços.

Já o princípio do *cheapest cost avoider* de Calabresi propõe que, nos casos em que qualquer das partes estiver em condições de evitar o acidente, os custos primários (reparação do dano) devem recair sobre a parte que poderia tê-lo evitado ao menor custo de precaução. A análise da causalidade transforma-se em uma análise de custo-benefício.

A norma da responsabilidade objetiva estatal apresenta incompatibilidades com o modelo do *cheapest cost avoider*. O ônus da reparação dos danos decorrentes de atividades prestadas pelo Estado brasileiro que poderiam ter sido evitados com menor custo pelas vítimas, acaba recaindo sobre o Estado em virtude da norma de objetivação da responsabilidade estatal.

O presente trabalho demonstrou que a adoção da norma da responsabilidade objetiva do Estado caminha, muitas vezes, em sentido diverso aos objetivos econômicos de minimização dos custos sociais dos acidentes. A fim de conferir maior eficiência ao sistema, convém deixar ao órgão julgador a possibilidade de decidir, à luz das especificidades do caso concreto, especialmente no tocante à natureza da atividade, a modalidade de responsabilização estatal que deve ser adotada.

REFERÊNCIAS

- BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia*. Novos Horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: Editora LTR, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. *Código Civil, Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.
- CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *EALR*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. IV, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Positive Economic Theory of Tort Law. *Georgia Law Review*, v. 15, 1981.
- _____. Causation in Tort Law: an Economic Approach. *The Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 1, p. 109-134, jan. 1983.

_____. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”? *Revista Jurídica da Presidência da República, Brasília*, v. 2, n. 13, jun. 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

POSNER, Richard. *Fronteras da Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PÜSCHEL, Flavia Portela. Funções e Princípios Justificadores da Responsabilidade Civil e o art. 927, § único do Código Civil. *Revista Direito GV*, v.1, n.1. maio 2005. p. 91-107. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_01_p091_108.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2014.

SHAVELL, Steven. *Analysis of Accident Law*. Foundation of Economic Analysis of Law. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003. *Working Paper n. 9694 of National Bureau of Economic Research*. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9694>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.