

RESPONSABILIDADE E SOCIALIZAÇÃO DO RISCO

FICHA CATALOGRÁFICA

Conselho de Estado

RESPONSABILIDADE E SOCIALIZAÇÃO DO RISCO

Cet ouvrage, publié dans le cadre
d'aide à la publication, bénéficie
du soutien du Ministère Français
des Affaires Étrangères.

A publicação deste livro contou com
o apoio do Ministério Francês das
Relações Exteriores

Equipe brasileira

Coordenação: Prof. Dr. Marcelo Dias Varella

Tradução: Michel Abes

Revisão do texto em português:

Amabile Pietrotti e Rândala M. de M. N. Y. Rocha

Capa: Roberto Vieira

Brasília - 2006

As considerações gerais foram redigidas por Edwige BELLIARD, relator geral da Seção do Relatório e dos Estudos, com a participação de Sophie-Justine LIEBER, Hervé CASSAGNABÈRE, Sibyle PETITJEAN, Emmanuelle CORTOT, Sébastien VEIL e Thomas ANDRIEU, auditores no Conselho de Estado.

Elas foram adotadas pela Assembléia Geral do Conselho de Estado do dia 3 de fevereiro de 2005. Gaëlle LIPINSKI, Pascal NAUMOWICZ e Simon RÖTIG, estagiários no Conselho de Estado, contribuíram nas pesquisas documentárias realizadas para este relatório.

Sumário

Introdução	09
Primeira parte - Evolução geral	13
A – Do socorro à solidariedade	13
1. Riscos e solidariedade antes do século XIX	13
1.1. As formas antigas da solidariedade	13
1.2. O aporte dos tempos modernos e da Revolução Francesa	16
2. O século XIX e o nascimento da solidariedade moderna	20
2.1. A ideologia liberal e a concepção de origem da responsabilidade no Código Civil	20
2.2. Primeiras mudanças	21
2.3. Rumo à responsabilidade do risco: as construções jurisprudenciais	23
2.4. As soluções legislativas entre responsabilidade e solidariedade	26
B – A evolução do campo de aplicação da responsabilidade	29
1. A evolução dos riscos	29
2. A evolução da percepção dos riscos	35
3. A evolução da noção de prejuízo	37
C – A evolução geral dos regimes de responsabilidade	39
1. Um lugar crescente para a responsabilidade sem culpa	39
2. O fenômeno da socialização dos riscos	40
3. A manutenção da responsabilidade por culpa	42
4. Legislador e juiz: concorrência e complementaridade	45

Segunda parte - Vias e meios da socialização do risco 51

A – Os riscos gerados pela atividade dos poderes públicos e das comunidades públicas 51

- 1. O direito comum da responsabilidade pública permanece baseado na culpa 52
- 2. A ampliação da responsabilidade sem culpa 58
 - 2.1. Os fundamentos e o alcance da responsabilidade sem culpa 58
 - 2.2. Os danos sofridos pelos colaboradores do serviço público 62
 - 2.3. A responsabilidade em razão das leis e seus desdobramentos .. 63
- 3. Os regimes legislativos especiais 67

B – Os riscos exteriores à atividade do poder público 68

- 1. As razões e as modalidades de uma implicação crescente por parte do Estado 68
 - 1.1. As razões 68
 - 1.2. As modalidades de intervenção do poder público 70
- 2. No cruzamento do seguro e da solidariedade 76
 - 2.1. A recorrência aos fundos de indenização 77
 - 2.1.1. Porquê fundos? 77
 - 2.1.2. Os diferentes fundos 79
 - 2.1.3. O financiamento dos fundos 84
 - 2.1.4. O carácter subsidiário dos fundos e as possibilidades de ações sub-rogatórias 86
 - 2.2. Alguns exemplos: catástrofes naturais, terrorismo e riscos tecnológicos 89
 - 2.2.1. A indenização das vítimas de catástrofes naturais 89
 - 2.2.2. A cobertura do risco terrorista 91
 - 2.2.3. Os riscos tecnológicos 97

C – Mecanismos comuns 98

- 1. Os riscos sociais ligados à atividade de pessoas tanto privadas quanto públicas 98
 - 1.1. O exemplo dos acidentes de trabalho 99
 - 1.1.1. A reparação forfaitaire 99

1.1.2. A recente evolução: rumo a uma aproximação com o direito comum da responsabilidade	100
1.2. O exemplo da segurança sanitária	106
1.2.1. A responsabilidade médica e hospitalar, a indenização da eventualidade terapêutica	107
1.2.2. A aproximação das regras de responsabilidade entre os setores público e liberal	116
1.2.3. Os regimes especiais de socialização dos riscos seriais ou de massa	118
2. A responsabilidade do Estado, consequência de seu papel de prevenção dos riscos	124
2.1. A prevenção clássica, fonte de responsabilidade	125
2.1.1. A falta de regulamentação: da carência à culpa	125
2.1.2. O paradoxo das catástrofes naturais e tecnológicas ...	126
2.1.3. Prevenção clássica e riscos sociais	127
2.2. Antes dos riscos averiguados, o princípio da precaução	129
2.2.1. Que alcance?	130
2.2.2. Que controle?	138

Terceira parte - Perspectivas

A – A influência do contexto internacional e europeu

1. A prudência do direito internacional público	147
1.1. A responsabilidade do Estado no direito internacional	148
1.2. Os regimes convencionais de responsabilidade de pleno direito dos produtores ou das empresas para determinadas atividades	151
1.3. Os trabalhos da Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas	153
1.4. O princípio da precaução no direito internacional público	154
2. Os avanços do direito comunitário	156
2.1. A responsabilidade extracontratual da Comunidade	156
2.2. O direito comunitário e a socialização dos riscos	158
2.3. O princípio da precaução em direito comunitário	161
3. A Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) e a responsabilidade pública	166

4. Exemplos estrangeiros	169
4.1. A responsabilidade do poder público	170
4.2. O lugar da socialização dos riscos nos outros regimes de responsabilidade	174
4.3. As diferenças de procedimentos	182
4.4. Exemplos de sistemas ampliados de indenização sem recorrer à responsabilidade civil	185
B – Justificativas e limites da socialização do risco	190
1. As justificativas	190
2. Os limites	192
2.1. Os limites materiais	192
2.2. Os limites ligados ao papel do Estado	195
2.3. Socialização e responsabilização	198
2.4. A superposição das ações de responsabilidade	200
2.5. A responsabilidade das comunidades territoriais	204
C – Para uma socialização pensada	205
1. O respectivo papel dos seguradores e do Estado	205
1.1. Intervenção quando for necessária	206
1.2. O bom uso dos fundos	209
2. Imputação e indenização	210
2.1. Responsabilidade civil e seguro pessoal	210
2.2. Regulamentação e responsabilidade	213
3. Necessidade de harmonização	214
3.1. A multiplicidade dos regimes	214
3.2. As indenizações	214
3.3. Os prazos de prescrição	219
4. Conciliar socialização, responsabilidade e prevenção	220
4.1. Prevenção, liberdade e responsabilidade	220
4.2. A análise dos riscos	225
4.3. A informação	228
Conclusão	231

Introdução

Nossa sociedade recusa a fatalidade. Ela se caracteriza pela crescente exigência de segurança. Esta exigência gera a convicção de que qualquer risco deve ser coberto, que a reparação de qualquer dano deve ser rápida e integral e a sociedade deve prover, por isso, não somente uma indenização dos danos que ela própria gerou, como também aqueles que não conseguiu impedir ou que não soube prever a ocorrência.

A tendência geral está na extensão da cobertura dos riscos e no recurso, quando sua probabilidade ou sua extensão não foram identificadas no momento certo e que a satisfação do pedido de reparação se torna necessária, à mecanismos híbridos, misturando em graus diferentes, segurança, responsabilidade e solidariedade. Esta tendência, com contornos mal definidos, é resumida pela expressão “socialização do risco,” que não é desprovida de imperfeições. Não é exatamente o risco que é socializado, são suas consequências danosas e sua indenização. O termo risco não é também, necessariamente, o mais adequado para descrever, com todo o rigor, eventualidades, perigos ou ameaças que não facilitam uma avaliação *a priori*.

Todavia, os riscos evoluem assim como sua percepção. O progresso técnico é uma fonte de riscos. As causas e os efeitos de certos riscos são mais complexos e mais difíceis de individualizar. A mundialização e a crescente urbanização levam a mudanças de escala. A fronteira entre risco tecnológico e risco natural torna-se mais vaga. Na escala internacional, as consequências do recente *tsunami*, no litoral asiático, mostraram o impacto que certos riscos maiores podem gerar.

Se o seguro já é uma forma de solidariedade, visto que se apóia na mutualização, a “socialização do risco” envolve uma solidari-

idade mais ampla, além do círculo dos co-segurados, inclusive a solidariedade nacional.

Podemos considerar que há socialização do risco quando a indenização das consequências danosas de um risco não tem nenhuma ligação com a responsabilidade ou quando o financiamento desta indenização está, *a priori* ou *a posteriori*, desconectado de cotizações ou retiradas individuais, ou ainda, quando o poder público está implicado nesta indenização, até na falta de responsabilidade direta num dano. A socialização dos riscos é obra conjunta do legislador, se necessário inspirado ou substituído pelos parceiros sociais, do juiz e das companhias de seguros ou mutuais.

Essa evolução parte da idéia que existem riscos sociais contra as quais as vítimas não têm mecanismos para se precaver. Seria injusto portanto, deixar tais vítimas com o ônus exclusivo por tais riscos sem dividi-lo.

Se a história apresenta numerosos exemplos de responsabilização coletiva de danos, a solidariedade, frente a certos riscos, recebeu uma consagração constitucional em 1946. Nos termos do Preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, “a nação proclama a solidariedade e a igualdade de todos os franceses perante os encargos resultantes de calamidades nacionais”. Além disso, segundo a jurisprudência do Conselho Constitucional: “Se o artigo 13, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não proíbe fazer com que certas categorias de pessoas, por motivo de interesse geral, suportem encargos particulares, não deve resultar disto uma ruptura caracterizada da igualdade diante dos encargos públicos”¹. Esta ruptura é, portanto, o fundamento de uma jurisprudência antiga e constante do Conselho de Estado, para justificar os regimes de responsabilidade sem culpa.

¹ Cons. Const., Decisão nº 2000-440 DC, de 10 de janeiro de 2001.

A reflexão contida na obra não abrange todas as formas de socialização do risco. Ela não trata das partilhas de riscos organizadas pelos contratos públicos ou para a implementação destes por parte do juiz (teoria do equilíbrio do contrato da imprevisão). Ela também não trata desta forma específica de socialização do risco que constitui, no que se refere à seguridade social, a doença e a velhice. Podemos, com efeito, considerar que se trata de riscos inelutáveis da existência, contra os quais não adianta questionar-se a respeito da responsabilidade. Ela não aborda também a questão do seguro desemprego. Ela trata da “socialização dos riscos” no caso das outras categorias de eventualidades, e entre elas encontram-se os acidentes de trabalho e as doenças profissionais.

Na evolução recente para uma maior socialização do risco, as fronteiras entre a responsabilidade baseada na culpa e a responsabilidade sem culpa se deslocaram. Ao mesmo tempo, assiste-se paradoxalmente a uma busca crescente das responsabilidades pessoais penais, em particular. À reparação civil acrescenta-se, frequentemente, a ação penal, com a sua idéia de punição.

A socialização do risco não implica, de fato, o desaparecimento da noção de culpa nem a da responsabilidade. Ela responde reiteradamente a uma necessidade de indenização rápida da vítima, sem excluir as ações regressivas contra os autores do dano. Sob pena de desresponsabilização, geralmente, coloca-se a pergunta sobre o lugar que deve conservar ou retomar a responsabilidade nos sistemas de cobertura dos riscos.

A socialização do risco, além disso, tem limites. O Estado que freqüentemente intervêm em sua implementação segundo modalidades variáveis, dependendo se o risco for ligado a suas próprias atividades ou a outros fatores, não pode transformar-se em segurador de riscos múltiplos. Para ser viável, a socialização do risco deve ocorrer concomitantemente com a prevenção dos riscos. Os atuais debates sobre o princípio da precaução demonstram a grande expectativa por medidas que limitem antes os possíveis riscos.

A França orientou-se, por sua vez, e, provavelmente, mais do que outros, por uma maior socialização dos riscos. No entanto, os países comparáveis ao nosso, implementaram amplamente regimes particulares de responsabilidade e de indenização frente a riscos excepcionais por sua gravidade ou sua escala. Entretanto, os regimes de responsabilidade continuam variados e o direito europeu não tem neste nível uma importante incidência - a não ser setorial - sobre os regimes nacionais de responsabilidade.

Primeira parte

Evolução geral

A – Do socorro à solidariedade

Nossa atitude frente a toda sorte de acontecimentos danosos se modificou radicalmente na época contemporânea. A própria noção de risco apareceu de forma tardia na história. A gestão do risco e a indenização dos danos, antes deste período, parecem muito rudimentares. Todavia, os mecanismos coletivos de amparo existem há muito tempo e o conceito de solidariedade não saiu *ex nihilo* do espírito dos constituintes e dos legisladores franceses do pós-guerra.

Antes do século XIX, a noção de responsabilidade é, contudo, dissociada daquela de solidariedade as dimensões de sociabilidade, porque as dimensões sociais que o conceito de responsabilidade pode conter apareceram tardiamente e o século XIX ficou marcado pela constituição gradativa de estreitas relações, porém ambíguas, entre as noções de risco, de solidariedade e de responsabilidade, como também pela emergência da noção de risco social.

I. Riscos e solidariedade antes do século XIX

I.1. As formas antigas da solidariedade

Já existem iniciativas ou procedimentos destinados a aliviar indivíduos das consequências de algumas desgraças por uma responsabilização coletiva. Mas oferecem poucas semelhanças com nossos processos modernos. Seus fundamentos filosóficos e seus princípios são muito diferentes.

Os procedimentos da responsabilização coletiva dos riscos entre assistência e auxílio mútuo

Nas origens da mutual, o aparecimento das primeiras caixas de previdência se perde no tempo e representa uma forma de organização mais natural, mais imediata a qual pensa o homem em sociedade: cada um deposita um valor, determinado de uma forma mais ou menos elaborada, numa caixa que servirá para os problemas enfrentados por um membro da comunidade, ou se compromete em ajudá-lo uma vez ocorrido o dano. Um famoso exemplo de auxílio mútuo se encontra nos cortadores de pedras do Baixo Egito, em torno de 1400 antes de Cristo,² que mantinham um fundo em caso de acidente. O mesmo fenômeno ocorreu, de acordo com Teofrastes, na Grécia, no seio das *hetairiai* (companhias) cujos membros, os *hetairioi* (companheiros) estavam unidos por fortes laços de família e religiosidade. O fato corporativista na Idade Média acentuou esta tendência, tanto é que numerosas organizações profissionais tinham caixas de previdência. No entanto, a solidariedade financeira que era estabelecida desta forma, somente decorria de uma primeira solidariedade natural, por exemplo, de tipo familiar, local, religioso ou profissional. Além disso, as caixas eram destinadas à ajuda dos membros da comunidade e não à indenização de prejuízos dos chefes: elas traziam um socorro totalmente dissociado da noção de reparação e o valor dos prejuízos sofridos podia, amplamente, ultrapassar o valor dos pagamentos de socorro.

A responsabilização do poder público, no tocante aos riscos, é igualmente muito antiga. A Grécia antiga, particularmente Atenas, oferecem exemplos de regimes de solidariedade para a

² Cf. J. Peyrelevade, artigo “Assurance” da Encyclopaedia Universalis, 2000, tomo III, p. 226.

responsabilização dos danos causados pela atividade das autoridades públicas. Isto explica a atitude da cidade grega em relação às vítimas da guerra: Atenas, notadamente, conheceu inúmeros regimes instituídos formalmente, no que diz respeito à responsabilização da cidade para com essas vítimas³. O *theôrikon*, fundo público financiado pelo imposto e destinado, na origem, a ajudar os menos ricos para comprarem seus lugares nos espetáculos de teatro, era encarregado de suprir as necessidades de uma parte crescente da população. Entretanto, nunca foi proclamada qualquer “responsabilidade da polis” em razão de suas atividades e certamente não pelo fato das guerras ofensivas: os pagamentos, a título dos danos de guerra, eram estreitamente globais e não se tratava de *reparação* dos danos, mas sim de socorro.

Também as autoridades medievais não ignoravam totalmente a compensação em dinheiro ligada a certos problemas. Quando um indivíduo sofria danos particularmente anormais, em razão de obras ou construções públicas ou em matéria de desapropriação, as autoridades revertiam-lhe uma compensação, mesmo quando não tinham cometido erro⁴. Todavia, não se tratava de responsabilidade do rei (o dogma sendo: “O rei não pode errar”), mas de um procedimento gracioso considerado como magnanimidade do rei, mesmo quando se tornava mais sistemático⁵.

³ Cf. J. - N. Corvisier, *Guerre et société dans les mondes grecs (490-322 av. J. - C.)*, Armand Colin, Paris, 2001, p. 246-247.

⁴ Cf. Denys de Béchillon, «Genèse et structure de la responsabilité sans faute de l'État en droit administratif français», p. 24, in *Les mondes du droit de la responsabilité: regards sur le droit en action*, sous la direction de Th. Kirat, coll. «Droit et Société», n° 10, LGDJ, 2003, p. 21.

⁵ Esse favor do rei podia até aplicar-se *indiretamente* a problemas sem nenhuma relação com a atividade do poder público: assim, as calamidades agrícolas resultando freqüentemente em perdas na colheita, permitiam reduções de impostos para os municípios atingidos; mas, apesar de sua freqüência, estas últimas

Os fundamentos filosóficos da responsabilização coletiva dos riscos estão muito longe dos nossos: as catástrofes são vivenciadas em termos de flagelos ou de punições, como a peste ou as chuvas diluvianas; a responsabilidade é pensada em termos morais, como um instrumento de sanção. Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*⁶, não pergunta para saber em que condições se deve reparar um dano, mas em que condição “se é digno de ser punido”. Nesta concepção, a responsabilidade não pode, de maneira alguma, servir como ferramenta eficiente de indenização da vítima.

A solidariedade financeira frente a certos sinistros devia, portanto, encontrar outros fundamentos. As relações de grupo podiam formar uma base sobre a qual ela poderia assentar-se. Por outro lado, na Idade Média, o crescimento do cristianismo deu um outro fundamento religioso ao auxílio mútuo dos homens: a caridade. O homem medieval, como o homem da antiguidade, carecem de ferramentas matemáticas para poder apreender o risco. Entretanto, sem este conceito chave de risco, é difícil instaurar solidariedades abstratas e amplas e ultrapassar as solidariedades mostradas como sendo naturais.

I.2. O aporte dos tempos modernos e da Revolução Francesa

A Revolução Francesa marca um fim e uma virada: destrói as bases da solidariedade arcaica, corporativista e, principalmente, familiar, bem como visa instituir um outro tipo de solidariedade que se

eram consideradas como sendo favores excepcionais. Cf., para exemplos, Ch. Desplat, «Pour une histoire de risques naturels dans les Pyrénées occidentales françaises sous l'Ancien Régime», in *Les catastrophes naturelles dans l'Europe médiévale et moderne*, B. Bénassar (ed.), Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 1996, p. 115.

⁶ *Ethique à Nicomaque* III, I, trad. Voilquin, Garnier, Paris, 1950, p. 93 e segs.

apóia, em parte, sobre os desenvolvimentos da técnica atuarial; ela começa a estabelecer ligações estreitas entre um tipo de solidariedade nacional frente aos danos, baseada na igualdade, e um novo conceito aparece, ainda sem nitidez de responsabilidade das pessoas públicas, de dívida/credor, ou seja, a indenização de certos danos - que podem ocorrer durante atividades de interesse geral - não é mais considerada um gracioso favor por parte do soberano junto a seus súditos, mas resulta de uma dívida do Estado perante os cidadãos.

O nascimento do cálculo atuarial e o desenvolvimento do seguro moderno

Com o desenvolvimento do cálculo de probabilidades, encaram-se os acontecimentos danosos sob outro ângulo que não aquele da falta de sorte ou da fatalidade. Um tipo de acontecimento pode ser encarado como um risco, ou seja, de acordo com sua probabilidade de realização.

As técnicas ou órgãos de seguros modernizam-se e desenvolvem-se, apropriando-se, aos poucos, da ferramenta probabilista para o cálculo dos prêmios e das provisões; cada vez mais tipos de acontecimentos são considerados como *riscos* mutualistas. O desenvolvimento do seguro contra incêndio no século XVIII, freqüentemente organizado pelas municipalidades⁷, é um exemplo disto.

A mutualização, na base do cálculo atuarial, é capaz de tornar-se uma nova matriz para a solidariedade, pois tratar-se-ia, então, de uma solidariedade construída de forma abstrata que não se apóia numa solidariedade *natural* do tipo familiar, local, profissional ou

⁷ Ver J. Peyrelevalde, artigo "Assurance" da Encyclopaedia Universalis, tomo III, p. 226.

corporativista. Todavia, esta aliança entre seguro e solidariedade, ainda, levará tempo para se constatar nos fatos.

A organização de diversos regimes legislativos especiais

Uma idéia central orienta o encaminhamento do legislador e do constituinte revolucionário: a defesa da propriedade privada, apresentada sob várias formas desde a Declaração de 1789. O caráter inviolável e sagrado da propriedade privada significa, notadamente, que ela será protegida não somente de decisões ou de atos arbitrários, mas também de danos aos bens, mesmo se forem provenientes de atos legais considerados de interesse geral, obterão, em princípio, uma justa reparação⁸. Esta abordagem rompe com a solidariedade, a graça do rei: o poder público não compensa os danos porque é bondoso com os administrados, mas porque ele deve respeitar alguns direitos invioláveis e sagrados. A lei dos dias 7-11 de setembro de 1790 coloca o princípio da indenização consecutiva à desapropriação ou ao estabelecimento de dependências. O regime da responsabilidade coletiva por parte dos habitantes dos municípios, em caso de revoltas cujas bases remetem ao tempo de Carlos Magno, é emendado várias vezes para resultar no decreto do dia 10 *vendémiaire* do ano IV (02 de outubro de 1795). Ele consagra o princípio da responsabilidade solidária dos habitantes e do município pelos danos aos bens e às pessoas ocorridos durante distúrbios ou revoltas, mas os habitantes não são mais penalmente responsáveis; eles são simplesmente “responsáveis civilmente”; quanto ao município, este podendo até ser declarado responsável

⁸ Artigo 17, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A propriedade, sendo um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser privado dela, exceto quando a necessidade pública, legalmente constatada, o exige evidentemente e sob a condição de uma justa e prévia indenização”.

penalmente e ter que pagar uma multa ao Estado caso os habitantes tenham participado dos delitos.

Os danos de guerra: fraternidade e responsabilidade nacional

A situação de guerra contribui para obrigar as autoridades revolucionárias a organizarem regimes de indenização mais sofisticados do que a simples graça real. A lei dos dias 3-22 de abril de 1790 estabelece o princípio segundo o qual o soldado ferido é credor do corpo social como um todo. Alguns textos, como a lei de 11 de agosto de 1792 para as vítimas civis de guerra, invocam a responsabilidade nacional⁹. Podemos perceber ali a emergência do conceito moderno de responsabilidade sem culpa.

A Revolução, mesmo que a aplicação dos princípios que ela coloca se revele decepcionante, marca uma etapa decisiva na área da indenização de danos advindos de atividades públicas não-culposas. Ela rompe com a lógica do socorro institucionalizado, da pura caridade da Igreja, do paternalismo do príncipe, além de romper, paralelamente, com as solidariedades de clã e de corporação. Entretanto, ela cobre somente um campo insuficiente dos danos suscetíveis de afetar os indivíduos e preocupa-se, principalmente, com os danos diretamente provocados por atividades do poder público. O legislador revolucionário, ainda, não raciocina em termos de risco social. A tomada em consideração da técnica de seguro por parte de alguns precursores, para dar um novo assentamento à solidariedade, resultou em poucas aplicações concretas. Trata-se de incentivar a previdência, não obrigar; é totalmente impensável

⁹ Ver, nestes pontos, Gérard de Baecque et Gérard de Vignaud, *La nouvelle législation sur les dommages de guerre*; JCP 1947, I, 612; Christine Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, LGDJ, 1974.

garantir a responsabilidade. Enfim, o pensamento revolucionário, em seu conjunto, é hostil às companhias de seguro privado que serão proibidas até 1818. “No início do século XIX, as operações de seguro (além do marítimo) eram suspeitas de qualquer maneira e, para os setores Vida e Responsabilidade, proibidas como sendo contrárias à ordem pública e aos bons costumes... Culpava-se, primeiro, o seguro por permitir ao segurado afrouxar a atenção devida a seus próprios negócios, quando não o convidava à delinquência. Não se conseguia, por outro lado, distinguir seguros, de danos ou responsabilidade e seguros de culpas”¹⁰.

2. O século XIX e o nascimento da solidariedade moderna

O pensamento liberal oriundo da Revolução queria, a todo custo, que cada indivíduo enfrentasse livremente os altos e baixos de sua própria existência. Pregava a noção de previdência e condenava a dependência. A noção de responsabilidade, em particular, como era entendida, constituía obstáculo a uma socialização ampliada dos riscos: faz-se carregar o peso de um dano por aquele que cometeu um erro. No entanto, esta abordagem vai desviar-se para uma maior solidariedade que integrará, evidentemente, uma evolução mais geral do pensamento político e moral que resultará, principalmente, na seguridade social, em 1945. Tratando-se da responsabilidade, o principal motor das mudanças foi o problema dos acidentes de trabalho.

2.1. A ideologia liberal e a concepção de origem da responsabilidade no Código Civil

¹⁰ François Ewald, “La société assurancielle”, *Risques – Les Cahiers de l'Assurance*, n° 1, 1990, p. 5.

No âmbito de um pensamento ignorando a noção de risco social, a culpa continua sendo o fundamento geral da responsabilidade. Segundo os termos do artigo 1382, do Código Civil, “Qualquer que seja o homem, quem causa um dano a outrem, obriga aquele cuja culpa o provocou a repará-lo”.

A liberdade, de acordo com a concepção liberal, consiste em poder fazer “tudo o que não prejudica o outro”. Portanto, é o fato de agir de forma culposa que dá, em benefício da vítima, um direito à reparação.

Essa concepção limitativa da responsabilidade permite fazer do artigo 1382 um instrumento de regulação social. Incentiva todos os membros da sociedade à previdência, uma eminente virtude do “bom pai de família”. A responsabilidade civil baseada na culpa, mesmo que desligada do campo penal, conserva uma visão de sanção. Ainda que seja necessário que a responsabilidade pese, totalmente, sobre o homem desprecavido, não poderia melhorar e é, por isso, que ele não deve poder assegurar-se pela sua responsabilidade civil. A culpa não é percebida pelos liberais como uma eventualidade.

2.2. Primeiras mudanças

A concepção liberal da independência e da previdência individual deve, entretanto, adaptar-se à industrialização e ao aumento dos acidentes de trabalho. A jurisprudência civil dos anos 1840-1850 consagra a obrigação geral do dono da empresa para que ele faça tudo o que estiver a seu alcance a fim de garantir a segurança de seus assalariados. Esta obrigação “exige do dono sérias precauções para afastar ou reduzir o risco do trabalho, como também todas as precauções compatíveis com as necessidades de sua indústria”¹¹. Toda-

¹¹ Decisão da Corte Imperial de Lyon, 13 de dezembro de 1854, citada por François Ewald, op. cit., p. 195.

via, continua sendo uma obrigação de meios e não de resultados.

Essa nova linha de jurisprudência, mais severa para o dono, era financeiramente aceitável pela indústria com a condição de que o empregador pudesse limitar o custo do encargo induzido pelo acidente do qual seria declarado culpado: daí a importância do seguro de responsabilidade civil.

Enquanto o seguro das culpas era considerado como sendo contrário à ordem pública¹², este dispositivo sofreu inúmeras críticas nos anos quarenta, do século XIX¹³. Uma delas era que as culpas potenciais de terceiros constituem riscos para a vítima e a contratação de um seguro de responsabilidade civil lhe permite garantir uma efetiva reparação. A harmonia social seria assim melhor preservada do que por meio de um dispositivo de sanção pecuniária integral sofrida pelos autores da culpa, cujos efeitos esperados (menos danos graças a uma previdência ampliada) pareciam cada vez mais hipotéticos e supondo a solvabilidade destes autores. A Corte de Apelação de Paris seguiu esta disposição num parecer do dia 1º de julho de 1845¹⁴. A nova jurisprudência estava em acordo com aquela adotada para os acidentes de trabalho: se o seguro permitia limitar o custo individual da responsabilidade do empregador, dividindo a carga dos riscos gra-

¹² Com efeito, o contrato de seguro é um contrato de natureza aleatória, no sentido do artigo 1104, do Código Civil, mas considerava-se que assegurar erros era o mesmo que assegurar acontecimentos não ligados à sorte, mas ao comportamento de uma parte contratante.

¹³ Ver François Ewald, *Histoire de l'État providence*, Paris, Grasset et Fasquelle, 1996, p. 150-155.

¹⁴ Corte real de Paris, 1º de julho de 1845, D. *Jurisprudence générale du Royaume*, 1845, p. 126: “Considerando que os contratos de seguro, como obrigações civis, são de direito comum; que eles têm, com efeito, como objetivo, a reparação dos danos pecuniários; que os seguros não podem ser proibidos na base que em alguns casos eles poderiam incitar os segurados a cometer delitos ou quase-delitos”.

ças a uma mutualização, o juiz podia mostrar-se mais severo em matéria de obrigação de seguro e mais generoso para com as vítimas. A socialização das responsabilidades, em vez de parecer uma ameaça para a ordem social, tornava-se tolerável e até desejável a partir do momento em que vinha sustentar um dispositivo jurídico de reparação mais eqüitativo dos acidentes, notadamente aqueles induzidos pelo trabalho e pela industrialização.

2.3. Rumo à responsabilidade do risco: as construções jurisprudenciais

O campo dos acidentes de trabalho foi, novamente, no fim do século XIX, o catalisador de uma jurisprudência inovadora

A jurisprudência administrativa: Parecer Cames (CE, 21 de junho de 1895), do Conselho de Estado, reconhece o direito à indenização a um operário do arsenal de Tarbes, vítima do que o comissário do governo Romieu chamou de “acidente anônimo”. O ferimento do operário tinha como origem um estilhaço de metal projetado pelo choque de um martelo-pilão, nenhum erro cometido pelo operário e nem pelo Estado. A solução adiantada por Romieu como sendo “conforme às regras da eqüidade e da humanidade” se justificava assim, segundo ele: “É o serviço público que contrata, que fornece os materiais, que instala as máquinas, que regulamenta as condições de funcionamento da oficina; se produzir um acidente durante o trabalho e não houver culpa do operário, o serviço público é responsável e deve indenizar a vítima”¹⁵.

¹⁵ Conclusões Romieu, Sirey, 1897.3, p. 33.

O parecer Cames constitui um marco porque liga, claramente, um mecanismo de socialização à noção de responsabilidade. Este avanço jurisprudencial tornou-se possível, notadamente, pela ausência de submissão do regime de responsabilidade do Estado às regras do direito civil¹⁶ e pelo fato de que a indenização para risco é uma aplicação bastante natural do princípio liberal do conceito de igualdade diante dos encargos públicos. A respeito deste parecer, Maurice Hauriou escrevia¹⁷: “As coisas se passam como se o Estado, em sua qualidade de pessoa moral, administrasse um seguro mutual contratado entre os administrados contra o risco dos acidentes administrativos. A idéia de um seguro idêntico procede logicamente do princípio de igualdade frente aos encargos públicos. [...] e as indenizações compensatórias podem muito bem ser consideradas como pagas por um tipo de caixa mutual, associada aos serviços públicos, e alimentada por um prêmio integrado no imposto... A igualdade frente aos encargos públicos deve ser procurada diretamente onde é possível realizá-la, por exemplo, em matéria de imposto ou de serviço militar; deve sê-lo indiretamente via indenizações compensatórias, nos casos em que a carga pública ou o fato da administração tiverem uma natureza tal que, por si próprios, recaiam desigualmente sobre os administrados”.

A jurisprudência judicial: o parecer Viúva Teffaine (Cass. civ., 16 de junho de 1896)

A jurisprudência das jurisdições judiciais evoluía também. O senhor Teffaine tendo falecido em consequência da explosão de um cano de vapor num rebocador, sua viúva intentou uma ação contra seus antigos empregadores. Estes não haviam cometido nenhum erro, mas

¹⁶ CE, 6 de dezembro de 1855, Rothschild, col. p. 705; TC, 8 de fevereiro de 1873, Blanco, col. 1º suplente., p. 61, concl. David.

¹⁷ M. Hauriou, nota sob CE, 21 de junho de 1895, Cames, Sirey, 1897.3, p. 33.

tinha sido estabelecido que o acidente se originava num vício de construção. A Corte de Cassação validou a solução da Corte de Apelação de Paris, de um lado, no que ela reconhecia, baseando-se no artigo 1384, do Código Civil, a responsabilidade dos proprietários do reboador e não lhes permitia exonerar-se comprovando a ausência de erro, a partir do momento em que havia um vício de construção e não erro por parte da vítima; de outro, no que ela condenou o construtor a garantir e indenizar os proprietários de sua condenação: a jurisprudência civil orientava-se, nitidamente, para uma responsabilidade sem culpa e interpretava audaciosamente a noção de guarda constante no artigo 1384, visto que o simples fato de ser proprietário era o suficiente para estabelecê-la. Entretanto, esta interpretação continha um limite que consagra o parecer Viúva Grange¹⁸: quando a causa era totalmente desconhecida desde que não houvesse erro por parte do empregador proprietário da coisa e nem vício de construção constatado, o empregador proprietário não era tido como responsável.

Essa última solução era, na realidade, o oposto daquela apresentada pelo Conselho de Estado no parecer Cames e era mais audaciosa.

Contudo, o caso das empresas privadas não era nem um pouco análogo à hipótese coberta, no setor público, pelo parecer Cames. A solução admitida pelo Conselho de Estado, no âmbito da colaboração com o serviço público, somente podia tornar-se aplicável à indústria se todos os empregadores aceitassem uma socialização de suas responsabilidades por risco profissional. Foi a evolução legislativa de 1898 a 1946 que permitiu a implementação deste dispositivo. Contudo, o Conselho de Estado tinha desempenhado um papel de precursor, reformulando sua teoria do risco profissio-

¹⁸ Cass. req., 30 de março de 1897, Viúva Grange v/a Companhia Geral Transatlântica, D. 1897.1, p. 433, nota Saleilles.

nal, que a lei de 9 de abril de 1898 sobre os acidentes de trabalho estendia a todos os operários.

2.4. As soluções legislativas entre responsabilidade e solidariedade

A lei de 9 de abril de 1898 marca um avanço substancial no tratamento dos riscos sociais¹⁹

O caso dos acidentes com operários do Estado estava, bem antes do parecer Cames, no centro de um debate. Na Segunda República, Vivien, antigo presidente do Comitê de Legislação do Conselho de Estado e Ministro das Obras Públicas, tinha proposto um parecer visando garantir os operários do Estado e suas famílias contra os riscos de acidentes de trabalho e contra as doenças profissionais mediante um sistema de *forfait*, mas sem sucesso. A idéia de reconhecer a especificidade do risco social que é o risco profissional e tratá-lo em sua completa complexidade não havia tomado corpo.

A partir dos meados da década de 1880, o problema dos acidentes de trabalho, em geral, é objeto de vivos debates e numerosas propostas no Parlamento.

O tratamento contencioso do problema e as divergências entre tribunais sobre o valor das indenizações tornavam imprevisível para os empregadores, haja vista que o encargo financeiro tornou-se resultante dos riscos profissionais induzidos por sua atividade. Um sistema de responsabilidade sem culpa podia intensificar esta insegurança. A dificuldade era tratar um problema social com as categorias clássicas do direito da responsabilidade. Alguns parlamentares o con-

¹⁹ Ver sobre os pontos que seguem, François Ewald, op. cit., «Une loi politique au premier chef», p. 241.

sideravam simplesmente como um problema de técnica jurídica, propondo apenas reverter a ônus da prova e assim aliviar o operário da dificuldade de comprovar o erro por parte de seu empregador. O título da lei de 9 de abril de 1898 ainda leva a marca disso: “Lei sobre responsabilidade dos acidentes cujos operários são vítimas em seu trabalho”. Uma outra abordagem, defendida por Félix Faure, na Câmara dos Deputados, em 9 de março de 1883²⁰, considerava que os acidentes de trabalho representavam um encargo que tinha que ser colocado na conta da empresa como, por exemplo, a amortização do capital produtivo: os adeptos desta abordagem podem ser considerados como os precursores de certos teóricos da economia do direito, que vêem a responsabilidade sem culpa como uma forma “de internalizar os custos sociais de uma atividade” para fazer aparecer o lucro líquido para a sociedade. A lei de 1898 representou um compromisso entre os direitos dos operários e as necessidades da indústria. O princípio da responsabilidade automática dos empregadores é adotado, mesmo em caso de acidentes fortuitos ou de erro por parte da vítima, em troca de que o montante das indenizações fosse global em função da porcentagem de invalidez e do salário, com uma minoração no caso de erro indesculpável por parte da vítima. Aos operários é recusado o direito de intentar uma ação de responsabilidade contra o empregador, mesmo culpado, exceto em caso de erro indesculpável ou intencional, levando a uma majoração da indenização.

Mas se a lei de 9 de abril de 1898 consagrou a responsabilidade sem culpa do empregador, este continuava responsável sobre seu próprio patrimônio pela reparação, o que o levava a assegurar-se. Por intermédio do seguro de responsabilidade e da repartição coletiva do encargo dos riscos profissionais, o encargo do risco social “aci-

²⁰ Ver François Ewald, op. cit., p. 251.

dentes de trabalho” é colocado sobre o conjunto da atividade industrial. Indiretamente, este encargo repercutirá sobre os custos de produção e de consumo se a sociedade se encarregava, portanto, dos custos sociais de uma atividade que ela julga ser vantajosa. Todavia, o Senado recusa a idéia de instaurar um regime de seguro obrigatório de responsabilidade, reservando-se o direito de criar um fundo de garantia destinado a compensar, se necessário, a insolvabilidade de algumas empresas.

Natural e originalmente ligado à noção de sanção, o conceito de responsabilidade encontrou-se, no final do século XIX, investido de um papel de socialização: pode-se fazer suportar encargos a outros por pura equidade social ou para obrigar uma atividade a internalizar os custos sociais que ela induz: trata-se de responsabilidade ou de solidariedade? Estes conceitos não se tornaram simplesmente complementares para fazer frente aos riscos sociais? O mecanismo geral do seguro, por sua vez, forneceu um modelo abstrato de solidariedade liberada de ancoramentos locais ou corporativistas, baseado nos cálculos atuariais dos riscos e permitindo um tratamento financeiro racional da repartição de seu encargo.

Foi em 1946 que a ligação entre o empregador e a vítima desapareceu, substituindo-se a seguridade social aos empregadores para gerar e outorgar a indenização dos acidentes de trabalho, além dos empregadores pagarem cotizações para o setor de acidentes de trabalho/doenças profissionais.

A legislação sobre os acidentes de trabalho encontra-se, então, no cruzamento de duas tendências. De um lado, ela participa de um puro regime de solidariedade desconectado do direito da responsabilidade. O próprio princípio de uma indenização *forfaitaire* concilia-se dificilmente, *a priori*, com este último, cuja lógica é melhor do que qualquer dano - levando em consideração todos os atos de prejuízo - que deve ser integralmente reparado. Por outro lado, a lei de 1898

prefigura uma ampliação, no século XX, do campo da responsabilidade sem culpa: a atividade industrial em seu conjunto é considerada como sendo “responsável” pelos acidentes de trabalho²¹. Além disso, a responsabilidade sem culpa poderá, a curto prazo, facilitar uma socialização dos riscos sem sistema de indenização *forfaitaire*, solidariedade e reparação integral do prejuízo, revelando-se assim compatíveis.

B – A evolução do campo de aplicação da responsabilidade

O risco, “eventual perigo, mais ou menos previsível, inerente a uma situação ou a uma atividade”²², é indissociável da atividade humana. No entanto, o próprio risco evolui, sua percepção se modifica e o pedido de ampliação de sua cobertura torna-se mais importante. Conseqüentemente, o campo de aplicação da responsabilidade aumenta.

I. A evolução dos riscos

Os riscos mais freqüentes são, na realidade, riscos clássicos, mas percebidos de forma diferente e mais dificilmente aceitos do que no passado. Além disso, assiste-se a uma mudança de escala.

A urbanização maciça, os efeitos de lotação e de rede que a acompanham e maior mobilidade resultam numa falta de conhecimento dos fenômenos naturais no tempo, conseqüência da perda da memória coletiva e da credibilidade da sabedoria dos anciãos. Certa conscientização se manifesta: assim, a lei impõe doravante aos municípios conservar as marcas das cheias²³. Entretanto, a ilusão do do-

²¹ Até no seio do futuro ramo acidentes de trabalho-doenças profissionais, os *patrões* seriam os únicos pagantes das cotizações.

²² Tesouro da língua francesa, CNRS.

²³ Lei n° 2003-699, de 30 de julho de 2003, relativa à prevenção dos riscos tecnológicos e naturais e à reparação dos danos.

mínio dos fenômenos naturais continua forte. Estudos realizados em 1996²⁴ indicavam que 15.000 municípios franceses estavam em zonas de risco, entre os quais 9.400 eram ameaçados pelas inundações, 5.500 por riscos sísmicos, 4.500 por deslizamentos e uns 600 por avalanches. Para alguns riscos, a probabilidade de vê-los se realizar diminui, mas seus efeitos são ampliados pelo progresso técnico quando acontecem: “É toda a diferença que existe entre acidentes freqüentes de carro, mas com danos limitados e acidentes de avião muito mais raros, mas muito mais danosos”²⁵.

Em 1756, Voltaire expressa num poema sua revolta diante do destino das vítimas inocentes do tremor de terra em Lisboa. Rousseau reage a este texto²⁶. Ele defende a Providência e manda o homem a sua própria responsabilidade. Ocorrem terremotos também nos desertos. “Mas não falamos deles, pois não fazem mal algum aos Senhores das cidades, os únicos homens que levamos em consideração. Eles pouco fazem até aos animais e aos selvagens que moram, dispersos, nestes lugares retirados e que não temem a queda dos telhados nem o incêndio das casas”. Foi a concentração urbana que transformou o acontecimento natural em catástrofe: “[...] convenha, por exemplo, que a natureza não tinha juntado ali vinte mil casas com seis ou sete andares e que se os habitantes desta grande cidade tivessem sido dispersos mais igualmente e mais levemente

²⁴ Assegurar, carta da federação francesa das companhias de seguros, em 30 de maio de 1996, citada por Christophe Guettier, “Indenização das vítimas de catástrofes naturais e indenização do risco”, RJDA, 1997, nº 3.

²⁵ Exemplo citado por Orio Giarimi, então secretário geral da Associação Internacional para o estudo da economia do seguro, e retomado por Laurence Engel, “Rumo a uma nova abordagem da responsabilidade: o direito francês frente à deriva americana”, *Esprit*, junho de 1993, p. 20.

²⁶ “Carta sobre a Providência”, in *Lettres philosophiques*, coll. classiques, Hachette.

hospedados, o dano teria sido bem menor e talvez nulo. Todos teriam fugido no primeiro abalo e nós os teríamos visto, no dia seguinte, a vinte léguas dali, alegres como se não tivesse acontecido nada”. É a própria organização da vida social que torna possível o aparecimento de certos riscos ou que leva a multiplicar seus efeitos danosos. Ela aumenta os riscos de situações potencialmente geradoras de danos coletivos. A catástrofe da usina AZF Grande Paroisse, em Toulouse, em setembro de 2001, provocou trinta mortos e dois mil e quinhentos feridos. Vinte e sete mil habitações foram atingidas, setenta mil ocorrências de sinistros, registradas²⁷.²⁸ O grande número de vítimas e o tamanho dos danos materiais provocados pelo recente maremoto que atingiu as zonas litorâneas da Ásia constituem um outro exemplo disto.

O progresso técnico é fator de risco, pois o uso de novos procedimentos, de novos materiais pela indústria, de novas moléculas no setor farmacêutico, por exemplo, pode ser fonte de danos não-detectáveis *a priori*. O amianto, num primeiro momento, apareceu como um material de isolamento inovador, antes que fossem descobertas as devastações que poderia causar. A importância de estudos e testes prévios para uma colocação no mercado é muito variável segundo os produtos e os materiais. A intervenção crescente dos poderes públicos pode ser um fator de aumento dos danos: isto pode produzir-se, principalmente, no setor das obras públicas ou no campo das experimentações biomédicas²⁹.

²⁷ FFSA Infos, n° 6, setembro-outubro de 2002.

²⁸ Em 1919, a explosão do forte da Double-Couronne, ao norte de Saint-Denis, que permitiu à jurisprudência Regnault-Desroziers sobre a responsabilidade do risco (CE, 28 de março de 1919, col. p. 329). A explosão matou trinta e três pessoas, fez oitenta e um feridos e devastou numerosos prédios (Grandes pareceres da jurisprudência administrativa, 14ª edição, 2003, n° 36, p. 217 e segts.).

²⁹ Cf. “O dano e o prejuízo”, J. - M. Pontier, Atas do colóquio dos dias 11 e 12 de maio de 2001, Os colóquios do Senado, 2003, p. 117.

O carácter puramente natural dos riscos chega, portanto, a diminuir. Trata-se da mesma coisa no que diz respeito às mudanças de clima com uma dimensão de irreversibilidade. O risco natural não exclui, portanto, a busca de responsabilidades. Um tremor de terra suscitará perguntas sobre a construção de habitações que não resistiram a riscos sísmicos conhecidos, inundações levarão à busca de responsabilidades na concessão de autorizações para construir em zona inundável. De uma forma geral, o respeito dos grandes equilíbrios naturais torna-se uma preocupação crescente; a fronteira entre o risco natural e o risco tecnológico diminui.

A mudança de escala traduz-se igualmente pela manifestação mais evidente de riscos seriais ou de massa para os quais o resseguro é particularmente difícil. Tratando-se dos riscos de massa, o mais simbólico exemplo disto é o do World Trade Center: “São 50 bilhões de dólares³⁰, ou seja, duas vezes e meia mais do que o sinistro historicamente mais importante, o ciclone Andrew, na Flórida, com custo próximo de 20 bilhões de dólares, em 1992. Nenhum roteiro poderia incluir um acontecimento assim. O custo das inundações alemãs, em 2002, se inscreve igualmente entre estes casos fora do comum”³¹. Pode-se dizer que, desde o dia 11 de setembro de 2001, o seguro entrou na era dos riscos extremos³².

As inundações que atingiram a Europa central e oriental em agosto de 2002 e que, em certos lugares, ultrapassaram níveis constatados há cento e cinquenta anos, relançaram o debate sobre os riscos de recrudescimento das catástrofes naturais. Os resseguradores adi-

³⁰ De acordo com as últimas estimativas, os sinistros assegurados oriundos do atentado alcançariam 32,5 bilhões de dólares.

³¹ “O seguro saída de crise”, Henri de Castries, *Risques*, nº 57, janeiro-março de 2004.

³² Hélène Intrator, “Análise das leis Kouchner e About”, *Risques*, nº 57, janeiro-março de 2004.

antam que os custos dos danos assegurados, provocados por catástrofes naturais, aumentaram sensivelmente, numa progressão que se explicaria pelo aumento do número de catástrofes ligadas, provavelmente, ao aquecimento da camada inferior da atmosfera terrestre, no decorrer dos cem últimos anos, devido em grande parte, provavelmente, à atividade humana³³, mas também a uma densidade demográfica crescente, ao uso de materiais e tecnologias modernas, apresentando fragilidade e uma tendência maior ao seguro em zonas de riscos. A globalização dos fenômenos, a velocidade de difusão (síndrome respiratória aguda severa) e os efeitos sobre o funcionamento da sociedade participam da mudança de escala. Os atentados de 11 de setembro, além dos danos humanos e materiais diretamente causados, desencadearam efeitos em cadeia sobre o tráfego aéreo, paralisado, e sobre o funcionamento das estruturas estatais. A produção de massa e seu consumo que a acompanha aumentam o impacto dos riscos emergentes. Os setores da indústria farmacêutica e química, a indústria agroalimentar, como também o setor médico e a indústria eletrônica³⁴ são, particularmente, expostos.

Aparecem riscos que podemos descrever como sendo novos, igualmente relativos a mudanças de teto, que são conseqüências do desenvolvimento das ciências e das técnicas: como OGMs (organismos geneticamente modificados) que quebram a barreira da intangibilidade do código genético e que, em razão das interações ecológicas, podem ser portadores de riscos novos. Com os progressos da medicina e as técnicas de investigação cada vez mais sofisticadas, as chances de cura aumentam. Todavia, de forma paradoxal, estes progressos são geradores de riscos de acidentes terapêuticos e de erros de diagnóstico. Um aumento da expectativa de vida acentua os riscos de questionamento

³³ Cf. sobre estes pontos: Catástrofes naturais e resseguros, Swiss Re, abril de 2003.

³⁴ Ver sobre este ponto: Os riscos emergentes, Swiss Re, 2003.

da responsabilidade médica. Se os atos médicos são hoje mais seguros o acidente, quando ocorre, pode ser uma fonte de prejuízos mais sérios do que antes.

Os riscos são, sensivelmente, mais difusos em suas causas como em seus efeitos. O responsável pelo dano é, por sua vez, mais difícil de individualizar, em razão da multiplicidade das cadeias de produção tanto quanto de decisão. Somos confrontados com riscos que resultam em seqüências complexas de fatores cujas causas são dificilmente identificadas. Na área da medicina, existe uma enorme margem de incerteza quanto aos prejuízos suscetíveis de serem sofridos e quanto às condições em torno dos fatores geradores de danos.

Alguns riscos não podem ser apreendidos pelas ferramentas estatísticas clássicas do seguro. Trata-se do risco terrorista, para o qual, em particular, não é possível basear-se no estudo das séries históricas, como ocorre em outras catástrofes. De um lado, porque estas séries são recentes demais para serem exploradas. De outro, mesmo supondo que os seguradores dispõem de séries históricas, nada indica que o nível de risco futuro apresente a mesma periodicidade ou o mesmo nível do que pôde ser observado nos períodos anteriores. Assim, a ocorrência do risco terrorista não pode ser analisada por meio de ferramentas tradicionais, o que constitui uma característica maior deste risco.

Aos riscos comprovados acrescentam-se os riscos virtuais. Trata-se, particularmente, do caso do risco-desenvolvimento. Às vezes, é somente graças a conhecimentos científicos adquiridos *a posteriori* que os danos causados aparecem; daí um eventual efeito retardado em termos de responsabilidade. Tratando-se dos riscos no campo médico, dos danos feitos ao meio ambiente e, mais amplamente, dos riscos tecnológicos, seus efeitos retardados são temidos. Os riscos que representam para o homem os campos eletromagnéticos (cabos, telefones celulares,...) são objeto de debate.

A dificuldade do seguro aumenta quando gostaríamos de estar segurados contra todas as eventualidades. Os seguradores selecionam os riscos pelos quais se responsabilizam e brincam com as leis da estatística. As catástrofes naturais, os riscos seriais e de massa, a defasagem no tempo dos efeitos nocivos de certas atividades ou de produtos ou materiais tornam mais complexo seu envolvimento.

2. A evolução da percepção dos riscos

Como o risco é inerente à atividade humana e o tratamento jurídico do risco não é uma novidade, como mostra, por exemplo, uma legislação já ultrapassada sobre as instalações perigosas, a noção de risco aceitável mudou quando, na vida cotidiana, a segurança é freqüentemente maior do que antes. O sentimento pelo qual qualquer dano deve ser imputado a uma pessoa, privada ou pública, e deve dar direito a uma indenização, generaliza-se. As associações de vítimas agrupam-nas, aconselham-nas e facilitam a ação contenciosa, desempenhando um papel importante nesta evolução.

A indenização é procurada cada vez mais em hipóteses em que nenhuma responsabilidade pode ser levantada, nem a cargo dos particulares e nem a cargo do poder público.

Podemos ver, por parte do legislador, “a vontade evidente de aderir cada vez mais à fórmula do risco social, exclusivo do sacrifício pesado demais, imposto ao indivíduo no interesse de todos, sem lhe dar um direito compensador”³⁵. O legislador busca preservar os interesses dos usuários e dos consumidores. A expressão risco social aparece, ao que tudo indica, pela primeira vez, no texto da lei de 16 de

³⁵ Rivet, conclusões sobre CE, 30 de novembro de 1923, Couitéas, RDP 1924, p. 75, nota Jéze.

abril de 1914, relativa aos danos oriundos das manifestações de violência cometidas por agrupamentos de pessoas nos municípios, modificando o artigo 106, da lei municipal³⁶. Para Rivet, estas palavras apenas rejuvenesciam a velha fórmula do artigo 13, da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789: “para a manutenção da força pública e para os gastos da administração, uma contribuição comum é indispensável: deve ser também dividida entre os cidadãos, em função de suas faculdades”.

Em lugar de resignar-se ou implorar aos deuses, os homens, num país como o nosso, preferem dirigir-se às autoridades”³⁷. A opinião pública demonstra uma grande sensibilidade no tocante a riscos, outrora dissimulados, pelos quais se volta para o Estado cobrando-lhe o fato de não ter sabido detectá-los, como a encefalopatia espongiforme bovina (ESB). Esta sensibilidade é menor quanto aos riscos conhecidos, como o fumo, melhor assumidos quando o número de vítimas pode não ter nenhuma comparação com aquele de riscos menos familiares. Além disso, o risco é percebido como mais aceitável quando é livremente tentado: é o caso do fumo para o fumante. É menos aceitável quando é sofrido; é o caso do tabagismo passivo.

A percepção do risco é acentuada pela mediatização das grandes catástrofes (Seveso, Tchernobyl, AZF...) e pelo temor, diante da aceleração do progresso científico e técnico, das ameaças para a saúde e para o meio ambiente em particular, que gera a atividade humana. As catástrofes naturais e os agentes infecciosos causaram muito mais vítimas e danos que o conjunto das catástrofes tecnológicas. O número de vítimas dos recentes terremotos na Ásia do Sul e do Su-

³⁶ Idem.

³⁷ « Le dommage et le préjudice », J. - M. Pontier, op. cit.

deste é uma prova disto. Entretanto, o temor relativo aos riscos tecnológicos, hoje, é particularmente importante³⁸.

A percepção do risco é ligada à informação disponível. Pode aumentar com o acesso à informação. O impacto dos casos de ESB ou de SRAS, fortemente mediatizados, é um exemplo disto. A ausência de compreensão e de domínio das fontes do risco pode suscitar medos exagerados em relação à realidade do risco. Inversamente, ignorância e informações contraditórias podem levar a uma atitude de indiferença, perigosa também; é o caso dos danos sofridos pela camada de ozônio³⁹. Igualmente, uma falta de informação incita a minimizar os riscos (caso das áreas inundáveis).

O temor diante dos riscos se manifesta igualmente nas numerosas observações que figuram nos registros dos inquéritos públicos de toda natureza. As oportunidades nas quais os riscos são evocados, examinados e denunciados, se multiplicaram com os textos, criando instâncias de perícia ou prescrevendo consultas ou concertações. O desenvolvimento dos procedimentos de informação e de coleta das opiniões e as consequências de seu não-respeito ou de sua irregularidade contribuem para caracterizar riscos, definir tetos, até mesmo deslocar as fronteiras da responsabilidade.

3. A evolução da noção de prejuízo

A idéia de socorro evoluiu, no tempo, para a idéia de indenização. Mas as vítimas buscam, além de uma indenização, uma reparação. Assiste-se a uma maior reflexão da pessoa no contencioso

³⁸ Cf. Relatório Primeiro Ministro, Le principe de précaution, P. Kourilsky, G. Viney, Éditions Odile Jacob, La Documentation française, janeiro de 2000.

³⁹ J. - M. Pontier, «La puissance publique et la prévention des risques», AJDA, n° 33, 6 de outubro de 2003, p. 1752.

da responsabilidade, seja em matéria de reparação dos prejuízos corporais ou de distúrbios nas condições de existência. A evolução caminha no sentido de uma aceitação cada vez mais ampla dos prejuízos indenizáveis, prejuízo material, corporal, estético, dor física e moral, até a perda de sorte. Assim, o erro cometido pelos médicos de um hospital que omitem ao paciente informações sobre os riscos de falecimento ou de deficiência por causa de um ato médico leva o paciente à perda de uma oportunidade de evitar o risco que se concretizou. A reparação do dano resultante desta perda deve ser fixada numa fração dos diferentes tipos de prejuízos, levando em consideração a aproximação entre, por um lado, os riscos inerentes ao ato médico e, por outro, os riscos possíveis no caso de renunciar a este ato⁴⁰.

O Código da Saúde Pública começa pela afirmação do direito fundamental à proteção da saúde que deve ser implementado por todos os meios disponíveis em benefício da pessoa⁴¹. No campo médico, o imprevisto é cada vez menos tolerado. O sentimento de se ter praticamente um direito à cura, alimentado pelos progressos da medicina, prevalece quando o risco de acidentes terapêuticos pode ser aumentado pelos próprios progressos⁴²: daí o aparecimento de um “movimento de vitimização” levantado no relatório do Conselho de Estado de 1998, que levaria ao que foi denominado “uma sociedade de reparação generalizada”. Qualquer dano percebido como sendo inaceitável deveria ser reparado.

As categorias de pessoas que podem pretender indenização ou reparação se estendem: é o caso dos prejuízos sofridos pelos

⁴⁰ CE, Secção, 5 de janeiro de 2000, Consorts T., col. p. 5; CE, Ass., 19 de maio de 2004, Caisse régionale d'assurance maladie d'Ile-de-France e Caisse primaire d'assurance maladie du Val-de-Marne v/ M. Truskowski.

⁴¹ Artigo L. 1110-1, do Código da Saúde Pública, oriundo da Lei n° 2002-303, de 4 de março de 2002.

⁴² Dominique Philipp, « De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques », RDP, n° 2, 1999.

próximos⁴³. A jurisprudência tradicional da jurisdição administrativa, que declarava que o fundamento do direito à indenização era a obrigação elementar da responsabilidade da vítima, evoluiu a favor da noção de distúrbios nas condições de existência que o desaparecimento da vítima desencadeia no solicitante, se a situação que foi prejudicada era juridicamente protegida⁴⁴. Os colaterais podem, doravante, reivindicar um prejuízo, quase sempre moral⁴⁵.

Outra evolução: os prejuízos causados por pessoas públicas a outras pessoas públicas podem levar a uma indenização (cf. infra).

C – A evolução geral dos regimes de responsabilidade

I. Um lugar crescente para a responsabilidade sem culpa

Quando, antes de tudo, se procura a indenização da vítima, previamente à culpabilidade do responsável, o direito “tende a economizar da culpa e da causa para tornar possível uma indenização fundada unicamente sobre o prejuízo”⁴⁶. Das três condições classicamente exigidas, para que haja um envolvimento da responsabilidade, dano, culpa, ligação de causalidade entre as duas, as duas últimas passam para pano de fundo. Foi assim que pudemos ver na lei de 1898 a “passagem de uma gestão individual da culpa a uma gestão socializada do risco”⁴⁷.

⁴³ Ver, sobre estas questões, J. - M. Pontier, « Le dommage et le préjudice », Atos do seminário de 11 e 12 de maio de 2001, Os colóquios do Senado, 2003, p. 117.

⁴⁴ Cf. Odent, Contencioso administrativo, p. 1534; CE, Ass., 28 de julho de 1951, Berenger, col. p. 473, concl. Agid.

⁴⁵ CE, 27 de outubro de 2000, Centro Hospitalar de Seclin, col. p. 478.

⁴⁶ Laurence Engel, «Vers une nouvelle approche de la responsabilité: le droit français face à la dérive américaine», Esprit, junho 1993.

⁴⁷ Idem.

A indenização dos danos torna-se, tanto para a responsabilidade privada quanto para a responsabilidade pública, o objetivo principal.

Assiste-se a uma convergência da evolução dos sistemas de responsabilidade pública e privada, tratando-se da interpretação dada às disposições dos artigos 1384 e seguintes, do Código Civil, da evolução jurisprudencial do regime de responsabilidade do poder público ou dos regimes legislativos de pleno direito.

Lembrando que a filosofia da responsabilidade sem culpa das pessoas públicas, que é da responsabilidade da jurisprudência a partir de 1919, repousa sobre um fundamento diferente daquele da responsabilidade das pessoas privadas, nota-se que a noção de responsabilidade sem culpa “não é específica do direito público: a jurisprudência construída pela Corte de Cassação a partir dos artigos 1384 e seguintes, do Código Civil, em matéria de responsabilidade em razão daquilo que se tem a guarda ou das pessoas pelas quais se é responsável (crianças, representantes), está fundada numa presunção de responsabilidade do guardião da coisa, do pai das crianças ou do empregador”⁴⁸. Assim, para que a responsabilidade de direito pleno do pai e da mãe, exercendo a autoridade parental sobre um menor morando com eles, possa ser buscada, basta que o dano invocado pela vítima tenha sido diretamente causado pelo fato, até mesmo sem culpa, do menor. Unicamente a força maior ou a culpa da vítima podem exonerar os pais desta responsabilidade⁴⁹.

2. O fenômeno da socialização dos riscos

⁴⁸ Lição 17, «La responsabilité sans faute», Lições de Direito Administrativo, Hachette, 1989.

⁴⁹ Cf. por exemplo Cass., Ass. plen., 13 de dezembro de 2002, sobre a responsabilidade de pleno direito dos pais relativamente a seu filho menor, Dalloz, 2003, n° 4, p. 231, nota P. Jourdain.

O fenômeno da socialização dos riscos se explica, principalmente, pelo desenvolvimento legislativo da noção de solidariedade nacional no direito público da responsabilidade. Este desenvolvimento levou a imputar ao Estado a reparação de danos que nenhuma pessoa pública causou, mas que estão ligados ao exercício de uma competência pública. A exigência de solidariedade nacional se manifestou, em particular, com a emergência de um princípio de reparação, por parte do Estado, dos danos causados durante revoltas⁵⁰ ou a reparação dos danos causados durante guerras ou conflitos coloniais⁵¹.

A consagração constitucional desta solidariedade veio em 1946, com o décimo segundo item do preâmbulo da Constituição, de 27 de outubro de 1946. Esta proclamação vem somar-se às disposições do décimo item que prevê que a nação garante ao indivíduo e à família as condições necessárias a seu desenvolvimento, e àquela do décimo segundo com a qual ela garante a todos a proteção da saúde, a segurança material, o descanso e o lazer.

A solidariedade assumiu, num primeiro momento, a forma de ajudas pontuais e excepcionais atendendo a forte emoção suscitada por uma catástrofe, parecendo ainda com socorro, como, por exemplo, a lei de ajuda aos sinistrados da catástrofe de Malpasset, em 1959. Todavia, as ajudas apareceram, rapidamente, marcadas por certo caráter aleatório.

Daí o desenvolvimento de um sistema misto de solidariedade e de seguro. O lugar do sistema fundado sobre o seguro, em vez de diminuir, aumentou, sem que seja exclusivo de certo papel do poder público, tendo como exemplo a Lei nº 82-600, de 13 de julho de 1982, relativa à indenização das vítimas de catástrofes naturais. A tendên-

⁵⁰ Cf. *infra*.

⁵¹ Leis de 17 de abril de 1919 sobre os danos de guerra, de 31 de março de 1919 e de 24 de junho de 1919 sobre as pensões militares e civis.

cia é aquela da ampliação do seguro para os indivíduos, mas também para as comunidades privadas ou públicas⁵². Uma circular interministerial, de 26 de outubro de 1984⁵³, incentiva os municípios a se assegurarem contra os riscos ligados ao exercício das competências que lhes são transferidas⁵⁴ pelas leis de descentralização de 1983.

A noção de culpa, entretanto, evoluiu com a presunção da culpa que leva à reversão da ônus da prova; com uma aceitação, às vezes muito ampla, da culpa; com a tomada em consideração, além da causalidade, da noção de implicação, como faz a lei de 5 de julho de 1985 para os acidentes da estrada⁵⁵; para enfim chegar aos casos de presunção irrefragável de responsabilidade, em que a exigência de culpa desaparece.

A esses diferentes elementos se somam a afirmação do princípio e suas eventuais consequências sobre a responsabilidade do poder público, quer se trate da responsabilidade por risco ou responsabilidade culposa⁵⁶.

3. A manutenção da responsabilidade por culpa

A socialização dos riscos, e, sobretudo, a ampliação da res-

⁵² J. - M. Pontier, « Le législateur, l'assureur et la victime », RFDA, 2 (1) janeiro-fevereiro de 1986.

⁵³ Circular nº 84-877, de 26 de outubro de 1984, do Ministério do Interior e da Descentralização, do Ministério da Economia, das Finanças e do Orçamento e do Ministério do Urbanismo, da Habitação e dos Transportes.

⁵⁴ Leis nº 83-8, de 7 de janeiro de 1983, e nº 83-663, de 22 de julho de 1983, relativas à repartição de competências entre os municípios, os departamentos, as regiões e o Estado.

⁵⁵ Lei nº 85-677, de 5 de julho de 1985, para a melhoria da situação das vítimas de acidentes rodoviários e a aceleração dos procedimentos de indenização; artigo 7: “[...] danos sofridos por terceiros resultando de infrações a pessoas ou bens na realização das quais um veículo terrestre a motor, assim como seus reboques ou semi-reboques estão implicados”.

⁵⁶ Cf. infra.

ponsabilidade sem culpa não farão desaparecer a responsabilidade por culpa. Evidentemente, podemos, numa análise extrema, considerar que a ampliação da noção de responsabilidade supondo um autor, uma vítima e um dano mensurável durante um período limitado, torna-se problemática quando os danos são múltiplos, numerosos os atores e o risco de massa se desenvolve. Mas a tendência em pedir uma reparação é acompanhada pela necessidade de encontrar um responsável. Assiste-se até a um aumento da busca de uma responsabilidade penal. O envolvimento da responsabilidade penal dos decisores públicos⁵⁷, fenômeno dificilmente delimitado em sua amplitude, permanece marginal em relação ao número de agentes públicos. No entanto, a multiplicação das incriminações por parte da lei, o envolvimento cada vez mais freqüente de comportamentos que estariam ligados à violação de uma obrigação de segurança ou de prudência e o eco, nas mídias, de alguns casos conjugam-se com a vontade das vítimas em obter, além da reparação financeira do prejuízo, a identificação dos responsáveis e sua condenação. A preocupação dos eleitos se manifestou: “A extensão sem limites da responsabilidade dos decisores públicos e do campo dos delitos não-intencionais, apesar de ligada, em parte, ao fortalecimento do Estado de Direito em nosso país, é excessiva e, por isso, não é normal que, quando uma arquibancada desaba, um rio transborda, um suporte de rede de basquete caia, a decoração de um monumento aos mortos despenca, uma falésia se torne perigosa ou uma luminária esteja com defeito, o prefeito, o chefe da segurança do Departamento, o professor primário, o diretor de colégio ou o funcionário público territorial sejam autuados como criminosos e, às vezes, condenados

⁵⁷ Cf. nestes pontos: La responsabilité pénale des agents publics en cas d’infractions non intentionnelles, coll. «Les études du Conseil d’État», La Documentation française, 1996; Relatório ao Ministro da Justiça do grupo de estudo sobre a responsabilidade penal dos decisores públicos, 16 de dezembro de 1999.

por homicídio ou ferimentos involuntários”⁵⁸. Estas preocupações e a dos poderes públicos incentivaram um enquadramento legislativo mais estrito da obrigação de prudência ou de segurança prevista pelos textos⁵⁹.

Entretanto, a culpa no direito comum da responsabilidade não está em fase de desaparecimento e esta tendência, como veremos, não é específica da França. Uma recente jurisprudência do Conselho de Estado escolheu a responsabilidade culposa do Estado por carência na prevenção dos riscos ligados à exposição dos trabalhadores à poeira de amianto⁶⁰ (cf. *infra*). A Corte de Cassação considerou que um acidente de trabalho devido a um erro indesculpável do empregador, devendo manter “uma obrigação de segurança de resultado”⁶¹, envolvia sua responsabilidade. Enquanto o grande compromisso social do fim do século XIX era baseado na eliminação da noção de culpa, esta última, com suas potencialidades de reparação aumentada e até integral, é cada vez mais invocada e admitida.

A presença de uma responsabilidade contratual, no caso dos produtos defeituosos, por exemplo, ou delitual (poluição, risco tecnológico, ...) e a demanda crescente de reparação dos danos individuais podem provocar o questionamento do crescimento da responsabilidade sem culpa. No setor público, o recuo da exigência da culpa grave para que seja envolvida a responsabilidade da administração é que resulta numa “certa banalização da culpa do serviço público”⁶².

⁵⁸ Relatório de René Dosière, deputado, Assemblée Nacional, 29 de junho de 2000.

⁵⁹ Artigo 121-3, do Código Penal, oriundo da Lei nº 2000-647, de 10 de julho de 2000.

⁶⁰ CE, Ass., 3 de março de 2004, *Ministro do Emprego e da Solidariedade v/ Consorts X*, concl. E. Prada Bordenave, RFDA, mai-juin 2004, p. 612.

⁶¹ Cass. soc., 31 de outubro de 2002, nº 00-18359, Bull 2002, V, nº 336, p. 324.

⁶² «Existe-t-il une responsabilité de droit commun ?» M. Paillet, Atos do colóquio de 11 e 12 de maio de 2001, Os colóquios do Senado, 2003.

De qualquer forma, quando sistemas de indenização permitem a indenização da vítima antes mesmo que o responsável pelo dano seja identificado, o princípio prevalece, na maioria das vezes, quando ações regressivas são possíveis na sequência, baseadas no fundamento da responsabilidade culposa.

4. Legislador e juiz: concorrência e complementaridade

No decorrer do século XX, regimes legislativos especiais de indenização multiplicam-se para atender os imperativos de rapidez das indenizações ou organizar a reparação ou, na falta de poder, atribuir certos riscos a uma causa ou a uma pessoa determinada, ou ainda, porque a responsabilidade do Estado está envolvida.

A lei de 16 de abril de 1914 sobre a reparação dos danos causados por revoltas, consagra a responsabilidade do Estado ao lado da do município. Leis foram feitas sobre a reparação dos danos de guerra e dos conflitos coloniais. No campo das catástrofes naturais, além das garantias contratuais para os danos considerados como asseguráveis (tempestade, granizo, geada...), vários regimes, de uma forma complementar, permitem a indenização dos danos, a saber: fundo nacional de garantia das calamidades naturais⁶³; lei de 13 de julho de 1982, relativa à indenização das vítimas de catástrofes naturais⁶⁴. Outro exemplo, nos termos da lei de 1º de julho de 1964 sobre os danos resultantes das vacinações obrigatórias, a reparação de um dano diretamente ligado a uma vacinação obrigatória é assumida pelo Estado. Da mesma forma, a indenização das vítimas de atos de terrorismo está prevista em lei⁶⁵.

⁶³ Lei nº 64-706, de 10 de julho de 1964, organização regime de garantia contra as calamidades agrícolas.

⁶⁴ Lei nº 82-600, de 13 de julho de 1982, relativa à indenização das vítimas de catástrofes naturais.

⁶⁵ Lei nº 86-1020, de 9 de setembro de 1986, relativa à luta contra o terrorismo e à proteção da segurança do Estado e Lei nº 90-589, de 6 de julho de 1990, modificando o Código Penal e o Código dos Seguros, e relativa às vítimas de infrações.

Leis recentes apareceram no campo da responsabilidade médica⁶⁶

A jurisprudência também desempenhou um papel importante na consagração de direitos à reparação. A indenização, pela administração, dos acidentes em serviço sofridos pelos agentes públicos é um exemplo, pela interpretação da lei e a evolução jurisprudencial que ela provocou. Foi a jurisprudência que, em 1905, elaborou a regra do *forfait* de pensão: por meio de um parecer de 1º de julho de 1905, o Conselho de Estado estimou que as disposições legislativas que prevêm a atribuição de pensões por invalidez a agentes públicos, deviam ser interpretadas como dando a esta pensão um caráter *forfetaire*, sendo esta uma solução confirmada no contencioso algum tempo depois. Recentemente, o juiz administrativo fez evoluir este regime admitindo uma indenização indo além do simples *forfait*^{67 68}.

O princípio de reparação, consagrado pela jurisprudência, pode preceder, às vezes, a ação legislativa que retoma ou freia as evoluções deste, ou seja, o parecer Cames e o parecer Tefaine foram os precursores da lei de 1898 sobre os acidentes de trabalho; a lei de 4 de março de 2002, relativa aos direitos dos doentes e à qualidade do sistema de saúde, e aquela de 30 de dezembro de 2002, relativa à responsabilidade civil médica, devem muito à evolução jurisprudencial que as precedeu.

⁶⁶ Lei nº 2002-303, de 4 de março de 2002, relativa aos direitos dos doentes e a qualidade do sistema de saúde, JORF de 5 de março de 2002; Lei nº 2002-1577, de 30 de dezembro de 2002, relativa à responsabilidade médica, JORF de 31 de dezembro de 2002; Lei nº 2004-806, de 9 de agosto de 2004, relativa à política de saúde pública.

⁶⁷ CE, Seção, 15 de dezembro de 2000, Sra B., col. p. 628; Ass., 4 de janeiro de 2003, Sra M. - C., col. p. 323.

⁶⁸ Cf. infra.

Entretanto, a jurisprudência tem limites, isto é, na ausência de intervenção por parte do legislador, não se poderia basear a indenização das vítimas sobre o princípio da solidariedade. Nos termos de uma jurisprudência constante do Conselho de Estado⁶⁹, “o princípio colocado, na ausência de qualquer disposição legislativa garantindo sua aplicação, não poderia servir como base de uma ação contenciosa de indenização”. Portanto, cabe ao legislador intervir para precisar os casos nos quais esta solidariedade pode atuar. Foi o que fez, como vimos, várias vezes.

Permanece que a fronteira entre o que pode ser da responsabilidade do juiz (ruptura da igualdade entre os encargos públicos) e o que deve ser da responsabilidade do legislador (solidariedade nacional) nem sempre é facilmente determinável. Trata-se de uma diferença de grau ou de uma diferença de natureza?

Assim, quando o juiz decide a indenização, na base do princípio de igualdade diante dos encargos públicos e sob reserva de que o dano sofrido tenha um caráter anormal e especial do prejuízo sofrido por um farmacêutico e resultando na cessação de sua atividade após uma decisão, por parte de um órgão público de HLM (habitações populares), do fechamento de dez torres residenciais localizadas nas redondezas anormal e especial – por exemplo: do prejuízo sofrido por um farmacêutico (CE, Sect., 31 de março de 1995, Lavaud), ele condena o autor do dano, quando se percebe muito bem que, na realidade, tal caso relevaria mais da solidariedade nacional do que de um encargo prejudicando o patrimônio de um estabelecimento.

O juiz administrativo tem a responsabilidade de restabelecer o equilíbrio, a igualdade diante dos encargos públicos, quando é rompida, mas unicamente o legislador pode definir novos tipos de equilíbrios so-

⁶⁹ CE, 10 de dezembro de 1962, *Sté indochinoise de constructions électriques et mécaniques*, col. p. 676; 29 de novembro de 1968, *Sieur Tallagrand*, col. p. 607.

bre riscos precisos e definidos, respeitando ao mesmo tempo a igualdade diante dos encargos públicos. O juiz não pode substituir a ação do legislador. No âmbito dos casos contenciosos sobre a eventualidade terapêutica, ele foi tão longe quanto possível, no limite da ruptura da igualdade diante dos encargos públicos, com a admissão da reparação da eventualidade médica nos casos excepcionais, e da solidariedade nacional, a favor do paciente usuário. No entanto, a responsabilidade é do legislador quanto a impor uma orientação geral e definir o quadro e os objetivos da solidariedade, o que fez com a lei de 4 de março de 2002.

Legislador e juiz intervêm também para excluir a indenização ou a reparação de certos prejuízos

Existem recusas de indenização explicitamente previstas pela lei, a saber: o artigo L. 160-5, do Código do Urbanismo exclui a indenização das obrigações legais de urbanismo, salvo exceções muito circunscritas, das quais o Estado fez uma interpretação construtiva, tendo em vista a garantia de sua compatibilidade com o artigo 1º, do Primeiro Protocolo Adicional à Convenção Européia de Preservação dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁷⁰. A indenização é, todavia, freqüentemente afastada de forma implícita e resulta de uma interpretação jurisprudencial dos textos. O juiz considera, por exemplo, que a recusa de inscrever um adulto numa escola de música, simples faculdade permitida ao diretor da escola, não pode dar direito a uma indenização⁷¹. Medidas relativas ao trânsito em geral também resultam em reparação, como nas conseqüências sofri-

⁷⁰ CE, Seção, 3 de julho de 1998, Bitouzet, col. p. 28; ver também sobre a indenização das obrigações instituídas por um plano de prevenção dos riscos: CE, Seção, 24 de dezembro de 2004, Sté d'aménagement des coteaux de Saint-Blaine.

⁷¹ CE, 27 de março de 1987, Ville de Tarbes v/ Sra. di Costanzo, col. p. 111.

das na exploração de um comércio por causa de um desvio provisório do trânsito⁷². Da mesma forma, a diminuição da atividade da sociedade dos barcos da Costa Esmeralda que tinha perdido 80 % de sua arrecadação, por causa da abertura da estrada nacional ligando Dinard a Saint-Malo, usando a barragem construída sobre o rio Rance, não resultou numa indenização⁷³. A abertura da estrada foi considerada uma eventualidade normal. O comissário do governo afirmava: “Nós não vemos neste caso, uma ruptura de igualdade diante dos encargos públicos, após um ato de poder público, mas, simplesmente, uma consequência econômica da modernização do equipamento do país”⁷⁴.

⁷² CE, Seção, 26 de maio de 1965, Ministro das Obras Públicas, dos Transportes e do Turismo v/ ÉpouxTebaldini, col. p. 304.

⁷³ CE, Seção, 2 de junho de 1972, Société des Bateaux de la Côte d'Émeraude, dite “Les vedettes blanches”, col. p. 414, concl. Rougevin-Baville.

⁷⁴ Ao contrário, tem direito à indenização um restaurante de beira de estrada que perde a maior parte de sua clientela por causa da construção de um desvio e da proibição dos caminhões pegarem a estrada normal (CE, 13 de maio de 1987, Aldebert, col. tab. p. 623) e a solução teria sido a mesma se uma obra pública tivesse proibido ou tivesse incomodado materialmente o acesso ao restaurante. Ver nestes pontos lições 17 e 18, «La responsabilité sans faute», já citadas.

Segunda parte

Vias e meios da socialização do risco

Na evolução constatada em relação a uma socialização maior do risco, o poder público, muitas vezes, tem um papel motor. Se bem que temos de distinguir, dependendo se ela é ator e, portanto, diretamente responsável, ou se preocupa com riscos oriundos de atividades nas quais não atua, mas que não podem ser ignoradas.

A – Os riscos gerados pela atividade dos poderes públicos e das comunidades públicas

A noção de culpa consagrada pelo direito civil parecia ser pouco conciliável com os atos do poder público, que não podia ser comparado a um simples particular. Na ausência de outra solução, o princípio de não-aplicação das regras do direito civil resultava na irresponsabilidade da administração⁷⁵. Todavia, após ter durante muito tempo afirmado este princípio de irresponsabilidade do poder público, o juiz admitiu um direito à reparação. Os princípios do Código Civil, aplicáveis entre particulares, são afastados em proveito de um direito próprio da responsabilidade administrativa. A jurisprudência desempenhou um papel fundamental para elaborar o direito da responsabilidade pública, que coabita com regimes legislativos especiais e dá um lugar crescente à responsabilidade sem culpa. A

⁷⁵ TC, 8 de agosto de 1944, Dupart, S. 1845, 2, p. 58; CE, 6 de dezembro de 1855, Rotschild, col. p. 705.

importância das fontes jurisprudenciais do direito da responsabilidade administrativa é evidente. É o parecer do Tribunal dos Conflitos Blanco que consagra a existência de um regime de responsabilidade administrativa autônomo. É a jurisprudência que faz a distinção entre culpa pessoal e culpa de serviço, não separável do cumprimento deste⁷⁶. Foi ela que permitiu, de uma forma pretoriana, o desenvolvimento da responsabilidade sem culpa do poder público, a partir do parecer Cames⁷⁷. Foi ela, também, que consagrou o valor legislativo das regras que elaborou no campo da responsabilidade do poder público⁷⁸.

I. O direito comum da responsabilidade pública permanece baseado na culpa

O direito comum permanece baseado na culpa, mas assiste-se a um declínio da exigência, antes freqüente, para que seja constatada uma culpa importante. O jogo da gradação das culpas e da concepção mais ou menos ampla da noção de culpa participa desta responsabilização coletiva dos riscos.

Em suas conclusões sobre a decisão Le Berre, de 29 de maio de 1903⁷⁹, o comissário do governo Tessier analisava, assim, a noção de culpa por parte do serviço público: “A tendência primitiva da juris-

⁷⁶ TC, 30 de julho de 1873, Pelletier, col. 1^o suppl., p. 117, concl. David, D. 1874 III, p. 5.

⁷⁷ CE, 21 de junho de 1895, Cames, col. p. 509, concl. Romieu, pré-citado.

⁷⁸ CE, 27 de novembro de 1985, Caisse de coordination aux assurances sociales de la RATP: “que segundo os princípios aplicáveis na matéria e na falta de disposições legislativas permitindo a derrogação, a responsabilidade do Estado somente pode ser envolvida, em caso de um acidente de um aluno, se uma culpa pode ser cobrada do Estado...”, col. tab. p. 647.

⁷⁹ CE, 29 de maio de 1903, Le Berre, col. p. 415.

prudência foi, isto é incontestável, nitidamente orientada no sentido da não-responsabilidade absoluta da administração. Era a doutrina dos juristas da antiga monarquia que se remetia, em última análise, a uma presunção de infalibilidade do poder público, uma presunção que se acomodava muito à teoria do direito divino... Doravante, afirma-se, claramente, a noção de responsabilidade da administração, por causa de um serviço mal feito, de um serviço defeituoso, sob qualquer forma que apareça o ato danoso”.

A culpa continua no coração do regime de responsabilidade do poder público junto aos administrados, seja para tirar as consequências da ação culposa por parte dos poderes públicos ou de sua carência culposa. Como foi visto, exemplos recentes vieram confirmá-lo, particularmente a respeito das carências do Estado na prevenção dos riscos ligados à exposição dos trabalhadores à poeira do amianto⁸⁰. Este lugar da culpa, no direito da responsabilidade pública, não tem nada de surpreendente. É justificado, exceto se deixar para a responsabilidade sem culpa um lugar excessivo que poderia resultar numa desresponsabilização, prejudicando a todos.

Da mesma maneira, a responsabilidade culposa de uma pessoa pública para com uma outra pessoa pública pode estar envolvida. Abandonando o projeto de ligação Saône-Reno, elemento do projeto Reno-Rôdano, o Estado cometeu um erro que envolve sua responsabilidade perante a região da Alsácia⁸¹. A responsabilidade do Estado perante um município foi reconhecida a respeito da reparação do direito fixo de patente de uma usina da EDF entre dois municípios⁸².

⁸⁰ CE, Ass., 3 de março de 2004, Ministro do Emprego e da Solidariedade v/ Consorts X.

⁸¹ CE, 15 de novembro de 2000, Município de Morschwiller-le-Bas, col. p. 1221.

⁸² CE, Seção, 7 de fevereiro 1986, Ministro do Orçamento v/ Município de Tallard, col. p. 36.

O lugar da culpa no regime da responsabilidade da pessoa pública pode ser ainda mais fortalecido quando a margem de apreciação deixada ao juiz na gradação da noção de culpa for maior. De acordo com a fórmula dos pareceres Rothschild e Blanco, a responsabilidade da administração “não é geral e nem absoluta”. “Cabe ao juiz determinar em cada espécie se há culpa caracterizada do serviço, permitindo envolver sua responsabilidade e levar em consideração, ao mesmo tempo, a natureza deste serviço, as eventualidades e as dificuldades que ele comporta, a parte de iniciativa e de liberdade de que ele precisa, paralelamente com a natureza dos direitos individuais interessados, de sua importância, do grau de incômodo que eles têm que suportar, a proteção mais ou menos importante que merecem e a gravidade do dano que eles sofrem”⁸³.

A esse respeito, o declínio da culpa grave permite menos críticas que afirmam que a responsabilidade culposa, por parte das pessoas públicas, dificilmente seria reconhecida.

Uma primeira fase, após 1918, é marcada pela extensão da culpa grave para as atividades cujo exercício é difícil, como os atos médicos, as operações policiais, as atividades dos serviços penitenciários, as atividades de tutela e de controle... O juiz administrativo mostrava-se mais ou menos aberto ao reconhecimento da responsabilidade do serviço, pois ele mantinha uma definição estrita do ato médico relativo à culpa grave, mas era severo para admitir tal responsabilidade, tratando-se do funcionamento dos serviços penitenciários. Depois há uma fase de recuo da culpa grave em numerosos setores, a saber: atos médicos, responsabilidade da administração penitenciária diante do suicídio de um detento, atividades dos serviços de luta contra in-

⁸³ Concl. Romieu (S. 1905 III, p. 113, nota Hauriou) no caso Tomaso-Greco (10 de fevereiro de 1905, col. p. 139).

cêndio ou de salvamento no mar, além de algumas atividades de controle, tratando-se notadamente da responsabilidade do Estado pelo controle dos centros de transfusão de sangue⁸⁴, do controle da inspeção do trabalho sobre o licenciamento dos assalariados protegidos⁸⁵, ou ainda, do controle pela ordem dos arquitetos quanto ao respeito dos membros à obrigação de seguro profissional⁸⁶. A passagem pôde ser feita diretamente de culpa grave para a responsabilidade sem culpa; foi o caso do uso das armas de fogo ou da responsabilidade hospitalar.

A evolução da responsabilidade decorrente de atividades policiais é particularmente nítida. Antes de 1905, o Conselho de Estado estimava que o Estado não era, como poder público, e, notadamente, quanto às medidas policiais, responsável pela negligência de seus agentes⁸⁷. Com o parecer Tomaso Grecco⁸⁸, o juiz não invoca mais a não-responsabilidade do Estado para as atividades policiais, a jurisprudência ulterior entendia, entretanto, que somente uma culpa grave pudesse envolver normalmente o poder público para a atividade dos serviços policiais⁸⁹. Depois, pudemos ver na jurisprudência uma distinção entre as operações materiais, de culpa grave⁹⁰, e as medidas jurídicas policiais, de culpa simples⁹¹. Contudo, esta distinção não é tão evidente hoje e, de uma maneira geral, no campo das atividades policiais, a exigência de uma culpa grave para a

⁸⁴ CE, Ass., 9 de abril de 1993, M. D., col. p. 110.

⁸⁵ CE, Seção, 9 de junho de 1955, Ministro dos Assuntos Sociais e do Emprego v/ Lesprit, col. p. 239.

⁸⁶ CE, Seção, 6 de dezembro de 1995, Bebida e outros, col. p. 430.

⁸⁷ CE, 13 de janeiro de 1899, Lepreux, col. p. 18.

⁸⁸ CE, 10 de fevereiro de 1905, Tomaso Grecco, col. p. 139, concl. Romieu.

⁸⁹ CE, 13 de março de 1925, Clef, concl. Rivet.

⁹⁰ Ver, por exemplo, CE, Ass., 12 de fevereiro de 1971, Rebatel, col. p. 123 ; CE, Set., 29 de abril de 1987, Consorts Yener.

⁹¹ CE, Ass., 13 de fevereiro de 1942, Cid. de Dôle, col.

implementação da responsabilidade do poder público depende das circunstâncias da espécie, podendo a responsabilidade sem culpa até ser reconhecida em certos casos.

Todavia, se a culpa recuou, não vai desaparecer. Ela continua em matéria fiscal quando a tarefa do serviço é difícil. Ela se aplica igualmente no exercício do controle de legalidade dos atos das comunidades descentralizadas, controle delicado e que, às vezes, dá lugar a contenciosos, nos quais a vítima (a comunidade territorial) vem cobrar do Estado o fato de não tê-la impedido de agir ilegalmente. A culpa grave permanece igualmente no tocante a certas atividades de controle: o Conselho de Estado julgou que a responsabilidade do Estado, por causa dos erros cometidos pela Comissão bancária, no exercício de sua missão de vigilância, somente é envolvida se houver culpa grave por parte dele. O Conselho de Estado, pelos erros cometidos pela Comissão bancária no exercício de sua missão de vigilância, “não substitui aquela destes estabelecimentos, notadamente perante seus depositantes”. O dano era causado pelo controlado, a responsabilidade do fiscal sendo somente subsidiária, não devia substituir a responsabilidade de um pela a do outro. Se admitir facilmente a responsabilidade do fiscal, o risco só existe singularmente quando o controlado é uma pessoa privada, a responsabilidade deste último é absorvida por aquela do Estado, cuja solvabilidade é garantida⁹². Todavia, a instituição de tal regime de responsabilidade do encargo da comunidade, se duvidosa, não diz respeito ao juiz. Além disso, esta

⁹² CE, Ass., 30 de novembro de 2001, Ministro da Economia, das Finanças e da Indústria v/ Casal Kechichian e outros, col. p. 587, Conclusões Seban, Petites Affiches, 7 de fevereiro de 2002, n° 28, p. 7; Mattias Guyomar e Pierre Collin, AJDA, 2002, Crônicas, p. 133. Ver também, tratando-se da Comissão de Controle dos Seguros, CE, 18 de fevereiro de 2002, Gupo Norbert Dentressangle, col. tab. p. 626.

solução, que podemos pensar que seja válida para o conjunto das autoridades independentes ditas de regulação, apresenta a vantagem de preservar a autonomia dos operadores econômicos, evitando os riscos de um controle excessivo.

Bem depois do que em outros campos, o juiz administrativo abandonou o princípio de irresponsabilidade do poder público por causa da atividade das jurisdições. A jurisprudência admitiu que uma culpa grave pudesse, no exercício desta atividade, envolver a responsabilidade do poder público (CE, Ass., 29 de dezembro de 1978, Darmont, col. p. 542). Recentemente, uma decisão considerou que a ultrapassagem do prazo razoável de julgamento pode dar direito à reparação da culpa simples no local (CE, Ass., 28 de junho de 2002, Ministro da Justiça v/ Magiera, col. p. 248). No entanto, como observava o comissário do governo no caso Sra. Popin (Sec., 27 de fevereiro de 2004), “prazo razoável não diz respeito ao conteúdo da decisão, mas simplesmente às condições em que ela acaba de ser tomada”. Além disso, a responsabilidade do Estado não pode ser envolvida na hipótese em que a culpa grave invocada resulta do conteúdo de uma decisão jurisdicional que se tornou definitiva. Colocase, neste ponto da jurisprudência francesa e daquela da CJCE, a questão da articulação (cf. supra). Por outro lado, a partir das consequências oriundas do fato que a justiça é feita de maneira indivisível em nome do Estado, o Conselho de Estado julgou que somente pertencia ao Estado o fato de reparar o prejuízo oriundo do exercício da função jurisdicional, inclusive quando a justiça foi feita por outra pessoa moral em vez dele⁹³.

O juiz judiciário, por sua vez, ligado à lei que responsabiliza o Estado para a reparação do dano causado pelo funcionamento defei-

⁹³ CE, Seção, 27 de fevereiro de 2004, Sra. Popin.

tuoso da justiça, decidiu, apesar do artigo L. 78 I, do Código da Organização Judicial que exige a culpa grave⁹⁴, pela flexibilização, amenizando a diferença entre culpa grave e culpa simples (Corte de cassação, 23 de fevereiro de 2001, Bolle-Laroche) e usou a noção de recusa de justiça para sancionar a demora dos processos (CA Paris, 10 de novembro de 1999)⁹⁵.

2. A ampliação da responsabilidade sem culpa

A responsabilidade das pessoas públicas pode, em certos casos, ser envolvida sem que haja uma culpa ou ilegalidade. A ampliação da responsabilidade sem culpa do poder público participa do movimento de socialização do risco e da evolução geral para uma responsabilidade ampliada das pessoas públicas.

2.1. Os fundamentos e o alcance da responsabilidade sem culpa

Se a noção de risco foi, muitas vezes, evocada como fundamento da responsabilidade sem culpa por parte do poder público, ela não abrange todas as hipóteses, pois “O fundamento da responsabilidade em direito público reside [...] na anormalidade da infração à legalidade diante de encargos públicos”⁹⁶.

⁹⁴ O artigo 149, do Código de Processo Penal, prevê, além disso, uma reparação de pleno direito no caso de detenção injustificada (cf. infra).

⁹⁵ Sobre estes pontos, cf. Jean Courtial, “A responsabilidade do fato da atividade das jurisdições da ordem administrativa: um direito sob influência européia”, AJDA, 1º de março de 2004, p. 423.

⁹⁶ Lição 17, “A responsabilidade sem culpa”, Lições de direito administrativo, Hachette, 1989.

A responsabilidade sem culpa permite restabelecer a igualdade diante dos encargos públicos quando esta é anormalmente rompida em detrimento de um único indivíduo ou de alguns: “Parece-me que o risco é, essencialmente, uma noção civilista e que é muito mais satisfatório explicar a responsabilidade sem culpa por uma noção tipicamente de direito administrativo: a ruptura da igualdade diante dos encargos públicos”⁹⁷.

A origem do reconhecimento de uma responsabilidade sem culpa do Estado é jurisprudencial. É o parecer Cames que a consagra a jurisprudência sobre os danos de obras públicas. Neste caso, o comissário do governo Romieu afirmava: “Nós estimamos que na ausência de um texto se opondo, a justiça quer que o Estado seja responsável perante o operário pelos perigos que ele está correndo por causa de sua colaboração com o serviço público... Em resumo, a solução que nós lhes propomos não se choca, de maneira alguma, com a lei escrita; ela nos parece, ao contrário, decorrer dos princípios gerais de nosso direito, ao mesmo tempo em que ela se encontra conforme as regras da equidade e da humanidade”.

Na linha do parecer Cames relativo a danos sofridos pelos colaboradores do serviço público, o Conselho de Estado construiu, de forma pretoriana, a partir do parecer Regnault-Desroziers⁹⁸, uma verdadeira teoria da responsabilidade sem culpa sobre as coisas e atividades perigosas. As hipóteses de responsabilidade sem culpa do poder público se multiplicaram: danos causados pelo uso de armas de fogo⁹⁹, métodos liberais de tratamento ou de reeducação dos

⁹⁷ Jean Waline, “A evolução da responsabilidade extracontratual das pessoas públicas”, EDCE, La Documentation française, 1994.

⁹⁸ CE, 28 de março de 1919, Regnault-Desroziers, col. p. 329.

⁹⁹ CE, Ass., 24 de junho de 1949, Lecomte, col. p. 307.

delinquentes¹⁰⁰, tentativas de saídas previstas para o tratamento psiquiátrico¹⁰¹, doenças contraídas durante o serviço¹⁰², danos provocados por mineiros colocados a título da assistência educativa¹⁰³.

Além disso, se o Conselho de Estado é, geralmente, reticente para admitir a responsabilidade sem culpa a favor dos usuários de um serviço público que, por suas atividades, coloca este usuário em situações perigosas (na hipótese, por exemplo, do espectador de fogos de artifício ou dos participantes de uma competição desportiva), ele já a admitiu - mas de forma muito marginal – no caso de danos causados pelo uso perigoso de uma obra pública e a admite em certos casos no campo médico.

Enquanto o usuário de uma obra pública não pode ser indenizado se não houver defeito de manutenção normal, a jurisprudência admitiu, a respeito da estrada do litoral da Reunião (Ilha), que poderia haver responsabilidade sem culpa perante os usuários no caso de acidente, em razão do caráter excepcionalmente perigoso da obra¹⁰⁴. Entretanto, alguns anos mais tarde, o Conselho de Estado julgou que esta estrada, que tinha sido objeto de obras de proteção, de uma sinalização própria para a prevenção dos riscos e de uma vigilância

¹⁰⁰ CE, Seção, 3 de fevereiro de 1956, Ministro da Justiça v/ Thouzellier, col. p. 49, a respeito do dano causado a um terceiro por um mineiro que tinha deixado clandestinamente o centro de reeducação onde ele estava.

¹⁰¹ CE, Seção, 13 de julho de 1967, Departamento de Moselle, col. p. 341.

¹⁰² CE, Ass., 6 de novembro de 1968, Ministro da Educação nacional v/ Dame Saulze, col. p. 550: “No caso de epidemia de rubéola, o fato de uma professora do ensino fundamental, grávida, ser exposta aos perigos da contaminação e oferecer para a criança que vai nascer, um risco especial e anormal, provocando danos graves à vítima, é permitido envolver, em proveito desta, a responsabilidade do Estado”.

¹⁰³ CE, Seção, 11 de fevereiro de 2005, GIE Axa Courtage, para ser publicado na coleção.

¹⁰⁴ CE, Ass., 6 de julho de 1973, Ministro do Equipamento e da Habitação v/ Dalleau, col. p. 482.

regular, não tinha mais o caráter de uma obra pública excepcionalmente perigosa¹⁰⁵. Não considerou também que a RN 204, nas gargantas de Saorge, em que o risco de queda de barreira é importante, constituía uma obra excepcionalmente perigosa. Estes riscos não eram mais elevados do que aqueles, ameaçando os usuários de numerosas estradas de montanha¹⁰⁶. No campo médico, a responsabilidade dos centros de transfusão de sangue, mesmo na ausência de culpa, foi declarada, justificando, assim, a indenização das consequências danosas do uso de produtos do sangue¹⁰⁷. Casos de responsabilidade sem culpa dos serviços públicos hospitalares nitidamente circunscritos foram reconhecidos¹⁰⁸ (cf. abaixo).

A responsabilidade sem culpa, pelo fato de decisões administrativas regulares, encontra igualmente matéria para uma aplicação: pela recusa em ajudar na execução de decisões judiciais quando estas poderiam perturbar seriamente a ordem pública¹⁰⁹, pela recusa do concurso da força pública em caso de perturbação da ordem pública¹¹⁰; pela recusa em acionar a autoridade judicial. Assim, a recusa da administração, como é autorizada, em dar uma seqüência judicial às infrações, à legislação e à regulamentação da autorização de construir, pode permitir a indenização no local da responsabilidade sem culpa¹¹¹. A abstenção da administração em usar seu poder de requisi-

¹⁰⁵ CE, 3 de novembro de 1982, Payet, col. p. 67; 11 de julho de 1983, Ministro dos Transportes v/ Kichenin, col. p. 898.

¹⁰⁶ CE, Seção, 5 de junho de 1992, Ministro do Equipamento, da Habitação, dos Transportes e do Mar v/ Époux Cala, col. p. 225.

¹⁰⁷ CE, Ass., 26 de maio de 1995, Consorts N'Guyen, col. p. 221.

¹⁰⁸ CE, Ass., 9 de abril de 1993, Bianchi, col. p. 127; Seção, 3 de novembro de 1997, Hospital Joseph Imbert de Arles, col. p. 412.

¹⁰⁹ CE, 30 de novembro de 1923, Couitéas, col. p. 789.

¹¹⁰ CE, Seção, 27 de maio de 1977, SA Victor Delforge, col. p. 253.

¹¹¹ CE, Ass., 20 de março de 1974, Ministro da Organização do Território, do Equipamento, da Habitação e do Turismo v/ Sieur Navarra, concl. Rougevin-Baville, col. p. 200.

ção ou de sanção pode envolver sua responsabilidade. É a mesma coisa segundo uma jurisprudência constante, no caso de abstenção das autoridades policiais para liberar barragens de pescadores ou de grevistas bloqueando o acesso a um porto ou um aeroporto e causando prejuízos aos usuários da obra pública¹¹².

2.2. Os danos sofridos pelos colaboradores do serviço público

A jurisprudência sobre a indenização dos prejuízos sofridos pelos colaboradores dos serviços públicos é um exemplo de socialização do risco. Quando nenhum erro pode ser cobrado da administração, a responsabilidade sem culpa encontra terreno para ser aplicada, como por exemplo: assim, para os prejuízos sofridos por dois habitantes de um município que tinham aceitado, a pedido do prefeito, ocupar-se dos fogos de artifício durante a festa do município¹¹³, pelo prejuízo sofrido por uma pessoa socorrendo um banhista em dificuldade¹¹⁴, pelo acidente advindo de uma acompanhante voluntária durante uma saída escolar¹¹⁵ ou pelos ferimentos de um bombeiro voluntário que participava do preparo de fogos de artifício de uma festa local, de caráter tradicional, o que lhe dá um caráter de interesse geral¹¹⁶. Esta jurisprudência atua, essencialmente, para os voluntá-

¹¹² Cf. também CE, 8 de novembro de 1985, Ministro de Estado, Ministro dos Transportes v/ Compagnie Touraine Air Transport, col. p. 312.

¹¹³ CE, Ass., 22 de novembro de 1946, Município de Saint-Priest-la-Plaine, col. p. 179.

¹¹⁴ CE, Seção, 25 de setembro de 1970, Município de Batz-sur-Mer v/ a viúva Tesson, col. p. 540.

¹¹⁵ CE, Seção, 13 de janeiro de 1993, Sra. Galtié, col. p. 11.

¹¹⁶ CE, 30 de abril de 2004, Perroud.

rios, mas pode também agir para outros colaboradores¹¹⁷. As jurisdições judiciais aplicam igualmente um regime de responsabilidade por risco aos colaboradores ocasionais do serviço público judicial¹¹⁸.

2.3. A responsabilidade em razão das leis e seus desdobramentos

Aspecto importante, mas pouco freqüente da responsabilidade sem culpa por parte do poder público, repousa sobre uma jurisprudência rigorosa

Se o legislador prevê uma indenização ou a exclui rigorosamente ou a limita a certas hipóteses, a questão pode ser simples. Em certos casos, com efeito, “o legislador decide espontaneamente que o sacrifício deve ter uma contrapartida... ele inscreve na própria lei que ordena o sacrifício, ou que o autoriza, o princípio de indenização com a qual este deve ser compensado”¹¹⁹. No entanto, freqüentemente, a lei permanece muda neste ponto.

Em 1838, o Conselho de Estado, num parecer de princípio, Duchâtellier¹²⁰ tinha afirmado a irresponsabilidade total do legislador, no silêncio da lei, a respeito de uma lei de 12 de fevereiro de 1835 interditando a fabricação de fumo fictício, com o objetivo de garantir o monopólio fiscal do fumo. O Senhor Duchâtellier era fabricante de

¹¹⁷ CE, Seção 26 de fevereiro de 1971, Ministro do Interior v/ Aragon, a respeito do prejuízo sofrido por um perito na hipótese em que a parte que sucumbia é insolúvel, col. p. 172.

¹¹⁸ Cass. civ., 23 de novembro de 1956, Tesouro Público v/ Giry; 3 de janeiro de 1996, Morand v/ Agente Judicial do Tesouro.

¹¹⁹ Conclusões Rivet sob CE, 30 de novembro de 1923, Couitéas pré-citadas.

¹²⁰ CE, 11 de janeiro de 1838, Duchâtellier, col. p. 6.

fumo fictício. O raciocínio era que o Estado não poderia ser responsável pelas conseqüências das leis que, no interesse geral, proíbem o exercício de uma indústria, a menos que disposições especiais intervenham neste sentido.

Num primeiro momento, o direito à indenização foi, entretanto, reconhecido no caso particular dos prejuízos sofridos por sociedades mineradoras concessionárias do Estado, em razão das disposições da lei de 27 de junho de 1880 que davam aos “prefeitos” (responsáveis pela segurança no Departamento) o poder de interditar as obras subterrâneas perto de uma ferrovia¹²¹. Ao contrário, foi rejeitado o caso dos fabricantes de absinto que pediam reparação do prejuízo sofrido por causa da lei de 16 de março de 1915, proibindo a fabricação desta bebida¹²², assim como os comerciantes invocando o prejuízo que lhes causava a lei de 16 de outubro de 1919, aplicando penas, para pôr um fim aos abusos constatados, àqueles que tinham comprado ou vendido habitualmente um recibo de Aplicação dos Penhores ou das Caixas de Crédito Municipal¹²³.

Com o parecer La Fleurette, de 14 de janeiro de 1938¹²⁴, o Conselho de Estado admite claramente a responsabilidade em função das leis, sob certas condições. A lei de 9 de junho de 1934, relativa à produção dos laticínios, proibiu a fabricação e o comércio sob a denominação de “creme” de produtos do leite, o que obrigou a sociedade La Fleurette a cessar a produção de um produto que não

¹²¹ CE, 27 de julho de 1906, Compagnie PLM, col. p. 710, concl. Tessier, col. p. 702; CE, 2 de março de 1932, Sté Mines de Joudreville, col. p. 246.

¹²² CE, 29 de abril de 1921, Sté Premier e Henry, col. p. 424.

¹²³ CE, 14 de novembro de 1923, Câmara sindical dos comerciantes de “reconnaisances du Mont-de-Piété”, col. p. 726.

¹²⁴ CE, Ass., 14 de janeiro de 1938, Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette », col. p. 25.

correspondia a estas condições. Procurando a vontade do legislador, o Conselho de Estado faz valer “que nada nem no texto da lei ou em seus trabalhos preparatórios, no conjunto das circunstâncias do caso, permite pensar que o legislador quisesse fazer o interessado suportar um encargo que não é dele normalmente; que este encargo, criado no interesse geral deveria ser suportado pela comunidade”. O Conselho de Estado deduz disto que a sociedade La Fleurette tem razão em pedir que o Estado seja condenado a pagar-lhe uma indenização para reparar o prejuízo sofrido. Se muitos requerentes procuraram envolver a responsabilidade do Estado por causa das leis, esta é raramente admitida pelo juiz que se mostra reticente, principalmente, na condição de especialidade do dano. Neste sentido o professor Chapus afirma que “a responsabilidade sem culpa do Estado por causa das leis aparece como um produto de luxo; não se usa todos os dias”¹²⁵. O juiz verifica que o legislador não aceitou negar qualquer direito à reparação, uma intenção que pode aparecer a partir dos trabalhos preparatórios¹²⁶ ou das disposições diretas da lei. Ele se esforça para liberar sua vontade presumida, levando em consideração o caráter especial do prejuízo¹²⁷, sua gravidade, a utilidade social da atividade lesada e o objetivo¹²⁸.

¹²⁵ R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. Domat, 15 ed., 2001, p. 1380.

¹²⁶ CE, Seção, 22 de novembro de 1957, Cie de navigation Fraissinet, col. p. 635; CE, 22 de abril de 1970, Sté des Établissements Louis Rémusat, col. p. 265.

¹²⁷ CE, Ass., 22 de outubro de 1943, Sté des Établissements Lacaussade, col. p. 231; Ass., 10 de fevereiro de 1961, Ministério do Interior v/ Consorts Chauche, col. p. 108; Seção, 25 de janeiro de 1963, Ministério do Interior v/ Bovero, col. p. 53.

¹²⁸ CE, 6 de janeiro de 1956, Manufacture française d'armes et de cycles, col. p. 3; Ass., 8 de janeiro de 1965, Sté des Établissements Aupinel, col. p. 15; Seção, 14 de março de 1975, SCI de la Vallée de Che-vreuse, col. p. 197.

A liberdade do legislador, entretanto, encontra seus limites na jurisprudência do Conselho Constitucional, nos termos do qual “Se o artigo 13, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não proíbe fazer suportar, por motivo de interesse geral, a certas categorias de pessoas, encargos particulares, não deve resultar disto uma ruptura caracterizada de legalidade perante os encargos públicos”¹²⁹.

Recentemente, o Conselho de Estado julgou que não era nem do objeto nem dos termos da lei de 10 de julho de 1976, relativa à proteção da natureza, nem de seus trabalhos preparatórios, que o legislador tenha decidido excluir que a responsabilidade do Estado pudesse ser envolvida em razão de um dano anormal que a aplicação destas disposições poderia causar às atividades. Ele estimou que o prejuízo resultante da proliferação de pássaros selvagens, os grandes mergulhões, cuja destruição foi proibida em aplicação desta lei, devia resultar na reparação, quando este prejuízo excedesse as consequências inerentes à atividade em questão, a piscicultura, e se revestia de um caráter grave e especial¹³⁰.

A jurisprudência ampliou os princípios formados para a responsabilidade por causa das leis, aos regulamentos legalmente editados, às medidas tomadas em aplicação de uma lei e às convenções internacionais.

A responsabilidade do Estado é suscetível de ser comprometida quanto ao fundamento da igualdade diante dos encargos públicos para garantir a reparação dos prejuízos oriundos de convenções internacionais incorporadas regularmente na ordem jurídica interna¹³¹. Uma

¹²⁹ Cons. Const., Decisão nº 2000-440 DC, de 10 de janeiro de 2001.

¹³⁰ CE, Seção, 30 de julho de 2003, Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres, col. p. 367.

¹³¹ CE, Ass., 30 de março de 1966, Cie générale d'énergie radioélectrique, col. p. 257; CE, 29 de dezembro de 2004, Almayrac e outros.

indenização pode ser acordada sobre este mesmo fundamento quando o prejuízo resulta de uma regra costumeira¹³². De uma forma geral, na linha da jurisprudência Couitéas, medidas legalmente tomadas no interesse geral podem dar direito a uma indenização sobre o fundamento da igualdade diante dos encargos públicos¹³³, tratando-se de medidas individuais¹³⁴, tomadas na aplicação de uma lei ou de medidas regulamentares, quando houver um dano grave e especial.

3. Os regimes legislativos especiais

Diferentes regimes legislativos prevêm a responsabilidade ou a reparação de pleno direito ao encargo do Estado por causa de algumas de suas atividades

Tais disposições figuram na lei de 4 de agosto de 1962, relativa às reparações que devem ser dadas aos jovens ou aos militares da ativa ou da reserva, vítimas de acidentes, no momento de sua participação em sessões de instrução militar. A legislação relativa às requisições prevê, igualmente, medidas de indenização de pleno direito. Outro exemplo: o artigo 149, do Código de Processo Penal, prevê que a pessoa que foi objeto de uma detenção provisória, no decorrer de um processo que terminou com uma decisão de liberação por inexistência de motivos suficientes, de soltura ou de absolvi-

¹³² CE, 4 de outubro de 1999, Syndicat des copropriétaires des 14-16 boulevard Flandrin, col. p. 297, a respeito da imunidade de jurisdição reconhecida ao Estado.

¹³³ CE, Seção, 22 de fevereiro de 1963, Commune de Gavarnie, col. p. 113; CE, Seção, 7 de dezembro de 1979, Sté Les fils de Henri Ramel, col. p. 456, concl. Genevois, D. 1980, p. 303.

¹³⁴ CE, Seção, 28 de outubro de 1949, Sté des ateliers du Cap Janet, col. p. 450.

ção definitiva, tem direito, se assim o pedir, à reparação integral do prejuízo moral e material que lhe causou esta detenção¹³⁵. Nestas hipóteses, nós nos encontramos no limite entre um regime de indenização de pleno direito e um regime de responsabilidade, a responsabilidade sem culpa resultando numa socialização do risco.

B – Os riscos exteriores à atividade do poder público

As autoridades públicas se encontram, cada vez mais, implicadas na gestão dos riscos, tratando-se do enquadramento das atividades dos seguradores ou do desenvolvimento dos sistemas de solidariedade. Além disso, diante de prejuízos, pelos quais nenhuma responsabilidade pode ser definida, a intervenção do legislador foi necessária para, em particular, precisar as condições de indenização das vítimas. Esta socialização do risco se traduziu pelo desenvolvimento de sistemas combinando o seguro, a pura solidariedade e a manutenção de sistemas fundados no seguro, não sendo assim, exclusiva de determinado papel do poder público.

I. As razões e as modalidades de uma implicação crescente por parte do Estado

I.1. As razões

Existem casos em que nenhuma responsabilidade pode ser definida, nem por parte de um particular nem por parte do poder público, apesar do importante envolvimento deste último.

¹³⁵ Num caso recente de absolvição após detenções provisórias prolongadas (caso d'Outreau), o Estado mostrou sua vontade de indenização rápida.

Trata-se, especialmente, de algumas calamidades naturais ligadas às manifestações das forças da natureza, como as enchentes, a seca, os terremotos. Outro caso é aquele dos danos resultantes de ações terroristas, cujos autores não são identificáveis ou são insolváveis perante o montante dos danos materiais ou corporais causados. Para o juiz administrativo, na ausência de disposições legislativas, a responsabilidade do Estado não podia ser comprometida sobre o fundamento do risco por causa de atos de terrorismo, ocorridos no território francês¹³⁶.

Esses fenômenos, além disso, não são geralmente asseguráveis, haja vista que os seguradores não dispõem de modelos permitindo determinar o prêmio necessário para uma cobertura ótima, além deste prêmio é fixado num nível elevado demais para poder encontrar uma demanda no mercado, permanecendo, pois, teórica a possibilidade de seguro. Por isso, os danos causados por calamidades naturais foram objeto, durante muito tempo, de exclusão nos contratos de seguro. O Estado interveio para enquadrar a ação dos seguradores e permitir que se exerça certa solidariedade nacional nos casos mais graves. Foi assim, especialmente, que se desenvolveu o fato de recorrer a fundos.

O poder público não pode, então, desinteressar-se pelas consequências, às vezes muito sérias, deste tipo de prejuízo para os particulares e para as empresas. Primeiro, porque a expectativa de uma ação do Estado é grande. Depois, porque ele tem um papel junto aos mais carentes e aos mais pobres, portanto, a população não-asegurada, ou seja, pessoas que não dispõem de recursos necessários, e que não cabem nos critérios clássicos permitindo acessar o seguro,

¹³⁶ CE, 28 de maio de 1984, *Société française de production*, col. p. 728; CE, Seção, 29 de abril de 1987, *Consorts Yener et Consorts Erez*, col. p. 152.

como é o caso de alguns doentes. Ocorre a mesma coisa para as vítimas de um dano cujo autor é insolúvel ou não-identificável.

Sérios inconvenientes podem resultar da tendência atual à segmentação dos riscos: a população, podendo ser assegurada, está dividida em subpopulações, o que nem sempre permite uma mutualização suficiente, por falta de alcance de uma massa crítica de segurados. Os problemas recentes a respeito dos seguros para algumas especialidades médicas são exemplos disto (cf. abaixo). Portanto, é preciso impor, para alguns riscos, uma mutualização ampliada, próxima da solidariedade, pois se unicamente as pessoas mais expostas aceitassem assegurar-se, ainda neste caso, os prêmios de seguros alcançariam níveis pouco suportáveis e as sociedades recusariam assegurar (enchentes, por exemplo).

I.2. As modalidades de intervenção do poder público

Além do papel tradicional dos poderes públicos e do legislador, em particular, para enquadrar as atividades de seguro, regimes legislativos especiais instituíram regimes de responsabilidade particulares em certos setores sensíveis.

Esses regimes existem, por exemplo, no campo do trânsito aéreo, dos transportes marítimos ou nos danos de origem nuclear, campos que são objeto de disposições de direito internacional (cf. abaixo). Outro exemplo, o artigo 1386-I, do Código Civil sobre a responsabilidade do produtor por causa de produtos defeituosos, prevê, conforme o direito comunitário, que o produtor é responsável pelo dano causado por um defeito de seu produto, seja ligado à vítima por um contrato ou não. No campo médico, as leis de 4 de março e de 31 de dezembro de 2002 consagram a responsabilidade sem culpa dos estabelecimentos de saúde pelas infecções nosocomiais (cf. abaixo). Outros regimes, em razão dos danos em questão, visam, antes de tudo,

garantir uma indenização às vítimas, a reparação sendo, então, dissociada da imputação: é o caso do regime de indenização às vítimas de infrações, previsto pelo artigo 706-3, do Código de Processo Penal¹³⁷, de indenização às vítimas de acidentes de trânsito (lei de 5 de julho de 1985) e de indenização às vítimas de atos terroristas (lei de 9 de setembro de 1986). A socialização não supõe outros meios, a saber: fixação de uma taxa de prêmio única; repartição entre os seguradores dos *riscos ruins* pelo poder público; regulamentação estrita do conteúdo de alguns contratos com uma oferta mínima imposta e cobertura global de uma população sem possibilidade de exclusões.

O seguro obrigatório permite uma socialização do risco, organizando a solidariedade. Para organizar a solvabilidade do autor potencial de danos e, assim, proteger a vítima, o Estado vai multiplicar as obrigações de seguro, a tal ponto que “não é mais possível hoje empreender ou exercer qualquer atividade social ou profissional sem assegurar-se”¹³⁸. De fato, existe mais de uma centena de seguros obrigatórios¹³⁹ desde o seguro de veículos terrestres a motor¹⁴⁰ até aquele dos gerentes de farmácia em SARL¹⁴¹, passando por aquele dos proprietários de estabelecimentos destinados ao ensino da dança¹⁴². A solução pode, também, ser aquela de um suplemento de prêmio obrigatório, no âmbito dos contratos de seguro referentes a

¹³⁷ Lei n° 77-5, de 3 de janeiro de 1977, Lei n° 90-589, de 6 de julho de 1990; para a aplicação aos cidadãos dos Estados-Membros da União Europeia cf. CJCE, aff. 186/87, Cowan, 2 de fevereiro de 1989.

¹³⁸ François Ewald, « La société assurantielle », *Risques – Les Cahiers de l’assurance*, n° 1, 1990.

¹³⁹ Bernard Foussat, « La solidarité et les assurances obligatoires », *Atos do colóquio de 10 de novembro de 1999, organizado pela AIDA, RGDA 2002*, n° 3.

¹⁴⁰ Artigos L. 211-I e segts., do Código dos Seguros.

¹⁴¹ Artigo L. 5125-17, do Código da Saúde Pública.

¹⁴² Artigo L. 462-I, do Código da Educação.

outros riscos que não aquele objeto deste suplemento, o que permite, alcançando numerosos segurados, organizar uma mutualização suficiente. Assim, os contratos de seguros, garantindo os danos de bens, têm um prêmio complementar dando direito à garantia de catástrofes naturais. A lei de 13 de julho de 1982 sobre as catástrofes naturais, com esta ampliação obrigatória de garantia num contrato, mesmo facultativo¹⁴³, permitiu fazer com que particulares ou pessoas morais contribuíssem para o seguro de risco mesmo sendo pouco ou até nunca expostos. Trata-se aqui de uma forma de socialização do risco. Há pouca diferença, com efeito, entre o risco de uma enchente por catástrofe natural de um apartamento localizado num andar elevado e aquele que ocorre numa casa à beira de um rio. Além disso, alguns sistemas de seguros obrigatórios prevêm, no caso de recusa de seguro, a intervenção de um escritório central de tarifação que pode fixar uma tarifa e impor a um segurador o encerramento do contrato. Este mecanismo, que existe para os riscos de automóveis ou de construção e para os seguros médicos, é muito vinculativo para o segurador que não tem mais a escolha dos riscos que ele assegura. Por meio dos regimes e das coberturas obrigatórias, o seguro conserva sua finalidade individual (proteger seu patrimônio), mas adquire também uma dimensão social. A obrigação de seguro “participa do ato de solidariedade”¹⁴⁴.

Podemos ver uma forma de socialização do risco na busca de soluções para permitir aos doentes contaminados pelo HIV e outras doenças graves assegurar-se quando este seguro se torna a condição de realização de um projeto (empréstimo imobiliário, por exemplo). Trata-se, sem derivar para uma *anti-seleção*, de evitar que a definição

¹⁴³ Todavia, um locatário é obrigado a subscrever um contrato múltiplo de riscos-habitação.

¹⁴⁴ Bernard Foussat, «La solidarité et les assurances obligatoires», Atos do Colóquio, de 10 de novembro de 1999, organizado pela AIDA, RGDA 2002, n° 3.

de classes de riscos não exclua sistematicamente alguns pedidos de seguro. A convenção concluída entre os estabelecimentos de crédito, os seguradores, as associações de doentes e de consumidores e os poderes públicos favorecem o acesso ao crédito, apesar de um problema de saúde. Ela instaura uma sessão de mediação que pode ser acionada, no caso de dificuldades.

Os poderes públicos também não podem desinteressar-se do assunto da limitação, no tempo, da garantia dos contratos em função da data das reclamações e da responsabilização do “passado desconhecido”. Esta difícil questão originou decisões jurisprudenciais que resultaram em modificações legislativas.

Os seguradores que desejam estar aptos a limitar, no tempo, sua garantia, estimam que seja durante o período de vigência do contrato que deveria situar-se, para obter a indenização, a realização do dano e a reclamação (cláusulas *claims made*), o que não exclui que as partes possam decidir que haja no contrato cláusulas de retomada do passado, prevendo, igualmente, uma indenização para danos que ocorreram numa data anterior à efetivação do contrato. Uniformemente, cláusulas de “garantia subsequente” permitem indenizar danos que ocorreram durante a vigência do contrato, mas com reclamação feita posteriormente, isto com a condição em que ela ocorra num prazo limitado. Os segurados e vítimas têm uma outra forma de encarar o fato. Eles sentem grande insegurança e desejam que o contrato garanta todos os problemas que acontecerem durante sua vigência, mesmo se a reclamação ocorrer mais tarde, o que supõe raciocinar em termos de fato gerador.

A Corte de Cassação, por meio de uma série de pareceres do dia 19 de dezembro de 1990¹⁴⁵, julgou que eram nulas as cláusulas

¹⁴⁵ Cass. civ., 19 de dezembro de 1990, Bull. civ. I, n° 303; ver também Cass. civ., 16 de dezembro de 1997.

las dos contratos de seguro que subordinam a indenização da vítima à realização de uma queixa feita por ela, num prazo limitado inferior ao prazo de prescrição do direito comum. Considerou, com efeito, que estas estipulações eram equivalentes ao fato de criar uma vantagem ilícita, pois livre de causa, em benefício do segurador que percebia, então, prêmios sem contrapartida e, conseqüentemente, desconhecia as disposições combinadas no artigo 1131, do Código Civil e do artigo L. 124-1, do Código dos Seguros que, em matéria de seguro de responsabilidade, não impõem nenhuma condição de prazo particular para a reclamação feita pelo segurado.

Não cabia, no entanto, ao juiz civil pronunciar-se sobre a legalidade das disposições regulamentares de contratos que autorizavam a limitação no tempo das cláusulas de garantia. Por meio da decisão de 29 de dezembro de 2000, Consorts Beule, o Conselho de Estado se juntava à Corte de Cassação, julgando que estas disposições eram ilegais, porque contrariavam o artigo 1131, do Código Civil. As conseqüências destas jurisprudências preocuparam os seguradores pela insegurança resultante e pelo caráter financeiramente difícil a ser suportado, pois imprevisível de alguns riscos, se raciocinarmos em termos puramente do fato gerador, ou seja, sem fixação de um prazo máximo entre a data do fato gerador e aquela do dano ou da reclamação. Era, portanto, necessário ao legislador intervir, e ele o fez, primeiro para a responsabilidade civil médica, prevendo um prazo de cinco anos no máximo, a partir da expiração do contrato, durante o qual as reclamações para os sinistros resultantes de um fato gerador ocorrido durante o período do contrato, permitirão a cobertura pela garantia¹⁴⁶. Igualmente, o legislador interveio nas re-

¹⁴⁶ Artigo L. 251-2, do Código dos Seguros, oriundo da Lei nº 2002-1577, de 30 de dezembro de 2002.

gras relativas aos seguros de danos¹⁴⁷, prevendo que a garantia do segurador seja mantida pelo menos durante cinco anos após o fim do contrato (cláusula de garantia subsequente). Cabia, portanto, ao legislador procurar um equilíbrio entre, de um lado, os direitos dos segurados e das vítimas e, do outro, as condições permitindo às sociedades de seguro garantir os danos com uma previsibilidade financeira suficiente, exceto para vê-las retirar-se do mercado.

A garantia do Estado trazida à Caixa Central de Resseguros é também uma modalidade de intervenção do Estado ao lado dos seguradores para enfrentar a cobertura de alguns riscos excepcionais que justificam recorrer à solidariedade.

O resseguro é um contrato pelo qual o segurador transfere, mediante um prêmio, para outra pessoa, o ressegurador, a totalidade ou uma parte do risco que ele assumiu. Apesar desta transferência de risco, o segurador continua sendo o único responsável perante o segurado. O segurador deve determinar a soma máxima que ele pode suportar, por causa de um sinistro, sem comprometer o destino da mutualidade. Tendo determinado o valor máximo que pode envolver num dado risco, transferirá o excesso para um ressegurador. O resseguro pode ser proporcional: a parte ressegurada é determinada em função do capital garantido pelo cedente; o ressegurador recebe a parte do prêmio correspondente e suporta os sinistros na mesma proporção. O resseguro pode ser não-proporcional; é, então, não-baseado nos riscos realizados e a parte do resseguro é calculada caso a caso (resseguro em excedente de sinistros) ou em pacote para o conjunto dos sinistros de um exercício determinado (resseguro em excedente de perdas). As operações de resseguro se aplicam, essencialmente, aos seguros de danos.

¹⁴⁷ Artigo L. 124-5, do Código dos Seguros, oriundo da Lei n° 2003-706, de 1° de agosto de 2003.

Atividade essencialmente internacional, os três quartos das cotizações são cedidos ao mercado internacional e, por isso, o resseguro constitui um mercado fortemente concentrado: em 2003, os cinco primeiros resseguradores obtiveram mais de 47 % da arrecadação mundial. Compreendemos, portanto, os temores suscitados quando os principais resseguradores anunciam que se retiram de alguns riscos, assim como do risco terrorista após o dia 11 de setembro de 2001, e se espera, neste caso, uma ação dos poderes públicos, como seguradores de último recurso ou para impor mecanismos de socialização do risco diante dos riscos excepcionais.

Na França, a Caixa Central de Resseguros (CCR), na origem, estabelecimento público, que se tornou sociedade anônima em 1992, tem, entre suas funções, a de ressegurador final de certos regimes especiais e a de gestor de fundos de indenização. As principais operações efetuadas pelo CCR, com a garantia do Estado, referem-se aos riscos excepcionais, aos riscos nucleares¹⁴⁸, aos riscos de catástrofes naturais e aos riscos de atentados ou aos atos de terrorismo. A arrecadação bruta do CCR, que foi em 2003 de 1,162 bilhões de euros, responde por 59 % de suas atividades de resseguro com garantia do Estado e por 41 % de suas atividades de resseguro tradicional.

2. No cruzamento do seguro e da solidariedade

¹⁴⁸ Trata-se assegurar ou ressegurar os “riscos resultantes de fatos de caráter excepcional, tais como os estados de guerra estrangeira ou civil, infrações à ordem pública, distúrbios populares, conflitos de trabalho, quando estes riscos nascem do uso de meios de transporte de toda natureza ou se referem a bens sendo transportados ou estocados” (artigos L. 431-4 e L. 431-5, do Código dos Seguros). O CCR, agindo com a garantia do Estado, está também encarregado de entregar as coberturas previstas pelas Leis nº 65-956, de 12 de novembro de 1965, e nº 68-943, de 30 de outubro de 1968, para os proprietários de navios e de instalações nucleares.

2.1. A recorrência aos fundos de indenização

O desenvolvimento de um sistema misto, envolvendo solidariedade e seguro, traduziu-se, particularmente, na recorrência a fundos de indenização, atendendo uma expectativa por parte das vítimas como também por parte dos responsáveis políticos ou econômicos.

2.1.1. Por que fundos?

A articulação entre o direito comum da responsabilidade, implicando que os danos devam ser reparados por aqueles que os causaram, e a emergência de um verdadeiro direito à indenização, corolário de um “direito ao risco zero”, tem seus limites. É baseada em dois pilares: a culpa e a solvabilidade do culpado. Quaisquer que sejam os avanços realizados, se faltar um ou outro, o sistema não funciona mais. Os fundos aparecem, então, como uma seqüência para prosseguir no objetivo da indenização.

Um dos trunfos dos fundos é separar a questão da responsabilidade daquela da reparação, esta podendo ocorrer quando nenhuma responsabilidade é suscetível de ser determinada ou a determinação da responsabilidade é *a priori* delicada. Não há desconexão entre o autor do dano e o devedor da indenização; uma vez realizada esta última, a indenização, exceto quando integrando a esfera de direito das vítimas, dispõe de uma ação regressiva de encontro do ou dos responsáveis.

Os fundos permitem acordar uma indenização prioritária às vítimas. Eles conjugam, freqüentemente, os princípios de responsabilidade e de solidariedade, segundo dispositivos de reparação dos riscos que, na realidade, apelam amplamente para os mecanismos do seguro. A maior parte dos fundos mistura, com efeito, indenização automática *a priori* e ação regressiva de responsabilidade. A mistura de solidariedade é, aliás, a condição de equilíbrio destes fundos. Aspecto importan-

te: os fundos podem permitir um financiamento conjunto Estados/segurados que combine mutualização e solidariedade nacional. Certos fundos se baseiam numa lógica de pura solidariedade.

Os fundos se distinguem da proteção social, por exemplo, uma vez que somente visam resolver casos específicos, nos quais a seguridade social ou os seguros não podem indenizar as vítimas ou têm como objeto outorgar rapidamente uma indenização à vítima. Portanto, eles são complementares dos outros mecanismos de socialização dos riscos. Como corolário, o fundo não é civilmente responsável pelos danos que ele indeniza. A implementação dos fundos não deve ser interpretada como um reconhecimento, por parte do Estado, de uma responsabilidade qualquer sobre a origem destes danos, mesmo se ela não excluir a eventual responsabilidade de algum outro ator.

Os fundos se caracterizam, geralmente, por um sistema de reparação global ou limitada, que deixe ao encargo da vítima uma parte dos danos. No entanto, no que se refere à reparação dos danos corporais, o princípio selecionado pelo legislador é mais aquele de uma reparação integral. A principal vantagem destes fundos é permitir acelerar a reparação do dano e atender as expectativas essenciais das vítimas, em termos de reparação financeira. Por meio do jogo dos recursos sub-rogatórios, estes fundos procedem depois ao encaminhamento necessário para o recobrimento em lugar da vítima, que não dispõe dos mesmos meios financeiros e técnicos. A função moral da responsabilidade que exige que o dano seja reparado por seu autor é, portanto, mantida em princípio, visto que os fundos somente se encarregam desta dívida temporariamente e de forma subsidiária. Entretanto, é verdade que o exercício destes recursos é, freqüentemente, aleatório (cf. *infra*).

De forma geral, frente ao desenvolvimento dos riscos sociais, assiste-se à ampliação dos fundos com objetivo geral, como tam-

bém à ampliação do papel dos fundos de garantia contra os acidentes de trânsito e de caça¹⁴⁹ ou da Lei nº 77-5, de 3 de janeiro de 1977, garantindo a indenização de certas vítimas de danos corporais resultantes de uma infração. Diante do Senado, o relator do projeto que originou esta lei enfatizava que “a delinquência deve ser considerada hoje como um problema da sociedade, no mesmo nível que a luta contra a doença ou contra as calamidades naturais. Portanto, é dever do Estado recorrer aos fundos a fim de financiar a indenização em questão”¹⁵⁰. Para o relator na Assembléia Nacional: “Este projeto traduz uma concepção nova da sociedade, instituindo um tipo de socialização dos riscos e esforçando-se para corrigir uma injustiça pela solidariedade nacional junto às vítimas da delinquência”¹⁵¹. Mas esta evolução é acompanhada também de um aumento dos fundos especializados referentes às situações de catástrofes ou de sinistros seriais. Estes fundos se encarregam dos riscos específicos (amianto, HIV, terrorismo). Os estatutos dos diferentes fundos são muito diversos: pessoa moral de direito privado, estabelecimento público administrativo, simples linha orçamentária.

2.1.2. Os diferentes fundos

Alguns fundos têm como objeto atender riscos naturais ou sociais. Tratando-se das catástrofes naturais, as vítimas se encontravam, na maior parte do tempo, sem recursos de responsabilidade

¹⁴⁹ Que se tornou o fundo de garantia dos seguros obrigatórios de danos.

¹⁵⁰ Edgar Tailhades, relator da Comissão das Leis Constitucionais, da legislação, do sufrágio universal, do regulamento e da administração geral, Senado, sessão de 2 de junho de 1976, J. O. dos debates do Senado, p. 1516.

¹⁵¹ Claude Gerbet, relator da Comissão das Leis Constitucionais, da legislação e da administração geral da República, Assembléia Nacional, sessão de 25 de novembro de 1976, J. O. dos debates AN, p. 8681.

possível e somente havia eventuais reparações graças à pressão social que levava a uma intervenção excepcional do poder público sob forma de uma ajuda global. Mecanismos de intervenção de direito comum surgiram progressivamente como sendo indispensáveis, principalmente para atender os riscos naturais, mas também outros riscos. A maioria destes fundos responde bem mais do que outros a uma lógica de pura solidariedade.

Pode tratar-se de assegurar a reparação de danos que não estão ligados a nenhuma responsabilidade. O exemplo típico desta situação é aquele das calamidades agrícolas, que, além disso, não são consideradas, pelo legislador, como riscos naturais asseguráveis (artigo L. 125-5, do Código dos Seguros).

O Fundo de Garantia das Calamidades Agrícolas (FGCA), que não é uma linha de crédito administrada pela Caixa Central de Resseguros, foi criado pela Lei nº 64-706, de 10 de julho de 1964, retomada nos artigos L. 361-1 e seguintes, do Código Rural. Ele visa indenizar os danos materiais relativos ao solo, às colheitas, às culturas, às construções, ao gado, relativos às fazendas e conseqüentes de “variações anormais de intensidade de um agente natural, quando os meios técnicos de luta preventiva ou curativa empregados habitualmente não puderam ser usados ou revelaram-se ineficientes ou inoperantes”¹⁵². Sob reserva da hipótese, muito teórica, de um comprometimento da responsabilidade do poder público, por ausência ou insuficiência de medidas de prevenção, própria do sinistro exclui, na maioria dos casos, a noção de culpa. Outro exemplo, a Lei nº 56-780, de 4 de agosto de 1956, criou um fundo de socorro às vítimas de sinistros e calamidades. Desde então, a cobertura dos danos provocados pelas catástrofes naturais melhorou.

¹⁵² Artigo L. 361-2, do Código Rural.

No campo médico, a eventualidade terapêutica é um acidente médico cuja origem nenhuma culpa pode ser destacada. Sua indenização é, doravante, assegurada pelo Escritório Nacional de Indenização dos Acidentes Médicos (ONIAM), estabelecimento público criado pela Lei nº 2002-303, de 4 de março de 2002¹⁵³, que se responsabiliza pela reparação dos danos a partir de um taxa de invalidez permanente de 24%. Ele garante também, além de certo nível de gravidade (IPP superior a 25 %), a indenização dos danos causados por uma infecção nosocomial (cf. abaixo).

Desde a lei de segurança financeira, de 1º de agosto de 2003, o Fundo de Garantia dos Seguros Obrigatórios de Danos (FGAO)¹⁵⁴ recebeu competência para indenizar os danos corporais causados por animais sem proprietário (*res nullius*), como a caça, na condição de que estes danos resultassem de um acidente de circulação sobre o solo.

Os fundos podem também ter como objeto indenizar as vítimas quando o responsável não for identificado, não estiver assegurado ou for insolvente. Assim, o FGAO age quando o autor do dano é conhecido, mas não-segurado. Pouco importa se o responsável for solvente. O objetivo é claro: trata-se de indenizar rapidamente a vítima, ou seja, o fundo assume a demora e os altos e baixos dos processos contra terceiros responsáveis. O FGAO trata também dos casos nos quais o autor do dano é segurado, mas encontra-se privado das garantias subscritas, seja por uma recusa do segurador oponível à

¹⁵³ Lei nº 2002-303, de 4 de março de 2002, relativa aos direitos dos doentes e à qualidade do sistema de saúde.

¹⁵⁴ Instituído pela Lei nº 51-1508, de 31 de dezembro de 1951, suas atribuições não cessaram de se estender. A denominação atual do fundo é oriunda da Lei nº 2003-706, de 1º de agosto de 2003, de segurança financeira. As disposições legislativas relativas ao fundo são codificadas nos artigos L. 421-1 e segts., do Código dos Seguros.

vítima, seja em razão da falha da sociedade de seguros. Desde a lei de segurança financeira, esta última hipótese de intervenção do fundo foi estendida às empresas de seguros obrigatórios de danos. A ONIAM desempenha um papel comparável em matéria de responsabilidade civil médica e substitui o seguro quando o responsável pelos danos não é segurado ou é insuficientemente segurado.

O FGAO age igualmente quando o autor do dano é desconhecido. O fundo indeniza, então, nas mesmas condições em que o autor é conhecido e insolvável, todavia com uma exceção: os danos materiais consecutivos a um acidente implicando um veículo terrestre a motor somente são assumidos quando acompanhados de danos corporais.

A Lei nº 77-5, de 3 de janeiro de 1977, instaurou o primeiro sistema de indenização pública para as vítimas de infrações penais sob a forma de comissões de indenização (CIVI), instituídas nas competências de cada tribunal de grande instância. A Corte de Cassação assinalou bem que esta indenização não significava o reconhecimento de uma culpa por parte do Estado, mas que vinha do princípio de solidariedade¹⁵⁵.

No que diz respeito aos atentados terroristas, a resposta inicial às insuficiências da reparação acordada às vítimas veio do Estado e dos seguradores que adotaram, em janeiro de 1983, um novo dispositivo prudencial. O dispositivo prevê que as sociedades de seguros proponham a seus segurados a garantia dos danos materiais diretos resultantes de incêndio ou de explosão provocados por atentados. O fundo de garantia das vítimas de atos de terrorismo foi criado por uma lei de

¹⁵⁵ Cass. civ., 2ª civ., 21 de outubro de 1987, Bull. civ. II, nº 204.

9 de setembro de 1986. Tornou-se o fundo de garantia das vítimas de atos de terrorismo e outras infrações (FGTI), em 1990¹⁵⁶.

O fundo de indenização das pessoas que tenham sofrido uma transfusão ou sejam hemofílicas, vítimas de contaminação pelo vírus HIV, e o fundo de indenização das vítimas do amianto permitem garantir uma indenização fundada na solidariedade, que não é exclusiva da responsabilidade culposa do Estado por negligência.

A implementação do fundo de indenização dos prejuízos resultantes da contaminação pelo vírus de imunodeficiência humana, causada por uma transfusão de produtos do sangue ou de uma injeção de produtos hemoderivados¹⁵⁷ visava em particular, (mas não unicamente), indenizar as vítimas de contaminações por transfusões feitas numa época em que os conhecimentos ainda inconsistentes sobre o vírus HIV e seus modos de transmissão não permitiam identificar o risco nem os meios para agir e, portanto, pôr em questão responsabilidades. Como foi lembrado durante um debate passionai do relatório do projeto de lei diante da Assembléia Nacional, o objeto do dispositivo não era nem reconhecer e nem descartar *a priori* a culpa de tal ou tal ator da cadeia de transfusão, mas, assim que a busca de responsabilidades tivesse permitido indenizar um número limitado de pessoas, implementar “um regime de indenização geral o mais

¹⁵⁶ Lei nº 90-589, de 6 de julho de 1990.

¹⁵⁷ Criado pelo artigo 47, da Lei nº 91-1406, de 31 de dezembro de 1991, relativo a diversas disposições de ordem social, o fundo tornou-se desde o Parecer nº 2000-548, de 15 de junho de 2000, o “Fundo de Indenização das Vítimas Contaminadas” (FIVC). Suas atribuições foram retomadas pela ONIAM, em 2004 (Lei nº 2004-806, de 9 de agosto de 2004, relativa à política de saúde pública). As disposições legislativas aplicáveis são retomadas nos artigos L. 3122-1 e segts., do Código da Saúde Pública; as disposições regulamentares figuram nos artigos R. 3122-1 do mesmo Código.

amplo e o mais justo possível e para isso somente é possível, colocando-se no local do risco”¹⁵⁸.

Por sua vez, o fato gerador do dano pode ser difícil de isolar. Assim, as doenças ligadas à exposição ao amianto “somente aparecem depois de anos de latência, o que torna freqüentemente penosa a localização da época da inalação e, conseqüentemente, aquela do eventual responsável”¹⁵⁹. A busca de uma indenização pegará, então, o caminho, seja da doença profissional que, exceto na culpa indesculpável, somente procurará uma reparação limitada, seja do comprometimento da responsabilidade do Estado por carência culposa. O Fundo de Indenização das Vítimas do Amianto (FIVA)¹⁶⁰ abre uma reparação integral para as pessoas, tendo obtido o reconhecimento de uma doença profissional, causada pelo amianto sem que elas tenham que provar a culpa indesculpável, mas também para qualquer pessoa que tenha sofrido um prejuízo em razão de uma exposição ao amianto no território nacional.

2.1.3. O financiamento dos fundos

Os financiamentos que apelam para uma solidariedade mais ou menos ampla são vários

O interesse dos fundos é, freqüentemente, o de permitir financiamentos cruzados, combinando mutualização ampliada e solida-

¹⁵⁸ Jean-Claude Boulard, relator da Comissão dos Assuntos Culturais, Familiares e Sociais, Assembléia Nacional, 3ª sessão, de 9 de setembro de 1991, J. O. dos debates AN, p. 7405.

¹⁵⁹ André Favre Rochex et Guy Courtieu, Fonds d'indemnisation et de garantie, Librairie générale de droit et de jurisprudence, coll. “Droit des affaires”, 2003.

¹⁶⁰ Criado pela Lei nº 2000-1257, de 23 de dezembro de 2000, de financiamento da seguridade social para 2001.

riedade nacional, até mesmo o de reconstituir uma forma de seguro por um financiamento dos segurados ou dos responsáveis.

O Fundo de Garantia das Calamidades Agrícolas (FGCA), simples linha de crédito, combina solidariedade profissional e solidariedade nacional. Seus recursos são oriundos¹⁶¹ de uma contribuição complementar aos prêmios ou cotizações dos fazendeiros (construções, gado, veículos utilitários), assim como de uma subvenção inscrita no orçamento do Estado cujo valor é ao menos igual ao produto destas contribuições¹⁶². Dois argumentos justificaram a recorrência à solidariedade nacional: a impossibilidade de socializar o risco somente entre os agricultores e a necessidade de proteger um setor vital da economia francesa. O financiamento do Fundo de Garantia dos Seguros Obrigatórios de Danos (FGAO) repousa sobre os automobilistas uma vez que é alimentado por uma contribuição das companhias de seguros, baseada nos prêmios e nas cotizações de seguro dos veículos terrestres a motor, e por uma contribuição dos automobilistas segurados¹⁶³. O fundo somente é, então, a continuação do seguro por outros meios. Para o segurado, os prejuízos considerados pelas duas jurisdições cada vez mais são comparáveis, principalmente, no que diz respeito aos prejuízos. Tudo ocorre como se o superprêmio correspondesse a um risco particular: aquele de ser vítima de um acidente de trânsito cujo autor seria desconhecido ou não-segurado¹⁶⁴.

¹⁶¹ Artigo L. 361-5, do Código Rural.

¹⁶² Reflexões estão em andamento para reformá-lo.

¹⁶³ Aplicação de uma taxa fixa sobre os prêmios pagos a título das garantias obrigatórias sobre os riscos de circulação dos veículos a motor, artigo L. 421-4, do Código dos Seguros; uma contribuição similar existe para a caça (Artigo L. 421-8, al. 2, do Código dos Seguros).

¹⁶⁴ Seria pouco legítimo que as consequências danosas do comportamento de uma minoria de condutores sejam suportadas por uma maioria de automobilis-

O Fundo de Garantia das Vítimas dos Atos de Terrorismo e Outras Infrações (FGTI) é alimentado - para o conjunto de seus gastos - mediante uma contribuição sobre os prêmios dos contratos de seguros de bens.

Outra forma de solidariedade: alguns fundos são alimentados mediante contribuições da seguridade social. O FIVA é financiado por uma contribuição do Estado e pelo setor acidentes de trabalho e doenças profissionais do regime geral de seguridade social. A ONIAM depende, principalmente, de recursos repassados pela seguridade social (Artigo L. 174-2, do Código de Seguridade Social).

Os fundos recebem, além disso, o produto dos recursos que eles movem contra a pessoa responsável pelo dano, assim como contra as pessoas ou organizações obrigadas, por uma razão qualquer, a assegurar a reparação total ou parcial do dano.

2.1.4. O caráter subsidiário dos fundos e as possibilidades de ações sub-rogatórias

Como vimos, se os diferentes fundos de indenização se substituem ao devedor final da dívida para indenizar as vítimas, os direitos da vítima lhes são, então, repassados segundo um mecanismo de

tas virtuosos. Os primeiros são (além da ação regressiva) responsabilizados de duas maneiras: os autores de acidentes não-assegurados suportam uma contribuição “assentada sobre o valor total das indenizações que assumem a título de reparação dos danos resultantes destes acidentes” (Artigo R. 421-7 4°, do Código dos Seguros; disposição similar para a caça: artigo R. 421-38 2°, do Código dos Seguros); “as multas pronunciadas por violação da obrigação de seguro [...] sofrem um acréscimo de 50% recebido em favor do fundo de garantia [...]” (Artigo L. 211-27, do Código dos Seguros; disposição similar para a caça: artigo L. 421-8 al. 2°, do Código dos Seguros).

transferência de dívidas prevista pelos textos¹⁶⁵, graças ao mecanismo de sub-rogação. Este mecanismo difere de acordo com os fundos. O fundo encarregado de indenizar os hemofílicos e as pessoas que fizeram uma transfusão somente pode beneficiar-se de um recurso sub-roatório se a responsabilidade for assumida sobre o fundamento da responsabilidade por culpa, por exemplo, em razão do erro cometido pela Assistência Pública por falta de informação sobre os riscos para o paciente¹⁶⁶.¹⁶⁷ Este fundo se beneficia, então, do recurso sub-roatório até igualar as somas repassadas a título dos direitos que possui a vítima contra a pessoa responsável pelo dano. No caso de responsabilidade sem culpa, o juiz se recusa a dar a sub-rogação¹⁶⁸.

O Fundo de Indenização das Vítimas do Amianto pode, após ter indenizado as vítimas, instaurar um recurso sub-roatório no caso de erro. No âmbito da Lei nº 2002-303, de 4 de março de 2002, as vítimas de um ato médico podem ser indenizadas ou pela companhia de seguros da pessoa declarada responsável, seja pelo Escritório Nacional dos Acidentes Médicos (ONIAM). Nos dois casos, um re-

¹⁶⁵ Artigos L. 421-3 e R. 421-16, do Código dos Seguros para o FGAO ; artigo L. 422-1, do Código dos Seguros, 706-11, do Código dos Procedimentos Penais, artigo 111, da Lei nº 87-1060, de 30 de dezembro de 1987 para o FGTI; artigos L. 1142-17 e L. 3122-4, do Código da Saúde Pública para a ONIAM; artigo 53 VI, al. 1º, da Lei nº 2000-1257, de 23 de dezembro de 2000, de financiamento da seguridade social para 2001 para o FIVA; artigo L. 361-14, do Código Rural para o FGCA: neste último caso, é o Estado que é sub-rogado em nome do fundo, à altura da indenização paga por este último, nos direitos do sinistrado contra terceiros (hipótese teórica, tratando-se de calamidades naturais).

¹⁶⁶ Ver CE, 27 de fevereiro de 2002, Assistance publique de Marseille et fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles, col. p. 63.

¹⁶⁷ Artigo L. 3122-4, do Código da Saúde Pública.

¹⁶⁸ CE, 23 de setembro de 1998, Assistance publique-Hôpitaux de Paris, col. p. 338.

curso sub-rogatório foi instaurado. Na prática, as ações sub-rogatórias feitas pelos diferentes fundos nem sempre dão os resultados esperados. Assim, o FGAO recupera apenas 18% das indenizações repassadas¹⁶⁹; o FIVA, no dia 31 de maio de 2004, tinha apresentado mais de 8.000 propostas de reparações e movido 61 processos baseados na culpa inescusável do empregador. A dificuldade é ainda maior quando os responsáveis pelo prejuízo são desconhecidos (terrorismo, infrações, por exemplo).

Coloca-se também a questão da capacidade da vítima em acionar de maneira concorrencial o mecanismo de solidariedade nacional via fundos e a responsabilização do responsável pelo dano nos tribunais. No caso da indenização das pessoas que fizeram uma transfusão e dos hemofílicos, vítimas de contaminação pelo HIV, as jurisdições judiciais e administrativas deram respostas diferentes para a questão¹⁷⁰. Enquanto o juiz judiciário considerou que uma vítima somente pode obter reparação pelas jurisdições do direito comum para prejuízos pelos quais não foi indenizada pelo fundo, o juiz administrativo considerou que a aceitação de uma proposta de indenização pelo fundo não proibia a vítima a buscar de mostrar a responsabilidade do autor do dano. Entretanto, caberá ao juiz, obrigatoriamente, se for preciso, deduzir esta soma do total da condenação deste autor.

Para a indenização das vítimas do amianto, o legislador decidiu (lei de 23 de dezembro de 2000) que a aceitação da oferta do fundo de indenização trazia desistência ou não-aceitação das ações jurisdicionais para reparação do mesmo prejuízo. As vias de recurso jurisdicionais normais continuam, é claro, abertas para as vítimas que escolham não apelar para o fundo.

¹⁶⁹ 17 % por acordo amigável e 1% após processo contencioso.

¹⁷⁰ Cass., Ass. plen., 6 de junho de 1997, n° 95-12284, Bull 1997, A. P. n° 8, p. 20; CE, aviso, 15 de outubro de 1993, Consorts Jezequel e Vallée, col. p. 280, às conclusões de Patrick Frydman.

2.2. Alguns exemplos: catástrofes naturais, terrorismo e riscos tecnológicos

Esses exemplos demonstram a complementaridade entre seguro e solidariedade ampliada¹⁷¹. Eles se apóiam numa partilha dos papéis entre o Estado e os seguradores.

2.2.1. A indenização das vítimas de catástrofes naturais

Oriundo da lei de 13 de julho de 1982, o direito à indenização das vítimas de catástrofes naturais, completado pela lei de 25 de junho de 1990, adquire um caráter original. Preferiu-se, em 1982, um sistema de seguro em vez da constituição de um fundo público. Mas trata-se de um sistema híbrido, pois, seguro e solidariedade ampliada, longe de se opor, conjugam-se. O Estado desempenha um papel por várias razões: constata o estado de catástrofe natural por parecer interministerial; sua intervenção condiciona, portanto, a implementação da indenização; impõe uma ampliação de cobertura de certos contratos, a garantia sendo prevista por todos os contratos de danos a bens; fixa a taxa única de cotização adicional; sobretudo, dá sua garantia a um ressegurador, podendo os seguradores ressegurar-se perante a Caixa Central de Resseguros que se beneficia da garantia do Estado. Os seguradores concluem os contratos, recebem as cotizações e repassam as indenizações.

A taxa de cotização é determinada para cada categoria de contrato e fixada por decreto ministerial. Cotizações proporcionais aos riscos possíveis dos segurados teriam, de fato, arruinado o princípio de solidariedade, quando o objetivo do sistema era dividir, no

¹⁷¹ Cf. Serge Magnan, « Solidarité et catastrophes naturelles », *Risques*, n° 42.

conjunto dos segurados, o encargo das indenizações¹⁷². A mutualização do risco se desdobra numa forte socialização deste, visto que os riscos individuais variam consideravelmente.

Não é anormal nem paradoxal que o poder público intervenha para desencadear a indenização e para fixar a taxa de cotização num sistema amplamente fundado sobre o seguro, logo quando o equilíbrio financeiro deste deve muito à garantia acordada pelo Estado, em último recurso. Portanto, de fato, as finanças públicas e a solidariedade nacional podem ser pesadamente solicitadas, no caso de catástrofe excepcional.

Esse sistema suscitou admiração no exterior. Tem seus adeptos e seus críticos na França¹⁷³. Ele combina, ao mesmo tempo, a prevenção e a indenização, o nível das franquias aplicáveis sendo ligadas à existência de um plano de prevenção dos riscos. Ele pôde, contra melhorias referentes ao aumento das taxas de cotização sobre o aumento das franquias e sobre a reorganização do esquema de resseguro, enfrentar importantes sinistros, como as inundações de 1988, e, depois, no fim do ano de 1990; o ciclone nas Antilhas, em 1995, e os danos causados às construções erguidas sobre terrenos que desabaram sob o efeito da seca. Em 2003, a Caixa Central de Resseguros afirmava¹⁷⁴ que, graças à implementação destas medidas diferentes, o sistema parecia reatar com o equilíbrio, mas que era necessário, entretanto, descartar qualquer excesso de otimismo e nunca perder de vista que, em matéria de cobertura dos riscos naturais, os resultados devem ser apreciados num período longo. Hoje

¹⁷² Christophe Guettier, «Indemnisation des victimes de catastrophes naturelles et socialisation du risque», RGDA, 1997, n° 3, p. 672.

¹⁷³ Ver, sobre estes pontos, Patrick Bidan «Indemnisation des catastrophes naturelles: de la naissance vers l'âge adulte», Risques, n° 42, junho de 2000.

¹⁷⁴ «Les catastrophes naturelles en France», CCR, junho de 2003.

coloca-se notadamente a questão do aumento da taxa de cotização (fixada, em setembro de 1999, em 12 %) para enfrentar, principalmente, os danos decorrentes da seca e das inundações.

“O sistema deve, se julgar pelo renome que ele adquiriu, satisfazer o conjunto das partes interessadas. Não parece ameaçado por algo, senão por seu sucesso e não faltam bons espíritos para propor e integrar, neste regime das catástrofes, novas espécies de calamidades de todo gênero: os cupins nas casas, as algas nos portos, tudo o que cria danos e não encontra seguro poderia, de acordo com eles, encontrar seu lugar neste regime”¹⁷⁵.

2.2.2. A cobertura do risco terrorista

“Risco extremo à parte”¹⁷⁶, cuja ocorrência não pode ser analisada pelos instrumentos atuariais clássicos e pelo qual a vítima não dispõe de informação a respeito do nível ao qual ela está exposta, o risco terrorista apresenta características que excluem que seja inteiramente assumido pelos seguradores e os resseguradores privados. Sua cobertura justificou um crescente lugar na garantia do Estado.

A própria definição do risco terrorista não é fácil. Em nível internacional, nenhum acordo foi encontrado no âmbito da ONU por falta de definição consensual do terrorismo. A resolução 1373, do Conselho de Segurança, de 29 de setembro de 2001, coloca a luta contra o terrorismo em nível de prioridade, sem propor uma definição de terrorismo.

No direito interno, as disposições legislativas se esforçam em cercar o assunto, (artigo 421 - I, do Código Penal), a qualificação

¹⁷⁵ Jean-Luc de Boissieu, *L'assurance facile*, Éditions Lpm, julho de 2001.

¹⁷⁶ Erwann Michel-Kerjan, «Terrorisme à grande échelle; partage des risques et politiques publiques», *Revue d'économie politique*, setembro-outubro de 2003, n° 5.

de ato de terrorismo é feita, caso a caso, pelo ministério público, ao qual cabe a responsabilidade de submeter os autores do ato a um regime exorbitante do direito comum. A jurisprudência judicial precisou a noção legislativa do ato de terrorismo: o ato deve ter tido como objetivo perturbar a ordem pública¹⁷⁷; deve inscrever-se numa ação concertada¹⁷⁸; exige um mínimo de organização¹⁷⁹.

Os fundamentos do sistema: a lei de 9 de setembro de 1986 e a lei de 10 de julho de 1990

A Lei nº 86-1020, de 9 de setembro de 1986, relativa à luta contra o terrorismo e contra os ataques à segurança do Estado, implantou os fundamentos do sistema francês de indenização das vítimas de atos terroristas. Estes fundamentos não eram questionados até 11 de setembro de 2001.

Antes desta lei entrar em vigor, a cobertura dos danos causados por atos terroristas era excluída das apólices de seguros. Estes danos não eram considerados como riscos asseguráveis. Nestas condições, a indenização das vítimas era assumida, em princípio, unicamente pelos poderes públicos. As poucas companhias de seguros que propunham apólices incluindo a cobertura do risco terrorista ofereciam contratos de grande diversidade. A série de atentados do início dos anos 80 conscientizou sobre a necessidade de generalizar a cobertura dos danos ligados aos atos terroristas.

A lei de 9 de setembro de 1986 inova em vários pontos. No plano penal, instaura um procedimento de repressão particular para os atos terroristas, centralizada em Paris, e organiza as investigações

¹⁷⁷ Cass. civ., 28 de outubro de 1991, RGAT 1992 178, nota R. Maurice.

¹⁷⁸ Cass. 1ª civ., 11 de outubro de 1983, RGAT 1984 182.

¹⁷⁹ Cass. 1ª civ., 17 de outubro de 1995, Bull. civ. I, nº 368.

e as penas. No plano civil, introduz um mecanismo de indenização dos danos, tantos corporais quanto materiais¹⁸⁰.

Tratando-se dos danos corporais, como vimos, a lei de 9 de setembro de 1986 cria um fundo de garantia para as vítimas de atos de terrorismo, financiado mediante uma retirada dos contratos de seguro dos bens¹⁸¹. Este fundo indeniza as vítimas, qualquer que seja sua nacionalidade, por atos de terrorismo ocorridos na França, a partir do dia 1º de janeiro de 1985. O fundo de garantia indeniza integralmente os danos corporais das vítimas feridas e os prejuízos morais e econômicos dos dependentes das vítimas falecidas, levando em consideração as prestações pagas aos órgãos sociais, públicos ou privados. O pedido de indenização é diretamente dirigido ao fundo de garantia; a vítima ou os dependentes dispõem de um prazo de dez anos a partir da data do terrorismo. O fundo de garantia verte uma primeira provisão até um mês após ter recebido o pedido por parte da vítima para enfrentar os primeiros gastos. Apresenta, depois, por escrito, uma oferta de indenização definitiva, no máximo três meses após ter recebido da vítima as justificativas de seus prejuízos¹⁸². A vítima dispõe, então, de um prazo de reflexão de quinze dias para aceitar a oferta de indenização, iniciar uma discussão sobre seu montan-

¹⁸⁰ As disposições relativas à indenização das vítimas foram codificadas nos artigos L. 126-1, L. 126-2 e L. 422-1 a L. 422-3, do Código dos Seguros.

¹⁸¹ Artigos L. 126-1 e L. 422-1, do Código dos Seguros.

¹⁸² Por outro lado, outros direitos são reconhecidos às pessoas que sofreram danos corporais resultantes de atos terroristas. Em particular, os dependentes das vítimas falecidas são exonerados de direitos de sucessão. As vítimas de atos de terrorismo cometidos desde o dia 1º de janeiro de 1982 possuem, igualmente, o estatuto de vítima civil de guerra, beneficiando-se, assim, dos direitos e vantagens decorrentes em virtude do Código das pensões militares de invalidez e das vítimas de guerra (atribuição de uma pensão não acumulável, direito aos tratamentos médicos gratuitos e aos aparelhos, notadamente).

te ou recusá-la. Neste último caso, a vítima pode acionar o tribunal competente. Para os danos materiais, a lei coloca a indenização a cargo dos seguradores. Para este fim, ela cria para os contratos de seguro de bens uma obrigação de garantia relativa ao risco terrorista.

A Lei nº 90-589, de 6 de julho de 1990, completa o dispositivo de indenização implantado, estendendo-o às vítimas francesas de atos terroristas ocorridos no exterior. Desta maneira, a França parece dotada de uma legislação exemplar aplicável às vítimas de atentados. O dispositivo instalado, fundado numa partilha dos papéis entre os poderes públicos e atores privados, satisfaz globalmente. O fundo de garantia das vítimas do terrorismo atendeu, desde sua criação, necessidades reais. Exemplo disto, em sua intensa atividade desde o dia 1º de janeiro de 1985 até o dia 31 de dezembro de 2002, cuidou de 2.841 pedidos de indenizações de vítimas de atos terroristas.

Os limites do sistema

Várias dificuldades, no entanto, vão surgir gradativamente. A aplicação da noção de ato de terrorismo pode ser uma fonte de dificuldades. A taxa de prêmio é deixada à liberdade contratual e varia, na prática, segundo a natureza dos bens assegurados e sua situação geográfica. Desigualdades entre segurados são introduzidas, muitas vezes sem justificação econômica. Além disso, em matéria de indenização, o Fundo de Garantia das Vítimas do Terrorismo e Outras Infrações foi colocado em desequilíbrio por causa do valor das avaliações do prejuízo feitas pelo juiz, durante os processos penais. Assim, a Corte de Justiça Criminal Especial de Paris, que condenou no dia 4 de outubro de 1992 Max X..., o especialista em bombas do grupo *Action directe*, acordou à vítima uma indenização superior àquela dada pelo fundo.

Enfim, e, sobretudo, os seguradores denunciaram, após o dia 11 de setembro de 2001, a insuficiente mutualização dos riscos para a cobertura dos danos materiais resultantes de atos terroristas. Logo após deste ato terrorista, os seguradores franceses decidiram que eles não reconduziriam as apólices de seguro mais arriscadas a partir de 31 de dezembro, data em que um grande número de contratos se encerrava. De seu lado, os resseguradores anunciaram sua intenção de não mais oferecer uma garantia contra o risco terrorista para uma série de bens, incluindo imóveis do bairro de negócios La Défense, os locais turísticos mais freqüentados e as instalações petroquímicas. Isto poderia resultar no desaparecimento do conjunto das apólices de seguro dano-responsabilidade dos bens visados pela exclusão. Sem uma adaptação do dispositivo, alguns segurados e, em particular, empresas e comunidades locais consideradas como especialmente expostas ao risco terrorista, encontraram-se privadas de qualquer cobertura para os bens, inclusive para enfrentar danos não ligados ao terrorismo. Esta situação levou, quanto aos danos materiais, a repensar o sistema implantado pela lei de 9 de setembro de 1986.

Após os atentados de 11 de setembro de 2001, a criação do GAREAT

No outono de 2001, negociações abertas pela direção do Tesouro com seguradores permitiu chegar a uma solução operacional no dia 1º de janeiro de 2002. Medidas foram rapidamente tomadas pelos poderes públicos¹⁸³ no sentido de uma maior combinação entre responsabilidade e solidariedade: a Caixa Central de Resseguros

¹⁸³ Cf. Comunicado do Ministério da Economia, das Finanças e da Indústria do dia 10 de dezembro de 2001.

(CCR) garantiu os riscos do setor aéreo, superiores a 50 milhões de dólares; disposições fiscais foram estabelecidas a fim de facilitar, no balanço das companhias de seguros, a constituição de provisões cobrindo os riscos de terrorismo; a mutualização do risco terrorista foi procurada pela constituição de um *pool* sob forma de agrupamento de interesse econômico, já que o Agrupamento dos Seguradores e dos Resseguradores dos Atentados Terroristas (GAREAT), somente atua nos danos materiais.

O GAREAT agrupa as sociedades da Federação Francesa das Empresas de Seguros (FFSA) e o Grupo das Empresas Mutualistas de Seguros (GEMA) para as quais a adesão é obrigatória, assim como as sociedades autorizadas para praticar uma atividade de seguro direto sobre o território francês. É financiado por um prêmio pago pelos membros do *pool*. Este prêmio é determinado por aplicação de uma porcentagem ao valor regulamentar do cálculo do pagamento “catástrofes naturais”, com uma taxa variável em função dos valores segurados¹⁸⁴. Os riscos são compartilhados entre os seguradores, os resseguradores e o CCR, oferecendo o Estado sua garantia ilimitada, além de um certo patamar¹⁸⁵.

A garantia oferecida pelo GAREAT é duplamente circunscrita. Por um lado, o GAREAT atua somente para a indenização dos danos materiais sofridos pelas vítimas de atos terroristas. Ele não atua, ao contrário, para os danos corporais que continuam sendo indenizados pelo fundo de garantia das vítimas de atos terroristas, criado pela lei de 9 de setembro de 1986. Por outro lado, o GAREAT só pode ser mobilizado para certos tipos de apólices de seguro: a apólice deve incluir um ramo de danos aos bens e um ramo de riscos

¹⁸⁴ De 6 M• a 20 M•: 6 %; de 20 M• a 50 M•: 12 %; além de 50 M•: 18 %.

¹⁸⁵ 1,5 Md• em 2002; 1,75 Md• em 2003. O nível de intervenção do Estado deveria ser fixado em 2 Md• em 2004, 2005 e 2006.

técnicos; os capitais segurados em danos diretos e perdas de exploração devem ser superiores a 6 milhões de euros; o risco deve ter ocorrido em território francês¹⁸⁶.

Esse esquema apresenta, entretanto, duas qualidades essenciais: permite, por um lado, uma mutualização do risco terrorista entre seguradores, limitando ao mesmo tempo o envolvimento dos resseguradores; garante, por outro lado, a indenização das vítimas, graças à garantia do Estado, qualquer que seja o nível dos sinistros, além de um determinado patamar. Neste estágio, o GAREAT parece ser satisfatório. Prova disto: instituído somente por um ano renovável, o dispositivo foi prolongado.

2.2.3. Os riscos tecnológicos

O legislador interveio neste setor para organizar um regime envolvendo responsabilidade e solidariedade. Elaborada após reflexões e concertações feitas a partir da catástrofe da usina de Grande Paroisse (AZF), em Toulouse, a lei de 30 de julho de 2003, relativa à prevenção dos riscos técnicos e naturais e à reparação dos danos comporta, para os riscos tecnológicos, além de medidas em matéria de prevenção, disposições visando a uma indenização rápida e completa dos sinistrados, em caso de acidente.

Os contratos contra danos causados a bens de habitação ou a veículos terrestres a motor abrem um direito à garantia para os danos resultantes de catástrofes tecnológicas. O estado de catástrofe tecnológica é constatado por decisão da autoridade competente. A vítima é indeni-

¹⁸⁶ São, sobretudo, excluídos os riscos de particulares, as apólices de danos imateriais não consequentes a danos materiais, riscos de roubo, pilhagem, fraude, consequência de atentados ou atos de terrorismo, os riscos de armas e artefatos nucleares, os riscos da polícia, do transporte, da marinha e da aviação.

zada por seu segurador ou, se ela não tiver seguro, pelo fundo de garantia do automóvel, sendo o segurador da vítima sub-rogado nos direitos desta junto ao industrial ou a seu segurador. Os princípios clássicos em matéria de responsabilidade civil, segundo os quais a reparação é finalmente da responsabilidade de quem responde pelo sinistro¹⁸⁷, encontram aqui aplicação. Estão cobertos os danos ligados às instalações Seveso, ao transporte de matérias perigosas e à exploração de instalações de armazenamento subterrâneo. A reparação deve ser integral e efetiva num prazo de três meses.

C – Mecanismos comuns

A tendência à ampliação da cobertura dos riscos sociais, quaisquer que sejam os atores, e a afirmação do princípio da precaução, que pode ser oposto ao poder público, levam à instalação de mecanismos ou abordagens convergentes do tratamento dos riscos, sejam estes devidos a atividades interessando os poderes públicos ou comunidades públicas ou àquelas dos atores privados.

I. Os riscos sociais ligados à atividade de pessoas tanto privadas quanto públicas

Se os fundamentos da responsabilidade das pessoas públicas continuam diferentes daqueles dos regimes de responsabilidade dos atores privados, as soluções para a cobertura dos riscos, pelo menos em certas áreas, se aproximam, mesmo se for simplesmente pelo fato de que a idéia que possa ter divergências substanciais para riscos comparáveis, nos regimes de reparação, é cada vez mais percebida como inaceitável.

¹⁸⁷ Cf. Decisão nº 99-419 DC, do Conselho Constitucional, de 15 de novembro de 1999.

I.1. O exemplo dos acidentes de trabalho

I.1.1. A reparação *forfaitaire*

O compromisso social previsto pela lei de 9 de abril de 1898 se empenha em proteger a vítima, limitando ao mesmo tempo a responsabilidade do empregador. Este sistema, ainda em vigor hoje, alia responsabilidade e solidariedade pela cobertura de um risco social, o risco profissional. A lei cria para o empregador uma responsabilidade sem culpa. Em outras palavras, a noção de culpa é eliminada e a responsabilidade do empregador é questionada mecanicamente, visto que o direito à reparação é fundado sobre a noção de risco profissional. Em contrapartida, a vítima (ou seus dependentes) obtém automaticamente uma reparação *forfaitaire*, mas não pode acioná-la para reparação, com exceção dos casos particulares que são o erro indesculpável ou o erro intencional do empregador, caso este em que o empregador deve assumir totalmente a reparação.

Nesse caso, a reparação *forfaitaire* é destinada a cobrir a “perda de ganho” da vítima. Ela visa, com efeito, substituir o salário ou parte do salário que a vítima não pode mais receber pelo fato de sua incapacitação. Todavia, a reparação *forfaitaire* não cobre os prejuízos ditos extrapatrimoniais.

Esse sistema foi retomado na lei de 25 de outubro de 1919, relativa à indenização das doenças profissionais, e, sobretudo, como vimos, na Lei nº 46-2426, de 30 de outubro de 1946, sobre a prevenção e a reparação dos acidentes de trabalho e as doenças profissionais. Doravante, a seguridade social substituiu os empregadores na gestão e na reparação do risco “acidentes de trabalho-doenças profissionais” (AT-MP). Em vez de pagar prêmios a seus seguradores privados, os empregadores pagam cotizações ao ramo AT-MP da seguridade social, cujo montante é ligado, principalmente, ao nível de risco do ramo no

qual se encontra a empresa¹⁸⁸. A cotização torna-se, por meio disto, não somente um instrumento de financiamento, mas igualmente de prevenção do risco: as empresas são, em princípio, incentivadas a dominar o risco para fazer baixar sua taxa de cotização.

Esse sistema de reparação é, portanto, duplamente derogatório, em relação ao direito comum da responsabilidade de um lado e, de outro, em relação ao fato de a seguridade social assumir habitualmente o risco de doença.

1.1.2. A recente evolução: rumo a uma aproximação com o direito comum da responsabilidade

Um sistema cada vez mais contestado

As vantagens tradicionais da indenização dos acidentes de trabalho ligados aos reembolsos rápidos e mais generosos do que aqueles previstos pelo seguro-doença tornaram-se mais sensíveis em decorrência do desenvolvimento dos seguros complementares para a saúde, a multiplicação dos casos de “afecções de longa duração”, o fato de a seguridade social assumir 100% e a garantia, cada vez mais freqüente pelas convenções coletivas, nos casos de acidente ou de doença e da manutenção do salário durante certo período. A indenização *forfaitaire* pode, freqüentemente, mostrar-se menos favorável do que o direito comum da responsabilidade civil. O artigo 1384, do Código Civil, sobre a responsabilidade permite que as vítimas obtenham uma reparação sem ter que provar a culpa do autor

¹⁸⁸ Nas atividades de risco elevado, encarregar-se do risco é mais importante, as cotizações são mais elevadas e a mutualização mais forte. O ramo da construção e das obras públicas, por exemplo, é objeto de um sistema específico de tarifação, desde 1947.

do dano. Além disso, trata-se de uma reparação integral, visto que é próprio da responsabilidade civil restabelecer tão exatamente quanto possível o equilíbrio destruído pelo dano¹⁸⁹.

Um sistema em concorrência com outros modos de reparação

Uma tendência à harmonização da indenização dos acidentes de trabalho e do direito comum da responsabilidade

A reparação clássica dos acidentes de trabalho foi, além disso, um fator concorrencial pelo desenvolvimento de uma responsabilidade penal sobre o fundamento da lei de 6 de julho de 1990, relativa às vítimas de infrações, codificada nos artigos 706-3 a 706-15, do Código Processual Penal e pelo desenvolvimento de regimes específicos de indenização no campo dos riscos profissionais, como, por exemplo, no caso dos prejuízos causados pelo amianto.

Seja o empregador uma pessoa privada ou uma pessoa pública, estes avanços são no sentido de uma melhor indenização e questionam, pelo menos em parte, a filosofia da lei de 1898.

¹⁸⁹ Vários fatores podem, entretanto, conduzir, em certos casos, a um montante de reparação inferior no direito comum àquela prevista pelo regime AT-MP, notadamente, a situação individual da vítima (idade, estado de saúde) tomada em consideração para calcular os prejuízos extrapatrimoniais; a tomada em consideração da pluralidade das caixas (notadamente do assalariado quando sua culpa incide somente na culpa inexcusável e unicamente se esta é vista como uma falta inexcusável, o que é excepcional; o desaparecimento da maioria atual da reparação no caso de culpa inexcusável do empregador). Cf. Sobre estes pontos, o relatório de Michel Laroque sobre a renovação da reparação dos acidentes e das doenças profissionais (março de 2004).

• **A Corte de Cassação estendeu muito o campo da culpa escusável do empregador e modificou o cálculo da renda**

Com seus pareceres de 28 de fevereiro de 2002 (entre os quais Sociedade Eternit v/ Sra. Chavatte e outros), a Corte de Cassação julgou que o empregador devia uma obrigação geral de segurança, resultante do contrato de trabalho¹⁹⁰. Deduziu que a falta de obediência a esta obrigação tem caráter de culpa indesculpável, isto é, “quando o empregador tinha ou deveria ter tido consciência do perigo ao qual era exposto o assalariado e não tomou as medidas necessárias para preservá-lo”. O juiz afirmou, assim, o fundamento contratual da obrigação que pesa sobre o empregador. Trata-se de uma obrigação de resultado e não mais de recursos. A falta é vista como resultante da realização do risco. A Corte, por outro lado, flexibilizou a ligação de causalidade exigida (Cass. soc., 31 de outubro de 2002, Société Ouest Concassage).

De acordo com a jurisprudência anterior, era necessário que o erro tivesse sido a causa *determinante* do acidente. Entretanto, para novos entendimentos jurisprudenciais, basta que o erro tenha

¹⁹⁰ Vários relatórios públicos recentes preconizam repensar o sistema atual de reparação em favor de uma reparação integral sistemática dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais. Relatório de MM. Mass e Zeggar (junho de 2001); relatório do Tribunal de Contas sobre a gestão do risco e das doenças profissionais (fevereiro de 2002); relatório Yahiel (abril de 2002); relatório de M. Laroque (março de 2004). Trata-se de fazer aparecer num texto legislativo os avanços da jurisprudência que, com a extensão da noção de culpa inescusável, leva a admitir cada vez mais a reparação integral do prejuízo sofrido na base de uma ação em reparação dos prejuízos pessoais. O relatório de M. Laroque sobre a renovação da reparação dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais (março de 2004) sintetiza diferentes estudos a fim de estimar o aumento que levaria a uma reparação integral dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais.

sido “uma causa necessária para que a responsabilidade do empregador seja considerada, enquanto outros erros participaram do dano”. A Corte de Cassação terminou o cálculo da renda em função do grau de erro do empregador (Cass. soc., 19 de dezembro de 2002, Sra. Hervé v/ CPAM de Angers), em favor de um aumento máximo e sistemático da renda. O cálculo anterior em função do grau de gravidade do erro era, com efeito, pouco coerente com a noção de erro indesculpável. Somente o erro indesculpável do assalariado pode justificar doravante uma diminuição da renda. Todavia, este erro indesculpável está definido de forma restritiva como um “erro voluntário de excepcional gravidade, expondo sem razão válida seu autor a um perigo do qual deveria ter consciência” (Cass., civ. 2ª, 27 de janeiro de 2004).

- **Tratando-se dos agentes públicos, o Conselho de Estado tratou do princípio do *forfait* de pensão e admitiu o princípio de uma indenização complementar**

A reparação dos acidentes de trabalho dos empregados é levemente diferente daquela prevista para os assalariados de direito privado. Como vimos, por sua decisão de 21 de junho de 1895, Cames, o Conselho de Estado criou a responsabilidade por risco profissional julgando que a administração era obrigada, até na ausência de erro de sua parte, a reparar os danos corporais sofridos por seus agentes no cumprimento de suas funções. Por um parecer de 1º de julho de 1905 e, depois, por meio de uma decisão de 12 de janeiro de 1906, Paillotin¹⁹¹, o Conselho de Estado colocou depois a regra do *forfait* de pensão, que é de origem inteiramente jurisprudencial. A idéia que prevaleceu em 1905 era que, quando o legislador definiu as condições de indenização das vítimas de

¹⁹¹ CE, 12 de janeiro de 1906, Sieur Paillotin, col. p. 36.

certos danos, “o direito comum da responsabilidade do poder público não se aplica; ele desaparece diante das regras legislativas especiais”¹⁹². A definição de um direito à pensão, pelo legislador, em caso de acidente de trabalho, foi logo interpretada como conferindo um caráter *forfaitaire* a esta pensão. O dinheiro não pode pretender nenhuma outra reparação, mesmo na presença de erro da administração, este último aspecto constituindo uma diferença importante em relação à indenização dos assalariados de direito privado.

Se o *forfait* de pensão é, hoje, vivamente criticado, este sistema era, na origem, muito favorável, pois oferecia uma reparação automática, sem ter que provar um erro da administração. Ele permitia reparar os prejuízos não-corporais, numa época em que o regime de direito comum da responsabilidade era ainda pouco desenvolvido.

A reparação por meio do *forfait* de pensão se revela incompleta, hoje, em relação ao regime de direito comum da responsabilidade, mas também em relação ao desenvolvimento da responsabilidade administrativa. Se a reparação *forfaitaire* permite ao acidente de trabalho ser é mais vantajosa que os reembolsos previstos no âmbito do seguro-doença, ela se revela freqüentemente para riscos comparáveis (risco invalidez), bem inferior ao que a vítima obteria pela aplicação das regras de direito comum, visto que o agente não pode obter reparação a título de seus sofrimentos físicos ou morais¹⁹³. O *forfait* de pensão resulta, habitualmente, em situações não-equitativas, qualificadas pelo presidente Odent como “soluções paradoxais”¹⁹⁴.

Recentemente, o Conselho de Estado operou avanços jurisprudenciais para que a vítima seja indenizada na base de uma re-

¹⁹² R. Odent, Corte de contencioso administrativo, p. 1335.

¹⁹³ CE, Ass., 4 de julho de 2003, Sra. M. - C., col. p. 323, concl. Didier Chauvaux, RFDA, 2003, nº 5, p. 991.

¹⁹⁴ R. Odent, tribunal de contencioso administrativo, op. cit., p. 1335 e segts.

paração integral. Por meio das decisões de Sessão de 15 de dezembro de 2000, Sra. Bernard e Sr. Castanet, o *forfait* de pensão não se aplica mais quando o empregador, por um erro visível, agrava as consequências danosas do acidente de serviço. O Conselho definiu, além disso, um sistema muito mais completo de reparação dos acidentes de serviço, em sua decisão de Assembléia de 4 de julho de 2003, Sra. M-C.

A solução escolhida baseia-se num sistema de três níveis, que permite reparar integralmente o prejuízo. A decisão Sra. M-C. restringe, consideravelmente, o campo de aplicação do *forfait* de pensão. A idéia principal é que a reparação *forfaitaire* prevista pelos textos no caso de acidentes de serviço, somente cubra os danos diretamente ligados à violação da integridade física, e não proíbe ao funcionário público obter, na base da responsabilidade por risco, ou seja, sem culpa da administração, uma indenização complementar reparando os prejuízos distintos da violação da integridade física. Além disso, no caso de culpa por parte da administração, até simples, o agente pode pedir uma indenização suplementar a título de perda de renda.

Essa solução permite conservar o princípio do *forfait* de pensão, abrindo ao mesmo tempo as possibilidades de reparação integral para as vítimas. Apresenta também a vantagem de fortalecer a coerência entre o regime de reparação aplicável aos assalariados do setor privado e aquele aplicável aos agentes públicos. Enfim, permite respeitar o princípio de igualdade diante dos encargos públicos.

• As jurisprudências do juiz administrativo e do juiz judiciário tendem a aproximar-se

Por intermédio de raciocínios diferentes, a Corte de Cassação e o Conselho de Estado visam, portanto, hoje, promover a reparação dos danos sofridos pelas vítimas de acidentes de trabalho. No

primeiro caso, a noção de erro desculpável do empregador foi ampliada e o cálculo da renda, modificado, enquanto no segundo caso foi a regra do *forfait* de pensão que viu seu campo de aplicação diminuir para permitir a indenização dos prejuízos pessoais.

O Conselho de Estado usa a noção de “distúrbios de toda natureza nas condições de existência” e distingue a fração da indenização alocada em reparação dos distúrbios fisiológicos daquela alocada em razão dos outros distúrbios nas condições de existência¹⁹⁵. Esta distinção é importante, visto que permite determinar o valor do recurso dos órgãos sociais. A Corte de Cassação, por sua vez, restringiu o campo da noção de “prejuízo de *agrément* (pessoal)”, que cobria às vezes um prejuízo fisiológico que escapava assim da ação recursória das Caixas de Seguridade Social¹⁹⁶. Esta noção se aproxima daquela de “distúrbios nas condições de existência”, usada pelo Conselho de Estado¹⁹⁷.

1.2. O exemplo da segurança sanitária

Frente ao avanço de certos riscos freqüentemente de ordem sanitária, fontes de problemas delicados de responsabilidade e de indenização, o legislador interveio para trazer soluções jurídicas e financeiras aplicáveis ao setor privado, como também ao setor públi-

¹⁹⁵ CE, Ass., 14 de fevereiro de 1975, Société des Eaux de Marseille, concl. Morisot, col. p. 124.

¹⁹⁶ Cass. soc., 9 de novembro de 1976, Bull. civ. V, n° 573; 21 de outubro de 1985, Bull. civ. V, n° 478; Cass. civ. 2ª, 23 de outubro de 1985, Bull. civ. II, n° 163; Cass. crim., 26 de maio de 1992, Bull. crim., n° 210; Cass. civ. 2ª, 19 de março de 1997, D. 1998 59.

¹⁹⁷ Cf. também para uma reformulação recente, CE, 15 de julho de 2004, Duval Costa.

co. Foi assim que procurou resolver o problema dos riscos terapêuticos e da responsabilidade médica, e trazer respostas específicas a crises sanitárias ligadas aos riscos particulares que são os riscos seriais ou de massa.

1.2.1. A responsabilidade médica e hospitalar, a indenização da eventualidade terapêutica

Precedida por uma importante evolução jurisprudencial, a lei de 4 de março de 2002 reafirmou o princípio, dizendo que a responsabilidade em matéria sanitária é, antes de tudo, fundada sobre a culpa, prevendo ao mesmo tempo acionar a solidariedade nacional em alguns casos.

Avanços jurisprudenciais remodelaram profundamente, nestes últimos anos, as condições de engajamento da responsabilidade do serviço público de saúde, no sentido de uma melhor tomada de consideração da indenização das vítimas. Esta evolução foi marcada pelo declínio da culpa grave e pela ampliação da responsabilidade sem culpa, nestas hipóteses estritamente definidas.

O declínio da culpa grave

A jurisprudência de “Section Dame Vion esposa Loiseau e Dame Philiponneau”, de 8 de novembro de 1935 (col. p. 1019), colocara uma distinção fundamental: uma culpa leve era suficiente para envolver a responsabilidade do hospital quando o dano resultava de má organização ou de funcionamento defeituoso do serviço ou de um ato de tratamento; mas uma culpa grave era necessária quando resultava de um ato médico. O juiz queria, assim, levar em conta a particular dificuldade da arte médica e os imprevistos que lhe são inerentes.

Ao longo dos anos, a distinção entre o ato do cuidado (que o juiz denomina “ato corrente e de caráter benigno”) e o ato médico tornou-se ininteligível. A fronteira entre os atos de cuidado e os atos médicos era difícil de ser delimitada, porque a técnica médica evolui e o tratamento de um enfermo necessita, geralmente, de uma sucessão de atos médicos e de atos de cuidado, estes, muitas vezes, praticados tanto pelos médicos quanto pelos enfermeiros.

Confrontado esta questão, o Conselho de Estado decidiu, em seu veredito de Seção *Rouzet*¹⁹⁸, não mais basear-se nos critérios orgânicos extraídos da qualidade do autor do ato, mas nos critérios extraídos da natureza de tais atos: os atos que somente podem ser praticados pelos doutores em medicina ou sob a responsabilidade e a vigilância direta de um médico só podiam envolver a responsabilidade da administração por culpa grave; ao contrário, uma culpa leve era suficiente para os atos que podiam ser executados por auxiliares médicos qualificados sem a presença do médico.

A dúvida quanto à pertinência desta distinção levou o Conselho de Estado a reduzir progressivamente a distinção entre culpa grave e culpa leve.

De um lado, o juiz fez pesar uma obrigação cada vez mais rigorosa sobre o serviço público hospitalar, mantendo uma concepção mais ampla das disfunções constitutivas de falhas na organização do serviço. De outro lado, o juiz delimitou de forma cada vez mais restrita o campo da culpa grave, limitando-a apenas aos atos médicos realmente complexos e reservando, ao contrário, uma ampla aceção da culpa grave quando é exigida.

O resultado lógico desta evolução foi o abandono da exigência de uma culpa grave para os atos médicos, pela decisão *Casal V.*¹⁹⁹.

¹⁹⁸ CE, Seção, 26 de junho de 1959, col. p. 405.

¹⁹⁹ CE, Ass., 10 de abril de 1992, *Casal V.*, col. p. 171.

Todavia, esta reviravolta da jurisprudência não desencadeou uma mudança radical das obrigações que pesam sobre o serviço público de saúde. Em suas conclusões no caso Casal V., o comissário do governo precisava o alcance da decisão ao dispor que trata-se dos atos realizados pelo médico hospitalar e, de acordo com a natureza de cada um deles, fazer passar o limite da responsabilidade pecuniária do estabelecimento entre o erro isolado, inabilidade leve ou imprudência mínima explicável por causa de uma situação emergencial – digamos o erro não-culposos – e a culpa, ou seja, a opção ou o gesto claramente contrário às regras da arte. Em nossa opinião, esta descrição não vai muito além do que caracteriza a tendência dominante de sua prática jurisprudencial, que estende amplamente o campo da culpa indenizável (levando em consideração, notadamente, a gravidade das conseqüências do ato) e que reserva o erro não-culposos ao imponderável e ao imprevisível, às eventualidades indissociáveis de qualquer intervenção médica sobre o corpo humano. Não se trata nem de transformar a obrigação de meio em obrigação de resultado nem assimilar a culpa médica a outras culpas. Compreende-se que se trata de uma culpa específica regulada pelas leis particulares da disciplina em questão. Em qualquer regime de responsabilidade por culpa, o patamar da culpa coloca-se, inclusive, num nível determinado pela natureza e a dificuldade da ação empreendida, exceto nos casos em que a dificuldade não é a única consideração levada em conta. A medicina “não é um destes casos”. A noção de “culpa médica capaz de envolver a responsabilidade do hospital” deixa margem à apreciação por parte do juiz, em função da natureza e da dificuldade das tarefas em questão e deve ser distinguida do simples erro ou inabilidade. A jurisprudência dos tribunais administrativos e das cortes administrativas de apelação, desde 1992, não vai no sentido de um sensível aumento do número de casos em que a responsabilidade dos hospitais é considerada no tocante a atos médicos. O juiz administrativo continuou apreciando a atividade

médica à luz das dificuldades específicas que são inerentes a esta atividade e evitando a confusão entre a culpa e o erro, a inabilidade ou o imponderável que participam, de forma às vezes inelutável, das eventualidades próprias de qualquer ato médico. A verdadeira ruptura na jurisprudência é mais a diminuição do alcance concreto da exigência de uma culpa grave, nos anos oitenta²⁰⁰.

O abandono da culpa grave tinha surgido, além disso, logo em 1966, para o caso dos doentes mentais. Foi confirmado para a atividade dos SAMU²⁰¹ e estendido a hipóteses em que o Estado é responsável pelos danos sofridos durante os cuidados num estabelecimento público de saúde, a saber: transfusão de sangue²⁰², hospitalização obrigatória dos doentes mentais²⁰³.

Além disso, se cabe à vítima, em princípio, trazer a prova da culpa, a evolução da jurisprudência mostra uma recorrência maior, seja da inversão do ônus da prova, ou da presunção irrefragável de culpa. Entretanto, em matéria médica, o problema é freqüentemente menor em relação ao ônus da prova do que a possibilidade de poder provar qualquer coisa. O exame da jurisprudência permite distinguir vários tipos de culpas: a culpa na organização e o funcionamento do serviço, que se traduz por erros e falhas administrativas, atrasos, relações deficientes entre o médico e o pessoal paramédico, ausência de pessoal competente e falta de vigilância dos doentes; culpa nos cuidados paramédicos; culpa médica, resultando de um erro de diagnóstico, escolha terapêutica errada, falha na execução do tratamento ou da ci-

²⁰⁰ Ver Christine Maugué, *Droit médical et hospitalier*, Litec.

²⁰¹ CE, Seção, 20 de junho de 1997, Theux, p. 254.

²⁰² CE, Ass., 9 de abril de 1993, M. D., p. 110.

²⁰³ CE, 14 de abril de 1999, *Société Assurances générales de France v/ Commune d'Anctoville*, col. tab. p. 921.

rurgia e falha durante atos médicos de investigação; não-cumprimento da obrigação de informação e falta de consentimento do paciente.

Nesse campo, é preciso enfatizar o forte surgimento da questão do consentimento livre e esclarecido por parte do paciente. Este princípio foi, gradativamente, incorporado ao direito positivo e consta, hoje, no Código de Deontologia Médica, no Código Civil e no Código da Saúde Pública²⁰⁴. O paciente, para dar um consentimento esclarecido, deve dispor das informações necessárias a fim de tomar sua decisão: natureza da intervenção, razões pelas quais é recomendada pelo médico e eventualidades da intervenção.

O juiz administrativo aplica doravante a teoria da perda de sorte, que leva, neste caso, a proporcionar a reparação à probabilidade de uma recusa por parte do doente devidamente informado para sofrer a intervenção²⁰⁵. Neste ponto, ele se aproxima das soluções definidas pelo juiz judiciário. Antes, o juiz administrativo, que não aplicava a teoria da perda de sorte, condenava o hospital que tinha falhado em sua obrigação de informação a reparar o prejuízo total. Entretanto, as condições para admitir a existência de uma falha continuavam severas. Esta evolução contribuiu para a consagração do princípio pela lei de 4 de março de 2002.

A responsabilidade sem culpa: as jurisprudências Bianchi e Gomez, elementos *precursores* da socialização dos riscos no campo médico?

²⁰⁴ Artigo L. 1111-4, oriundo da lei de 4 de março de 2002, relativa aos direitos dos doentes e à qualidade do sistema de saúde.

²⁰⁵ CE, Seção, 5 de janeiro de 2000, Consorts T, col. p. 5; Ass., 19 de maio de 2004, Caisse régionale d'assurance maladie d'Ile-de-France; AJDA, 2004, p. 1361, Crônica C. Landais e F. Lenica.

Os pareceres Gomez (CAA de Lyon, 21 de dezembro de 2000, col. p. 498) e Bianchi (CE, Ass., 9 de abril de 1993, col. p. 127 concl. Daël) talvez parecessem audaciosos: enquanto até aquele momento, a culpa permanecia no coração do envolvimento da responsabilidade do serviço público de saúde, eles retinham a responsabilidade de um estabelecimento hospitalar, não sobre o fundamento da culpa, mas sobre aquele do risco possível. De acordo com a jurisprudência Gomez, o uso de uma terapêutica nova cria, quando suas consequências não são, ainda, totalmente conhecidas, um risco especial para os doentes em questão, e quando o recurso a tal terapêutica não se impõe por razões vitais, as complicações excepcionais e anormalmente graves que são a consequência direta disto envolvem, mesmo na ausência de culpa, a responsabilidade do serviço público hospitalar.

Alguns comentaristas ligaram a solução escolhida ao regime dos colaboradores do serviço público, tratando-se das consequências de uma nova terapêutica. No entanto, a decisão Bianchi, caso no qual não havia aplicação de uma terapêutica nova, teve todo seu alcance na evolução jurisprudencial. O Conselho de Estado julgou, com esta decisão, que quando um ato médico necessário ao diagnóstico ou ao tratamento do doente apresenta um risco cuja existência é conhecida, mas sua realização é excepcional e à qual nenhuma razão permite pensar que o paciente seja particularmente exposto, a responsabilidade do serviço público hospitalar é envolvida se a execução do ato for a causa direta de danos sem relação com o estado inicial do paciente como a evolução previsível deste estado e apresentando um caráter de extrema gravidade (tratava-se, no caso, de uma espécie de arteriografia).

Essa solução foi, igualmente, escolhida quando o ato médico fora praticado no momento de uma intervenção sem fim terapêutico, no caso, uma circuncisão ritual²⁰⁶. Do mesmo modo, o juiz adminis-

²⁰⁶ CE, Seção, 3 de novembro de 1997, Hôpital Joseph-Imbert de Arles, col. p. 412.

trativo estimou que o serviço público hospitalar era responsável, mesmo na ausência de culpa por parte dele, pelas consequências danosas aos usuários, das falhas dos produtos e aparelhos de saúde que usa²⁰⁷.

O regime de responsabilidade definido pela jurisprudência Bianchi, entretanto, era submetido a condições muito estritas. Sete condições podem, com efeito, ser consideradas para que seja envolvida a responsabilidade do hospital público. Suas aplicações positivas foram, aliás, pouco numerosas, principalmente, pelo fato do critério de “dano de excepcional gravidade”, o que fez com que o balanço da jurisprudência Bianchi pudesse parecer decepcionante. Na realidade, abriu caminho à implantação, pela lei de 4 de março de 2002, de um regime de reparação da eventualidade terapêutica a título de solidariedade nacional.

“A aplicação de um regime de responsabilidade sem culpa, nesta hipótese - era audaciosa no plano teórico. Quando o ato médico é feito somente no interesse do paciente, não é evidente, com efeito, que a realização dos riscos que ele comporta possa ser vista como uma ruptura em seu detrimento, da igualdade diante dos encargos públicos, ruptura esta que constitui a justificação principal dos regimes de responsabilidade por risco. Entretanto, o fato de que uma intervenção terapêutica agrave de forma catastrófica o estado de saúde do paciente, sem que este possa beneficiar-se de uma indenização, é pouco aceitável. Constatando que o legislador não tinha implantado um dispositivo de reparação fundado, por exemplo, num mecanismo de seguro, a Assembléia do Contencioso tinha concordado em tratar a questão pela via jurisprudencial”²⁰⁸. O Conselho de Estado foi tão longe quanto podia sem desempenhar o papel do legislador.

²⁰⁷ CE, 9 de julho de 2003, Assistência pública – Hôpitaux de Paris v/ Sra Marzouk, col. p. 338: tratava-se do mau funcionamento de um respirador artificial.

²⁰⁸ Didier Chauvaux, Cahiers de la fonction publique, abril de 2002.

A lei de 4 de março de 2002: a afirmação do princípio de responsabilidade por culpa e a criação, pela lei, de um mecanismo de indenização da eventualidade terapêutica, fundado sobre a solidariedade nacional

A lei que consagra a obrigação de seguro por parte dos médicos prevê que a responsabilidade dos profissionais e estabelecimentos somente pode ser acionada no caso de culpa, exceto em dois casos: danos causados pelos produtos de saúde com defeito; infecções nosocomiais, que envolvem a responsabilidade dos estabelecimentos, a não ser que estes apresentem prova de uma causa externa. Além disso, quando um acidente médico, uma afecção iatrógena ou uma infecção nosocomial não envolva a responsabilidade de um profissional ou de um estabelecimento de saúde, a solidariedade nacional atuará, se os prejuízos sofridos pelo paciente resultarem em “consequências anormais perante seu estado de saúde, assim como a evolução previsível deste e apresentarem um caráter de gravidade, fixado por decreto, apreciado perante a perda de capacidades funcionais e consequências sobre a vida privada e profissional, medidas levando em consideração, particularmente, o grau de incapacidade temporária de trabalho”²⁰⁹.

Assim, a lei fez passar a carga financeira da reparação dos acidentes médicos mais sérios dos profissionais e dos estabelecimentos de saúde para os segurados sociais, por meio do Escritório Nacional de Indenização dos Acidentes Médicos, das afecções iatrógenas e das infecções nosocomiais (ONIAM), financiado pelo seguro contra as do-

²⁰⁹ O decreto de 24 de abril de 2003 envolve a solidariedade nacional para os danos resultando num grau de incapacidade permanente de pelo menos 24 % (ou seja, quase o máximo de 25 % fixado pelo legislador), ou correspondendo a certos critérios de gravidade.

enças (artigo L. I 142-22, do Código da Saúde Pública). Portanto, a lei inspira-se na evolução jurisprudencial. As condições para assumir um acidente médico pela solidariedade nacional são muito próximas daquelas exigidas pela jurisprudência, para que as consequências de um acidente terapêutico sejam reparadas por um estabelecimento hospitalar, com a diferença de que o mínimo de gravidade permitindo que os danos sejam assumidos foi fixado num nível de incapacidade permanente de pelo menos 24 %, enquanto as aplicações positivas da jurisprudência Bianchi tratavam de casos de IPP de 70 % ou mais²¹⁰.

Por outro lado, a lei permite que as vítimas formulem seus pedidos de indenização diante das Comissões Regionais de Conciliação e de Indenização (CRCI), sistema do qual nos podemos perguntar se ele não resulta numa complexidade excessiva em relação às vantagens esperadas (cf. infra).

Além disso, casos de abertura de responsabilidade sem culpa existem, previstos em outros textos legislativos, a saber: responsabilidade dos centros de transfusão de sangue e do Instituto Francês do Sangue, em matéria de transfusão (a Lei nº 61-846, de 2 de agosto de 1961); responsabilidade do Estado em matéria de vacinações obrigatórias (a Lei nº 64-643, de 1º de julho de 1964); responsabilidade dos promotores das pesquisas biomédicas em matéria de pesquisas biomédicas sem benefício individual direto (Lei nº 88-1138, de 20 de dezembro de 1988). Regimes jurisprudenciais de responsabilidade sem culpa continuam, além disso, sendo aplicáveis ao serviço público hospitalar: o regime de responsabilidade sem culpa aplicável aos colaboradores ocasionais (voluntários ou requisitados), que se aplicam aos hospitais públicos; o regime de responsabilidade sem culpa por causa dos danos provocados pelos doentes mentais, no momento de uma saída vigiada.

²¹⁰ Cf. Frédéric Thiriez, “A jurisprudência Bianchi, símbolo ou realidade?”, *Di-reito administrativo*, janeiro de 2001.

1.2.2. A aproximação das regras de responsabilidade entre os setores público e liberal

Durante muito tempo, considerava-se que o juiz judiciário era mais generoso que o juiz administrativo, principalmente por causa da jurisprudência sobre a culpa médica grave. Entretanto, o mesmo princípio de responsabilidade administrativa é favorável às vítimas, em razão das especificidades do direito público, que permite incriminar o serviço ou a equipe médica globalmente, em vez de mover uma ação contra o médico. Além disso, as evoluções descritas acima mudaram o cenário.

A Corte de Cassação responsabilizou, gradativamente, os profissionais de saúde pelas obrigações, permitindo ao paciente beneficiar-se de uma proteção maior. A autoridade judicial, paralelamente ao avanço do direito das vítimas, operado pelo juiz administrativo, fez evoluir sua jurisprudência. No final dos anos oitenta, a pressão sobre os médicos – tanto liberais como hospitalares – tornou-se maior, principalmente no que se refere à obrigação de informar o doente sobre os riscos do tratamento ou da intervenção, invertendo o ônus da prova²¹¹. Entretanto, como na ordem administrativa, limites foram fixados para a responsabilidade médica, por causa da parte de risco inerente ao ato médico.

A ação conjugada dos juízes e do legislador permitiu chegar ao fato de que os doentes tratados nos hospitais públicos, nos estabelecimentos privados ou no setor liberal sejam submetidos a regras comuns de responsabilidade. A unificação dos prazos de prescrição aplicáveis aos acidentes médicos foi realizada com o objetivo de restabelecer uma igualdade de tratamento entre as vítimas dian-

²¹¹ Cass. civ., 25 de fevereiro de 1997.

te do juiz judiciário e do juiz administrativo. Assim, segundo os termos do artigo L. 1142-28, do Código da Saúde Pública, as ações que tendem a questionar a responsabilidade dos profissionais de saúde ou dos estabelecimentos públicos ou privados de saúde, durante atos de prevenção, de diagnóstico ou de cuidados, prescrevem-se em dez anos, a partir da consolidação do dano. Esta prescrição substitui, em matéria de responsabilidade médica, a prescrição de trinta anos do direito comum e a prescrição quadrianual instaurada pela lei de 31 de dezembro de 1968, para os créditos sobre as comunidades públicas²¹².

No entanto, as regras de responsabilidade dependendo se as vítimas são pacientes do serviço público de saúde ou do setor privado têm fundamentos diferentes. Desde os pareceres Mercier²¹³ e Clínica Sainte-Croix²¹⁴, a responsabilidade dos médicos e das clínicas tem um fundamento contratual. Do ponto de vista da responsabilidade administrativa, o vínculo se cria não entre o médico e o paciente, mas entre o paciente e o hospital, para o qual o paciente é um usuário, colocado numa situação legal e regulamentar.

Além disso, como veremos, não é sempre fácil aos poderes públicos organizar uma socialização do risco para as atividades de responsabilidade do setor privado, exceto para implantar um sistema de solidariedade baseado, essencialmente, em fundos públicos, o que não é automaticamente desejável. Estas dificuldades se encontram no campo médico, como em outros. A recente crise dos seguros médicos é um exemplo disto (cf. infra).

²¹² CE, Parecer de 19 de março de 2003, M. Haddad e CPAM de Tourcoing v/ CH de Tourcoing, col. p. 133.

²¹³ Cass. civ., 20 de maio de 1936, Mercier, Grandes pareceres da jurisprudência civil, p. 342.

²¹⁴ Cass. civ., 6 de março de 1945, D. 1945, p. 217.

I.2.3. Os regimes especiais de socialização dos riscos seriais ou de massa

Os danos particularmente sérios causados por riscos seriais ou de massa, o sentimento de injustiça e a emoção que eles provocam justificaram a implantação de regras de indenização particulares; estas usam, de forma conjugada ou não, regimes de responsabilidade, mas também medidas de solidariedade nacional que participam da socialização destes riscos.

Os riscos seriais

O risco serial, no campo da saúde, é uma afecção contraída durante cuidados e que envolva um grande número de pessoas. Em razão do número potencialmente muito grande de vítimas, a aplicação individual das regras do direito comum da responsabilidade hospitalar chega rapidamente a seus limites, principalmente porque o critério de especialidade do prejuízo, que condiciona habitualmente a responsabilidade sem culpa, não pode ser cumprido. Esta dificuldade inscreve-se num fundo de tensão do corpo social frente a prejuízos que suscitam a incompreensão e até a cólera: hormônio de crescimento, hepatite C e HIV transmitidos por transfusão e danos causados pelos remédios, principalmente.

Diante destes riscos, as regras em matéria de indenização são as mesmas, sendo responsável um hospital público ou um estabelecimento privado, mesmo se a unidade das soluções legislativas não exclui algumas divergências jurisprudenciais²¹⁵. Nos casos de doença de Creutzfeldt-Jacob devido à injeção de hormônio extrativo de cresci-

²¹⁵ Cf. CE, Parecer de 15 de outubro de 1993, Consorts Jezequel e Vallée, col. p. 280, concl. P. Frydman et Cass., Júri. plen., 6 de junho de 1997, nº 95-12284, Bol. 1997, A. P. nº 8, p. 20.

mento, o Estado, espontaneamente, assumiu o prejuízo sofrido pelas pessoas, bloqueando ações na justiça por parte das vítimas contra o hospital.

Tratando-se dos danos causados pelos remédios, transplantes ou produtos oriundos do corpo humano, os produtores são responsáveis de pleno direito em virtude dos artigos 1386-I a 1386-18 do Código Civil, oriundos da Lei nº 98-389, de 19 de maio de 1998, relativa à responsabilidade por causa dos produtos defeituosos. O caso da contaminação pelo vírus HIV após transfusões de sangue é o mais complexo. O caso do sangue contaminado levou à combinação de regras legislativas e jurisprudenciais. Um regime legislativo de indenização das vítimas foi instaurado pelo artigo 47, da Lei nº 91-1406, de 31 de dezembro de 1991. O traço distintivo deste regime é que a indenização é garantida por meio de um fundo: um fundo particular até agosto de 2004, do ONIAM desde então²¹⁶. Este último é “sub-rogado até a altura das somas pagas, nos direitos que a vítima tem contra a pessoa responsável pelo dano, como também contra as pessoas que devem - por uma razão qualquer - garantir a reparação total ou parcial, no limite do valor das prestações de responsabilidade destas pessoas”.

Todavia, somente pode intentar uma ação, a título desta sub-rogação, quando o dano é imputável a uma culpa (Código da Saúde Pública, artigo L. 3122-4). Entretanto, a indenização das vítimas, por meio de um fundo competente, independentemente de qualquer ação judicial, assemelha mais este regime a um mecanismo de solidariedade do que a um regime de responsabilidade. O número elevado de indenizações assumidas pelo fundo criado para as vítimas de contaminação pelo vírus HIV (4 438 em 1º de março de 2000, para um número de vítimas avaliado em 5.000), comparado, por exemplo,

²¹⁶ Lei nº 2004-806, de 9 de agosto de 2004, relativa à política de saúde pública.

com o número limitado de ações judiciais no caso da contaminação pelo vírus da hepatite C, mostra que tem, de um ponto de vista sociológico, uma diferença substancial entre o acionamento de um fundo e o acionamento de uma jurisdição.

Entretanto, a existência de um fundo não exclui a busca da responsabilidade do Estado. O juiz administrativo considerou que a responsabilidade do Estado pode ser envolvida em qualquer culpa cometida no exercício das atribuições relativas à organização geral do serviço público de transfusão de sangue, ao controle dos estabelecimentos encarregados de sua execução e à elaboração de regras próprias, para garantir a qualidade do sangue humano. Além disso, no caso em que esta responsabilidade fosse envolvida, o Estado não poderia livrar-se evocando erros cometidos pelos estabelecimentos de transfusão de sangue. Assim, a carência culposa da administração é de natureza que envolve a responsabilidade do Estado, por causa das contaminações provocadas por transfusões de sangue ocorridas entre 22 de novembro de 1984 e 20 de outubro de 1985²¹⁷.

Diante de transfusões feitas numa época em que o modo de preparação dos hemoprodutos não garantia a inativação do HIV, o juiz determina uma presunção de imputabilidade, quando nenhum outro fator de risco existir e a inocuidade dos produtos administrados não for demonstrada. Os tribunais judiciais que atuaram contra centros privados de transfusão de sangue adotaram a mesma postura, considerando a origem transfusional da contaminação estabelecida quando houver presunções “sérias, precisas e concordantes”, no sentido do artigo 1353, do Código Civil²¹⁸.

²¹⁷ CE, Júri., 9 de abril de 1993, M. D., col. p. 110, concl. H. Legal, RFDA 9 (3), maio-junho de 1993, p. 583.

²¹⁸ Cf. concl. D. Chauvaux sobre CE, 15 de janeiro de 2001, APHP v/ Sra. Shames.

Enfim, a responsabilidade do hospital público no qual foi feita a transfusão somente pode ser envolvida, por culpa provada ou presumida, se não atendeu as precauções obrigatórias para evitar uma transfusão dispensável ou para verificar a qualidade do sangue quando deveria ter tido dúvidas a este respeito.

No que concerne à hepatite C pós-transfusional, para a qual o número de vítimas poderia ser potencialmente muito importante e cuja indenização não existe fundo, tanto o juiz, quanto o legislador precisaram o alcance da presunção de causalidade²¹⁹ admitida. O artigo 102, da lei de 4 de março de 2002, coloca uma presunção de causalidade entre uma transfusão e a contaminação pelo vírus da hepatite C anterior à data de entrada em vigor da lei, na condição de que o solicitante trouxesse elementos permitindo presumir que esta contaminação tenha como origem uma transfusão de hemoprodutos falíveis ou uma injeção de medicamentos hemoderivados. O Conselho de Estado, por meio de uma decisão de Seção, de 10 de outubro de 2003, Sra Tato e outros²²⁰, julgou que cabe ao reclamante não somente estabelecer uma eventualidade com a qual sua contaminação pelo vírus da hepatite C tem origem numa transfusão, mas também trazer uma série de elementos conferindo a esta hipótese - levando em conta todos os dados disponíveis - um grau suficientemente elevado de verdade e, se for o caso, do ônus da prova contrária é da responsabilidade do defendente. É somente no estágio em que o juiz, vistos os elementos apresentados sucessivamente pelas partes, elabora sua convicção, que a dúvida beneficia o reclamante.

O comissário do governo, neste caso, precisava que, em seu ponto de vista, as novas disposições não introduziam uma mudança

²¹⁹ Lei n° 2002-303, de 4 de março de 2002, JORF, de 5 de março de 2002.

²²⁰ Col. p. 393.

radical na abordagem dos litígios ligados à contaminação transfusional, como definida pela jurisprudência. A imputação do dano a uma transfusão de sangue podia ser presumida quando o reclamante afirmava, por um lado, que a contaminação tinha surgido como consequência das transfusões e, por outro, que não apresentava outros fatores de riscos. Quando a presunção não era constituída, cabia aos fornecedores dos hemoprodutos trazerem a prova de que estes não estavam contaminados, o que, normalmente, somente é possível se todos os doadores fossem encontrados e nenhum deles fosse portador do vírus²²¹. Ele acrescentava que a lei não devia ser interpretada, no sentido de que a única possibilidade para que uma contaminação tenha acontecido no momento de uma transfusão levaria ao deferimento do pedido: “a presunção deve resultar de uma série de elementos conferindo a esta hipótese um grau suficientemente elevado de verdade. Um nível mínimo crítico deve ser alcançado, levando em consideração todos os dados disponíveis, principalmente dados clínicos e resultados de exames médicos coletados antes e depois da transfusão e da existência de outras possíveis causas de contaminação precisamente identificadas”.

A Corte Européia dos Direitos do Homem teve a oportunidade de pronunciar-se em casos relativos a danos causados por transfusões. Ela lembrou que os Estados tinham que respeitar as regras processuais previstas pela Convenção, particularmente aquelas relativas ao prazo razoável e à existência de um recurso efetivo (cf. *infra*).

Os riscos de massa: o caso do amianto

²²¹ CE, Seção, 29 de março de 2000, AP-HP, col. p. 147; CAA Paris, Plénière, 12 de fevereiro de 1998, Sra.s J. e L., p. 571; Cass. civ. 1^a, 2 de julho de 2002, n° 00-15848 e 00-16126, Bol. civ. I, n° 182, p. 139.

A crescente preocupação para uma maior proteção das vítimas advém de um fenômeno mais recente de responsabilização dos poderes públicos para danos sanitários que não estão diretamente ligados ao serviço público de saúde *stricto sensu*. Assim, a questão da indenização das dramáticas conseqüências da inalação da poeira de amianto responsabiliza tanto a ação dos poderes públicos quanto a responsabilidade dos empregadores, públicos ou privados.

Foi a respeito do amianto que a Corte de Cassação mudou o regime de responsabilidade do empregador em matéria de higiene e de segurança de seus assalariados, baseando-se no caráter de culpa indesculpável por parte da falta de “obrigação de segurança de resultado”²²². Por meio de uma série de decisões de 3 de março de 2004 (CE, Ass., Ministério do Emprego e da Solidariedade v/ Consorts X. e outros)²²³, a Assembléia do Contencioso do Conselho de Estado reconheceu a responsabilidade do Estado por carência culposa em tomar medidas preventivas contra os riscos ligados à exposição dos trabalhadores à poeira de amianto.

De início, o Conselho de Estado lembrou que, se o empregador tem a obrigação geral de garantir a segurança e a proteção da saúde dos trabalhadores sob sua responsabilidade, cabe às autoridades públicas encarregadas da prevenção dos riscos profissionais ficarem informadas sobre os perigos que podem sofrer os trabalhadores. A este respeito, cabe a estas autoridades tomar, a partir dos conhecimentos científicos, medidas mais apropriadas para limitar e, se possível, eliminar estes perigos. Uma dupla constatação pode ser feita: de um lado, o caráter nocivo da poeira de amianto era conhecido há muito tempo e seu caráter cancerígeno tinha sido demonstra-

²²² Cass. soc., 28 de fevereiro de 2002, nº 99-17201, Bol. 2002, V, nº 81, p. 74.

²²³ Cf. concl. Emmanuelle Prada Bordenave sobre o caso Ministério do Emprego e da Solidariedade v/ Consorts X e outros, RFDA, 2004, p. 612.

do já em meados dos anos cinquenta; por outro lado, as autoridades públicas não empreenderam, antes de 1977, nenhuma pesquisa para avaliar os riscos para os trabalhadores expostos a esta poeira de amianto nem tomaram alguma medida válida para eliminar ou limitar os perigos ligados a esta exposição. O juiz deduziu disto que o Estado cometeu um erro, podendo envolver sua responsabilidade pelo fato de suas carências na prevenção dos riscos ligados a esta exposição.

Um mecanismo de indenização baseado na solidariedade foi implantado: a Lei nº 2000-1257, de 23 de dezembro de 2000, de financiamento da seguridade social que criou, como vimos, o Fundo de Indenização das Vítimas do Amianto (FIVA). A gravidade, o caráter maciço dos danos e a necessidade de indenizar mais rapidamente possível explicam esta recorrência à solidariedade. O custo total em vinte anos da indenização das diferentes patologias ligadas ao amianto estaria situado entre 11,7 e 22 bilhões de euros. O custo do dispositivo de cessação antecipada de atividade por parte das vítimas do amianto, em 2002, poderia ficar em torno de 15 bilhões de euros²²⁴. Estes números mostram que, sabendo seu custo financeiro, este tipo de indenização apenas pode ser implantado excepcionalmente.

2. A responsabilidade do Estado, consequência de seu papel de prevenção dos riscos

O papel maior destinado ao Estado na prevenção e na gestão dos riscos, antes de sua realização, abre um campo sempre mais amplo à intervenção de sua responsabilidade. Ele pode ser co-res-

²²⁴ Cf. relatório do Governo no Parlamento, apresentando o impacto financeiro da indenização das vítimas do amianto para o ano em andamento e para os vinte anos seguintes, 2003.

ponsabilizado por prejuízos provocados por outros atores senão ele, ou responsabilizado por prejuízos que não dependem de ator humano algum, um erro em matéria de prevenção ou de regulação. A tendência que consiste em confiar a órgãos ou autoridades mais ou menos independentes funções de vigilância, de controle ou de regulação não exclui a responsabilização do Estado.

2.1. A prevenção clássica, fonte de responsabilidade

A idéia de que a responsabilidade do Estado pode ser envolvida por causa das carências ou insuficiências de sua ação, em matéria de prevenção dos riscos, não é nova. A respeito da lei de 12 de junho de 1893, relativa à proteção geral dos operários, o Ministério do Interior, da época, declarava: “A maior parte das indústrias são insalubres, muitas são perigosas. Todavia, se há perigos que a prudência humana será sempre incapaz de evitar, existem outros que sábias precauções podem prevenir. A experiência mostrou, com efeito, que o problema da melhoria da segurança dos trabalhadores e da salubridade dos estabelecimentos industriais não fica sem solução e, visto que este objetivo não é inacessível, é um dever buscar alcançá-lo”²²⁵.

2.1.1. A falta de regulamentação: da carência à culpa

O juiz administrativo, como vimos (cf. supra), determinou a carência culposa do Estado por não ter tomado, em tempo hábil, as

²²⁵ Cf. E. Prada Bordenave, conclusões sobre a decisão CE, Ass., 3 de março de 2004, Ministério do Emprego e da Solidariedade v/ Consorts X, pré-citados.

medidas próprias para limitar os riscos de contaminações do HIV, por transfusão. Os prejuízos causados pela poeira de amianto responsabilizam o Estado em dois níveis: primeiro, como empregador, que vê sua responsabilidade pecuniária *socializada* com aquela dos outros empregadores por intermédio do FIVA, segundo como Estado controlador a partir das decisões do Conselho de Estado de março de 2004. Logo, coloca-se a questão da articulação entre as responsabilidades respectivas do Estado empregador, do Estado controlador e dos empregadores privados. Em vista destas decisões, a parte da contribuição do Estado ao financiamento do FIVA foi alvo de críticas. Para o ano de 2003, a contribuição ao FIVA do setor acidentes de trabalho e doenças profissionais era de 190 milhões de euros e aquela do Estado era de 40 milhões²²⁶.

2.1.2. O paradoxo das catástrofes naturais e tecnológicas

Mesmo se, na hipótese de catástrofe natural, a fonte do risco parece muito fora da ação da administração, um reflexo se manifesta: aquele que consiste em procurar se a realização do dano implica atores humanos, mesmo se for pelo fato de sua abstenção ou omissão: má previsão meteorológica, plano ruim de prevenção dos riscos, entrega errônea de autorizações de construção, insuficiência de uma regulamentação impondo normas de segurança. A constatação vale também para as catástrofes tecnológicas causadas por atores privados.

A idéia de que não há pura casualidade prevalece: o fato de que um risco se realize leva automaticamente a se voltar para o Esta-

²²⁶ Relatório do Governo no Parlamento apresentando o impacto financeiro da indenização das vítimas do amianto para o ano em andamento e para os vinte anos seguintes, 2003.

do, perguntando-se se ele não poderia ter impedido sua realização, ou melhor, considerando que o Estado deveria ter impedido sua realização. Isto é mais verdadeiro ainda em matéria de catástrofes tecnológicas. Assim, à lógica de solidariedade nacional vem sobrepor-se, cada vez mais, à lógica de responsabilidade das autoridades públicas, na prevenção dos riscos maiores.

2.1.3. Prevenção clássica e riscos sociais

Certos riscos sociais são direta e integralmente assumidos pelo Estado. Um dos exemplos mais antigos é o da indenização dos danos causados pelos agrupamentos de pessoas que cabia, inicialmente, aos municípios e foi, gradativamente, transferida para o Estado.

A lei de 5 de abril de 1884, consecutiva a uma série de medidas elaboradas antigamente e cuja origem pode ser ligada a um decreto de Clotário e capitulares de Carlos Magno, responsabilizava o município pelos danos no caso de revolta, baseada numa presunção de culpa. A lei de 26 de abril de 1914, sem dúvida a primeira a mencionar o *risco social*, consagra, no caso de revolta, ao lado da responsabilidade do município, aquela do Estado: a responsabilidade do município é, doravante, de pleno direito no tocante às vítimas e o “Estado contribui com a metade, em virtude do risco social, ao pagamento de danos morais”²²⁷. A responsabilidade por causa de agrupamentos cabe, totalmente, ao Estado desde a intervenção do artigo 92, da Lei nº 83-8, de 7 de janeiro de 1983, codificado no artigo L. 2216-3, do Código Geral das Comunidades Territoriais, podendo o Estado, todavia, exercer uma ação regressiva contra o município quando a responsabilidade deste estiver envolvida. A responsabilidade junto à vítima é devida pelo Estado até mesmo quando nenhuma culpa tiver

²²⁷ Cf. Christine Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, LGDJ, 1974.

contribuído para a realização ou ao aumento do dano²²⁸. Não é exigido que seja constatado o caráter anormal e especial do dano²²⁹. Cabe ao juiz levantar forçosamente a existência de uma responsabilidade sem culpa do Estado, baseada em disposições pré-citadas²³⁰.

Essa legislação leva a encarregar o orçamento do Estado da reparação de muitos prejuízos que ele não provocou e, até mesmo, na ausência de culpa dele. A área de aplicação da lei deu lugar a decisões contenciosas, os requerentes desejando incluir muitos acontecimentos. A jurisprudência deu prova de liberalismo²³¹. Se foram excluídas do campo de aplicação deste regime as ações terroristas ou de comando²³² ou as violências cometidas pelos hooligans²³³, foi julgado que a ocupação dos locais de trabalho por grevistas²³⁴ entrava no campo de aplicação da lei, como também os danos causados por uma série de ações concertadas, tendo gerado, no conjunto do território ou numa parte substancial deste, crimes e delitos²³⁵.

Recentemente, a responsabilidade do Estado sobre o fundamento do artigo L. 2216.3, do Código Geral das Comunidades

²²⁸ CE, 16 de fevereiro de 1990, Sté GAN Incendie-Accidents, col. p. 316.

²²⁹ CE, Parecer de 20 de fevereiro de 1998, Sté Études et Construction de sièges pour l'automobile (ESCA) e outros, col. p. 60.

²³⁰ CE, 30 de junho de 1999, Foucher, col. p. 232.

²³¹ Ver sobre este assunto "Chronique générale de jurisprudence du Conseil d'État" por Mattias Guyomar e Pierre Collin, AJDA, nº 2, 20 de fevereiro de 2001.

²³² TC, 24 de junho de 1985, Comissário da República, *Prefeito do Departamento do Val-de-Marne v/ TGI de Créteil*, col. p. 407; CE, 25 de março de 1992, Cie d'Assurances Mercator, col. tab. p. 1289; CE, 12 de novembro de 1997, Cie d'Assurances générales de France, col. tab. p. 1043.

²³³ Cass. civ. 1ª, 15 de novembro de 1983, nº 82-13719, Bol. nº 268.

²³⁴ TC, 22 de abril de 1985, Comissário da República, *Prefeito des Yvelines v/ Sociedades Talbot e Peugeot*, col. p. 405.

²³⁵ CE, parecer, Ass., 20 de fevereiro de 1998, Société Études et Construction de sièges pour l'automobile (ESCA) e outros, col. p. 60.

Territoriais, foi aplicada às violências urbanas: foi admitida para os danos causados por um agrupamento de jovens após o afogamento acidental de um deles que tentava fugir da polícia que procurava prendê-lo, após um roubo²³⁶.

Podemos ver nesta decisão uma evolução da jurisprudência: “Incluindo no campo do regime de responsabilidade citado pelo artigo 92 da lei, de 7 de janeiro de 1983, um novo tipo de comportamentos sociais, o Conselho de Estado demonstrou sua capacidade em apreender as evoluções da sociedade. Encarregando o Estado da indenização dos danos cometidos durante violências urbanas, na condição, entretanto, de que estas não resultassem da única vontade de destruir, o juiz administrativo permite, assim, ao poder público, de continuar sendo a garantia eficiente da solidariedade nacional”²³⁷.

2.2. Antes dos riscos averiguados, o princípio da precaução

Para a opinião pública, a precaução traduz uma exigência de prudência maior e o pedido de medidas eventualmente drásticas de prevenção e de proteção. Um risco menor, até mesmo hipotético, pode assumir um tamanho desproporcional e desencadear um movimento de medo irracional. A sensibilidade natural para com o risco é aumentada com a suspeita crescente em relação ao progresso técnico. Os esclarecimentos das autoridades públicas, respondendo a uma forte expectativa, podem paradoxalmente aumentar a desconfiança.

Para os peritos e os decisores, o princípio da precaução coloca o problema do tratamento dos riscos incertos: que soluções técnicas e éticas definir junto às atividades para as quais não se medem as

²³⁶ CE, Seção, 29 de dezembro de 2000, Assurances générales de France, col. p. 607.

²³⁷ “Chronique générale de jurisprudence du Conseil d’État” por Mattias Guyomar e Pierre Collin, AJDA, nº 2, 20 de fevereiro de 2001.

consequências imediatas ou futuras? Assim, a novidade reside na sistematização da reflexão sobre os efeitos ambivalentes do progresso e sobre a articulação entre o mínimo de conhecimento e a decisão.

Os riscos não-verificados são, na maior parte dos casos, suscetíveis de serem provocados por atores privados, mais precisamente pela conjunção de atividades privadas com uma natureza muito heterogênea. No entanto, o princípio da precaução tende a ser interpretado como pesando somente sobre o poder público. Sua contrapartida, além do risco, vai no sentido da ampliação da responsabilidade do poder público, seja ela fundamentada sobre a culpa, ou sobre o risco. Paralelamente, a legitimidade do poder público para operar escolhas no objetivo de limitar ou evitar riscos é contestada, o que se traduz pela presença maior das organizações não-governamentais e das associações para validar suas análises e seus pontos de vista.

2.2.1. Que alcance?

Um princípio²³⁸ originalmente mais ético do que jurídico

O princípio da precaução foi formalizado no decorrer dos anos setenta, na Alemanha – Vorsorgenprinzip, ao mesmo tempo como princípio das políticas do meio ambiente (lei de 1974 sobre as chuvas ácidas) e, filosoficamente, por Hans Jonas, como novo imperativo de responsabilidade política. Consagrado internacionalmente, pela primeira vez, em 1987, na declaração da Conferência sobre a Proteção do Mar do Norte²³⁹, tornou-se um dos princípios diretores

²³⁸ Cf. sobre este ponto: “Traitement juridique du risque et principe de précaution”, Michel Franc, AJDA, 3 de março de 2003.

²³⁹ Ver sobre estes pontos o site do Ministério da Ecologia e do Desenvolvimento Sustentável.

das políticas de desenvolvimento sustentável, na declaração final da Cúpula do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, em 1992, que dá a definição seguinte: “No caso de riscos de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir como pretexto para adiar a adoção de medidas efetivas visando prevenir a degradação do meio ambiente”. Está enunciado pelo direito europeu, em 1993, no artigo 130 R., do Tratado de Maastricht (que se tornou o artigo 174, do TCE), a título de proteção do meio ambiente (cf. infra). Na França, o princípio da precaução aparece na Lei nº 95-101, de 2 de fevereiro de 1995, relativa ao fortalecimento da proteção do meio ambiente, dentro dos princípios, devendo “inspirar a legislação do meio ambiente”. A definição que é dada na ordem interna aproxima-se dos termos escolhidos pela Declaração do Rio. De acordo com este princípio, “a ausência de certezas, levando em consideração conhecimentos científicos do momento, não deve atrasar a adoção de medidas efetivas e proporcionais, visando prevenir um risco de danos graves e irreversíveis ao meio ambiente com um custo econômico aceitável” (artigo L 110-1, do Código do Meio Ambiente). Na verdade, o princípio da precaução figura em “numerosos textos, mas com um alcance incerto”, como enfatizava o relatório Kourilsky-Viney.

As condições de surgimento - na França - do princípio da precaução, apresentado como uma resposta às crises sanitárias sucessivas, permitem compreender o eco particular que recebeu. A repentina paixão do público por este *slogan*-refúgio²⁴⁰, muito mediatizado, parece ter sido a expressão nova de uma desconfiança para com os responsáveis. “Novo modelo de comportamento dos

²⁴⁰ Philippe Kourilsky e Geneviève Viney, O princípio da precaução: relatório ao Primeiro Ministro, Odile Jacob, Paris, 2000, p. 19.

responsáveis da política de saúde”²⁴¹, o princípio da precaução é também a tradução de uma busca de maior responsabilidade dos decisores. A precaução se impôs como um princípio de erradicação das fontes de risco, explicando a forma das ações empreendidas em alguns dossiês, a saber: recorrência privilegiada a medidas de abstenção ou de proibição, excesso de medidas que, às vezes, demonstram ser difíceis de aplicar e controlar. Por sua vez, tomadas em função de imperativos de curto prazo, muitas decisões traduzem as pressões contraditórias sofridas pelos poderes públicos aos quais pode ser cobrada tanto a insuficiência quanto o excesso de precaução.

Os debates sobre o princípio da precaução se referem menos ao princípio em si do que às defasagens importantes surgidas entre seus enunciados razoáveis e as concepções extremas que prevaleceram nos espíritos de seus adeptos ou de seus oponentes.

As concepções extremas

De acordo com a concepção maximalista, o princípio seria aquele de uma regra de abstenção enquanto a prova da ausência de risco não for trazida (dano zero). Reunindo três critérios, a referência ao dano zero, o pior e a inversão do ônus da prova, a concepção maximalista é indefensável na teoria como na prática. Ela leva a renunciar às vantagens dos avanços tecnológicos, condenados *a priori*; todavia, há poucos progressos sem encarar riscos. Ela gera custos dificilmente suportáveis, que podem levar a privilegiar os riscos vagos, às vezes, muito mediatizados, em relação aos riscos concretos. “Convém resistir à tentação catastrófica que reduz qualquer hipótese de risco à catástrofe que poderia carregar, sem consideração a

²⁴¹ Conselho de Estado, Relatório público 1998, Reflexões sobre o direito da saúde, p. 227, EDCE, n° 49, La Documentation française.

plausibilidade deste roteiro. Se a abordagem apocalíptica inspirasse, realmente, a gestão pública dos riscos e o comportamento de todos os agentes econômicos, absorveria o conjunto dos recursos disponíveis e colocaria em crise sistemas econômicos e sistemas políticos”²⁴².

Ao contrário, segundo a concepção minimalista, somente o risco provável, que seria de natureza a provocar graves prejuízos, desencadearia sua aplicação. Esta concepção volta a negar qualquer alcance novo ao princípio da precaução, que se assemelharia, então, à prevenção clássica.

A concepção mediana

Somente uma concepção mediana pode resultar numa abordagem razoável e consensual do princípio da precaução.

Em suas conclusões sobre a decisão SFR, de 22 de maio de 2002, o comissário do governo observava que o princípio da precaução pode surgir como o resultado de uma construção jurídica antiga que consiste em obrigar o poder público a usar seus poderes, principalmente de policiamento, para garantir uma das funções que fundamentam sua legitimidade, ou seja, a proteção dos administrados.

Concebido como um princípio de ação mais do que de inação ou de abstenção, o princípio da precaução deve traduzir-se por uma exigência de tomada em consideração precoce dos riscos potenciais. Esta deve, então, fundamentar-se na proporcionalidade da análise em função da gravidade dos riscos, das vantagens às quais se deveria renunciar e do nível de proteção a ser procurado, como na gradação das medidas a tomar: ações de alerta, de vigilância, de perícia, de informa-

²⁴² Olivier Godard, «Le principe de précaution coSra. norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question», *Revista econômica*, 54 (6), novembro de 2003, p. 1245-1276.

ção, medidas provisórias e permanentes. Deve-se tratar de uma regra de “vigilância ativa”, para retomar os termos do relatório Kourilsky-Viney.

Alguns teriam a tentação de ver no princípio da precaução, essencialmente, um princípio institucional de gestão dos riscos, no início, traduzindo-se por exigências em termos de procedimentos e pela criação de instituições encarregadas de exercer controles, no começo da decisão e verificações no final. Mesmo nesta hipótese, no caso de realização do risco, a questão será colocada necessariamente para saber se as vinculações de procedimento foram respeitadas.

Podemos ver ali um caso de limite do princípio da prevenção, um princípio permitindo validar as escolhas do poder público em situação de incerteza, o que é relativo a uma situação clássica? Entretanto, a precaução acontece no início. Ela implica um abaixamento do nível mínimo de desencadeamento da intervenção: “No caso da precaução, trata-se da probabilidade de que a hipótese seja exata; no caso da prevenção, a periculosidade é estabelecida e trata-se da probabilidade do acidente”²⁴³.

Rumo à consagração constitucional do princípio da precaução

É à luz desta concepção mediana que convém analisar a abordagem escolhida pelo artigo 5, do projeto da Carta do Meio Ambiente: “quando a realização de um dano, apesar de incerta no âmbito dos conhecimentos científicos, poderia afetar de uma forma grave e irreversível o meio ambiente, as autoridades públicas ficam vigilantes para a aplicação do princípio da precaução e em seus campos de atribuições, para a implantação de procedimentos de avaliação dos riscos e à adoção de medidas provisórias e proporcionais a fim de

²⁴³ Relatório Kourilsky-Viney, p. 18.

responder à realização do dano”.

Podemos ver nesta definição um princípio de ação orientado para a avaliação e a melhoria do conhecimento do risco, em que um dos principais aportes é o de guiar os comportamentos da administração, fortalecendo a perícia, a transparência, a antecipação²⁴⁴. O caráter provisório das medidas ainda variadas que podem ser tomadas implica um movimento de ida e volta entre medidas permissivas (autorização de colocação no mercado) e medidas de conservação (moratória, retirada da autorização...), que somente visam levar o tempo necessário para a aquisição dos conhecimentos e devem ser concebidas como reversíveis. As medidas tomadas devem ser “proporcionais” ao risco eventual que se quer reduzir e à gravidade do dano temido. Além disso, nos termos do artigo 6, do projeto da Carta: “As políticas devem promover um desenvolvimento sustentável. A este respeito, elas conciliam a proteção e a valorização do meio ambiente, o desenvolvimento econômico e o progresso social”.

No entanto, os debates sobre o projeto da Carta mostraram que a preocupação e as incertezas continuam. Primeiro, a redação do artigo 1º, da Carta é muito ampla: “Cada um tem o direito de viver num meio ambiente equilibrado e respeitoso da saúde”. Depois, o princípio adquire um valor constitucional pela referência “aos direitos e deveres definidos pela Carta do Meio Ambiente”, no preâmbulo da Constituição enquanto até aqui o Conselho Constitucional tinha recusado a fazer deste princípio um objetivo de valor constitucional (Decisão nº 2001-446 DC, de 27 de junho de 2001). Os termos “por aplicação do princípio da precaução” deixam pairar a dúvida sobre a existência de outros atributos deste princípio²⁴⁵. Fronteiras são colo-

²⁴⁴ Cf. concl. E. Mignon sobre CE, 22 de agosto de 2002, SFR.

²⁴⁵ Yves Jegouzo, Audição diante da Comissão das Leis da Assembléia Nacional, quarta-feira, 10 de dezembro de 2003.

cadadas pelo artigo 5, do projeto da Carta. Somente os poderes públicos estão interessados; somente o meio ambiente é coberto, mas a intangibilidade destas fronteiras não é certa: o direito comunitário estende o princípio da precaução ao campo da saúde²⁴⁶ e o juiz administrativo francês se refere igualmente à noção de “precaução” ou de “medidas de precaução” neste campo²⁴⁷. Tendo os danos ambientais características próprias (riscos de longo prazo e difusos, com causas multifatoriais), não é excluído que em outros campos o princípio da precaução esteja carregado de uma significação particular, como também no que diz respeito à saúde, setor no qual a percepção individual do risco é maior.

Os debates que, inclusive, ocorreram a respeito do papel que deve ser reservado ao legislador resultaram no artigo 3, do projeto de lei constitucional que introduz no artigo 34, da Constituição, uma disposição cujos termos a lei determina os princípios fundamentais “da preservação do meio ambiente”. Todavia, independentemente das disposições legislativas que poderiam intervir, coloca-se a questão para saber se o princípio da precaução pode ou não ser invocado diretamente nas ações de responsabilidade.

A prática e suas dificuldades: o exemplo da ESB

A gestão da epidemia de encefalopatia espongiforme bovina transmissível (ESB) é reveladora das dificuldades que gera a implantação do princípio da precaução²⁴⁸

²⁴⁶ Cf. a respeito das medidas de emergência contra a encefalopatia espongiforme bovina, de 5 de maio de 1998, aff. C-157/96, National Farmer's Union; pareceres TPICE, de 11 de setembro de 2002. Alphama v/ Conselho e 26 de abril de 2002, Artegodan GmbH e outros v/ Comissão Européia.

²⁴⁷ CE, 21 de abril de 1997, Sra Barbier, inédito; 24 de fevereiro de 1999, Société Pro-Nat, col. tab. p. 617.

²⁴⁸ Pierre-Marie Lledo, Histoire de la vache folle, PUF, 2001.

No caso da ESB, causa da doença de Creutzfeldt-Jacob, a atenção se volta, principalmente, num primeiro momento, para os numerosos processos de fabricação de farinhas à base de carnes usadas na alimentação dos animais, uma tese considerada como sendo mais verdadeira, no final de 1987. Entretanto, o relatório da Comissão Britânica de Inquérito, de outubro de 2000, presidida por Lord Philips, descarta esta hipótese, fazendo valer o fato de que o antigo processo de fabricação também não teria impedido a difusão da ESB. Além disso, se os processos de fabricação das farinhas animais tinham sido modificados para evitar ou limitar o uso de solventes, foi porque estes solventes eram uma fonte de poluição e tinham sido a causa de acidentes de trabalho. Assim, a aplicação do princípio da precaução, na época (final dos anos setenta) teria, provavelmente, levado à aceleração destas mudanças de fabricação ou à conservação do antigo processo. Os Estados não tomaram mais cedo a decisão de retirar as farinhas animais do mercado, não somente por razões econômicas, mas, sobretudo, porque os dados científicos da época não permitiam afirmar que a ESB podia passar para a espécie humana. O relatório Philips afirmava também que a contaminação oral dos bovinos pela tremedeira do carneiro não está na origem da ESB. Se a origem exata da doença continua desconhecida, seria, provavelmente, fruto de uma mutação genética dos bovinos, o que leva a constatar, entretanto, que o principal fator de expansão da doença é a reciclagem dos dejetos bovinos. Se estas análises são exatas, então, teria sido necessário proibir totalmente as farinhas animais. Entretanto, não se pode excluir que as conclusões do relatório Philips sejam, um dia, questionadas. O exemplo do tratamento da epidemia de ESB²⁴⁹ mostra que é preciso evitar o que O. Godard qualifica de “ilusão

²⁴⁹ O relatório Philips enfatiza que a encefalopatia espongiforme bovina transmissível diz respeito aos felinos e às aves.

retrospectiva”, que consiste, em sua forma mais grosseira, em julgar o caráter culposos das decisões perante conhecimentos que somente apareceram posteriormente.

Entretanto, esta constatação não deve levar à conclusão de que o princípio da precaução não é útil ou que somente pode induzir a erros: “No caso do Reino Unido, foi constatado, pela comissão Philips, que erros foram cometidos em várias oportunidades: informações disponíveis sobre pontos-chaves não foram usadas, crenças errôneas se mantiveram, medidas úteis foram tomadas com atraso e, sobretudo, sua implantação não foi sempre rigorosa, por falta de credibilidade dos profissionais que acharam que esta política somente tinha o objetivo de acalmar a opinião pública. A aplicação mais rigorosa e coerente de uma estratégia de precaução proporcional e mais atenta à evolução das informações e dos conhecimentos científicos teria significativamente reduzido a amplitude da epidemia e sua incidência possível para a saúde humana, mesmo se não pudesse tê-la matado, no início. O princípio da precaução é uma exigência de tomada em consideração precoce de riscos potenciais, mas sua contrapartida é, realmente, a adoção de medidas efetivas e proporcionais, como pede a lei francesa”²⁵⁰.

2.2.2. Que controle?

Quais são as conseqüências, em termos de responsabilidade do poder público, do princípio da precaução?

Foi no contencioso da legalidade e de forma não-explicita, na maior parte do tempo, que o princípio encontrou sua aplicação, mais

²⁵⁰ Olivier Godard, « L’impasse de l’approche apocalyptique de la précaution. De Hans Jonas à la vache folle », *Ethique publique* 4(2), éd. Liber, outubro de 2002, p. 7-23.

particularmente no contencioso das medidas de fiscalização, que constituem uma grande parte das atividades de risco da administração. As decisões se referem às “precauções que se impõem” ou a “medidas de precaução”, por exemplo, para fortalecer a legalidade de uma medida de fiscalização que interveio no contexto de temor suscitado pela epidemia de encefalopatia espongiforme bovina²⁵¹, ou a respeito da retirada de uma autorização de colocação no mercado de um inseticida destinado ao tratamento das sementes e da interdição do cultivo²⁵² das sementes tratadas assim. Algumas decisões, todavia, referem-se, explicitamente, ao princípio da precaução.

A abrangência do controle do juiz foi estabelecida pela jurisprudência. A legalidade externa é objeto de um controle clássico²⁵³. Tratando-se da legalidade interna, o juiz controla o erro evidente²⁵⁴ para apreciar a existência de um perigo, mas exerce um controle de proporcionalidade sobre as medidas de proteção tomadas²⁵⁵. Ele se coloca no terreno do erro de direito quando as autoridades competentes não examinaram todos os elementos necessários a sua apreciação dos riscos.

Assim, o Conselho de Estado considerou que a decisão do Ministro da Agricultura de não anular a utilização do *gauch* para o tratamento das sementes do milho devia ser revogada por erro de direito, uma vez que o ministro não tinha examinado a integralidade

²⁵¹ CE, 4 de janeiro de 1995, M. Rossi, inédito; CE, 21 de abril de 1997, Sra. Barbier, pré-citado.

²⁵² CE, 24 de fevereiro de 1999, Société Pro-Nat, pré-citado, 29 de dezembro de 1999, Sté Rustica Prograin Génétique SA e outros, col. tab. p. 601.

²⁵³ CE, Seção, 25 de setembro de 1998, Associação Greenpeace France, col. p. 343.

²⁵⁴ CE, 21 de abril de 1997, Sra Barbier, pré-citado; 29 de dezembro de 1999, Sté Rustica Prograin Génétique SA e outros, pré-citado.

²⁵⁵ CE, 28 de julho de 2000, Association force ouvrière consommateurs e d'autres, col. p. 352.

dos elementos necessários à apreciação da inocuidade do produto, não levando em consideração, em particular, polinização do milho pelas abelhas e as conseqüências das retiradas²⁵⁶ que elas realizavam.

O contencioso da urgência poderia constituir, no futuro, o quadro predileto para invocar o princípio da precaução diante do juiz administrativo. A suspensão de uma decisão administrativa pode, com efeito, ser outorgada quando sua execução prejudicar “de uma forma suficientemente grave e imediata um interesse público”²⁵⁷. Acordada de forma conservadora e com uma duração determinada, esta suspensão oferece o tempo de aprofundar a instrução ou deixar evoluir o conhecimento científico. Alguns autores expressaram o temor de que a dúvida que caracteriza um risco vago leve a generalizar as decisões de suspensão e resulte, assim, nos inconvenientes da concepção maximalista do princípio da precaução. Longe de sustentar estes temores, o exame da jurisprudência mostra que o juiz, ligado ao caráter executório das decisões administrativas, mostra-se hostil a qualquer princípio de suspensão automática. Ele também não hesita em suspender decisões quando estima que fazem uma aplicação excessiva da regra de precaução. Uma ilustração é dada pelo contencioso em matéria de telefonia móvel. Os operadores, tendo pedido ao juiz a suspensão das decisões de prefeituras que se opunham à instalação de antenas necessárias para a cobertura da rede de radiotelefonia, o Conselho de Estado considerou “visto, por um lado, o interesse ligado à cobertura do território nacional pela rede de telefonia móvel e, por outro, os interesses da sociedade SFR, resultando notadamente das autorizações que lhe foram dadas, e na ausência de riscos sérios para a saúde pública, a urgência justifica a suspensão da decisão”²⁵⁸.

²⁵⁶ CE, 9 de outubro de 2002, União Nacional da Apicultura Francesa, col. p. 330.

²⁵⁷ CE, Seção, 19 de janeiro de 2001, Confederação Nacional dos Rádio-amadores, col. p. 29.

²⁵⁸ CE, 22 de agosto de 2002, SFR, concl. E. Mignon.

Da mesma forma, suspendeu, na decisão de Seção de 22 de fevereiro de 2002, Société des Pétroles Shell, uma medida que tinha como objetivo responder a um risco cuja probabilidade de realização era extremamente pequena (uma vez a cada 25.000 anos).

Tratando-se do contencioso da responsabilidade, nenhuma decisão reconheceu, explicitamente, até hoje, o envolvimento da responsabilidade sobre o fundamento do desconhecimento do princípio da precaução. O juiz administrativo refere-se ao “risco previsível” (CE, 9 de abril de 1993, M. D.) e ao “estado dos conhecimentos científicos” (CE, Sect., 31 de março de 2003, Bergaderm ; Ass., 3 de março de 2004, Ministro do Emprego e da Solidariedade v/ Consorts X.). O postulado de incerteza científica não aparece mais nos julgamentos e pareceres dos tribunais judiciais, referindo-se a uma necessária “precaução”. O que acontecerá no futuro? Alguns vêem no princípio da precaução o retorno da culpa. Para outros, esta eventualidade não é credível: “A teoria do risco e o princípio da precaução tendo como objetivo comum a melhoria da proteção do público contra os riscos, seria paradoxal que entrem em conflito e que o princípio da precaução tenha como efeito voltar aos regimes de responsabilidade sem culpa que esta doutrina permitiu organizar... Mas, até parece que (o princípio da precaução) incentiva a passagem de uma nova fronteira, favorecendo a criação de regimes de indenização totalmente independentes de qualquer afirmação, não somente de uma culpa, mas até de uma responsabilidade qualquer”²⁵⁹.

Vemos aqui os riscos de uma busca sistemática da carência culposa: uma concepção ampla demais desta carência consagraria a interpretação maximalista do princípio da precaução, transformado em princípio retrospectivo que acusaria qualquer comportamento que não tivesse escolhido a interdição ou a abstenção diante de um risco.

²⁵⁹ Relatório Kourilsky-Viney, pré-citado.

Todavia, não é evidente antecipar a interpretação que os juízes farão da definição de obrigações positivas pelo artigo 5, da Carta do Meio Ambiente, quando tiveram que aplicá-la. Um deslocamento da linha divisória entre a responsabilidade por risco e a responsabilidade por culpa não pode ser excluída. O juiz poderia sancionar, no futuro, a falta de precaução, qualificando como sendo culposas decisões tendo levado a danos que não podiam ser antecipados com precisão, mas que a probabilidade era grande. Este encaminhamento não ficaria sem fundamento e se inscreveria num movimento de extensão do campo da culpa ligada à multiplicação das obrigações pesando sobre o decisor. Quando o juiz tiver considerado que uma autoridade administrativa desconheceu o princípio da precaução, terá dificuldade para descartar a idéia de uma responsabilidade.

Alguns autores vêem, assim, no princípio da precaução a solução para restaurar o sentido da responsabilidade. Frente a situações em que existiriam suspeitas de risco, não seria conveniente estabelecer uma distinção entre aquelas em que medidas foram tomadas para desenvolver as pesquisas ou diminuir a ocorrência de danos e aquelas - as únicas visadas por uma falta de precaução - em que nenhuma medida tendo sido tomada, o dano resulta de uma carência culposa? “O que era relevante, antes, do fatalismo, pode doravante relevar da carência culposa”²⁶⁰.

Essa evolução não poderia ocorrer sem dificuldades e nem perigos. O estabelecimento, diante do juiz, de uma ligação de causalidade entre o fato e o dano seria, particularmente, delicado e abriria o caminho a longas batalhas de peritos. De forma geral, o juiz se sentirá confrontado com a dificuldade da perícia: para julgar

²⁶⁰ Marie-Angèle Hermitte, *Le sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Seuil, 1996.

a falta ou não de precaução, um exercício tornado delicado, particularmente pela defasagem entre o risco virtual e o risco verificado; para avaliar os danos sofridos. Para os riscos difusos, como os riscos ambientais, a causalidade seria *distendida* e a passagem de um longo tempo antes do aparecimento do dano colocaria a questão da prescrição.

O debate continua, igualmente, aberto sobre os riscos de responsabilização penal dos decisores por meio de condenações sobre o fundamento de incriminações com caráter muito amplo: o desrespeito à obrigação de prudência ou de segurança prevista pela lei ou o regulamento (artigo 121-3, do Código Penal); os ataques involuntários à vida ou à integridade das pessoas (artigos 221-6 e 222-19 a 21, do Código Penal); a colocação de outrem em perigo (artigo 223-1, do Código Penal). Este temor deveria, normalmente, revelar-se sem fundamento, levando em consideração o princípio de legalidade em matéria penal²⁶¹ que obriga o legislador a prever textos claros e precisos, definindo com precisão o que é proibido para colocar os indivíduos ao abrigo de processos arbitrários. Em seu parecer, de 18 de junho de 2003, a respeito do caso do sangue contaminado²⁶², sem referência ao princípio da precaução, a Corte de Cassação afirmou, explicitamente, que uma condenação penal não podia ser pronunciada na falta de delito, claramente, materializado.

²⁶¹ Artigo 111-3, do Código Penal: “Ninguém pode ser punido por um crime ou por um delito cujos elementos não são definidos pela lei, ou por uma contravenção cujos elementos não estão definidos pelo regulamento. Ninguém pode ser punido por uma pena não prevista pela lei, se a infração for um crime ou um delito, ou pelo regulamento, se a infração for uma contravenção”.

²⁶² Cf. também Cass. crim., 25 de junho de 1996, n° 95-86205, Bol. crim. n° 274, p. 828.

**Resta que se constata uma tendência crescente
em procurar a responsabilidade penal dos decisores²⁶³
para infrações não-intencionais**

A lei de 10 de julho de 2000 trata das infrações de imprudência em geral²⁶⁴. Nos termos do artigo 121-3, do Código Penal: “Há igualmente delito, quando a lei o prevê, no caso de culpa de imprudência, de negligência ou de não-observação de uma obrigação de prudência ou de segurança prevista pela lei ou o regulamento [...]”. O objetivo era aliviar a responsabilidade penal das pessoas físicas e, notadamente, dos eleitos locais, ligada às infrações de imprudência. Para que haja condenação, as pessoas físicas que causaram diretamente o dano ou “criaram ou contribuíram para criar a situação que permitiu a realização do dano ou não tomaram as medidas permitindo evitá-lo, são responsáveis penalmente, se for estabelecido que elas violaram de forma evidente uma obrigação particular de prudência ou de segurança prevista pela lei ou pelo regulamento, ou cometeram um erro caracterizado e que expunha outrem a um risco de particular gravidade que elas não podiam ignorar”. O ônus da prova está na acusação e não mais no acusado. A abrangência das obrigações de segurança e de prudência previstas por este texto continua turva. Duas decisões tomadas em 2003²⁶⁵,

²⁶³ Cf. relatório Delevoye-Fauchon, de 1995; estudo do Conselho de Estado sobre a responsabilidade penal dos agentes públicos, no caso de infrações não-intencionais, La Documentation française, 1996; Relatório ao Ministro da Justiça do grupo de estudo sobre a responsabilidade penal dos decisores públicos presidido pelo Sr. Massot, 1999.

²⁶⁴ Lei nº 2000-647, de 10 de julho 2000, tendendo a precisar a definição dos delitos não-intencionais publicada no JORF, nº 159, de 11 de julho de 2000, p. 10484.

²⁶⁵ Cass. crim., 18 de março e 11 de junho de 2003, JCP 2003, 2020 e 2448.

condenando dois prefeitos, por não terem vigiado suficientemente um, as obras de manutenção de pistas de esqui, o outro, as ligações elétricas no momento de uma festa municipal reativaram, entretanto, o medo dos eleitos, fazendo temer uma interpretação ainda muito ampla deste texto²⁶⁶. É claro que se há aí uma deriva para evitar, é preciso também evitar a deriva contrária e a desresponsabilização que resultaria disto.

²⁶⁶ Cf. Jacques-Henri Robert, “A lei Fauchon, três anos depois”, AJDA, nº 36-2003, 27 de outubro de 2003.

Terceira parte

Perspectivas

A – A influência do contexto internacional e europeu

A evolução, constatada na França, de uma maior sensibilidade a respeito dos riscos e de sua reparação, não lhe é própria. O fenômeno de socialização ampliada dos riscos decorrentes pode, também, ser constatado além de nossas fronteiras, em particular no que diz respeito aos riscos excepcionais, mesmo se as soluções trazidas são várias. Todavia, o lugar da responsabilidade por culpa continua sendo o direito comum. A evolução do direito internacional público é particularmente prudente, em razão dos desafios e das dificuldades da formalização de um regime, até mesmo se existirem alguns regimes convencionais bastante inovadores de responsabilidade por risco. O direito comunitário é, em alguns setores, mais permeável ao fenômeno de socialização dos riscos.

I . A prudência do direito internacional público

Os Estados são, tradicionalmente, muito reticentes em relação à “socialização do risco” em nível internacional. Isto não impediu, entretanto, o nascimento de um direito internacional da responsabilidade, essencialmente elaborado no final do século XIX e que continua, hoje, de forma amplamente costumeira. A preocupação em proteger o meio ambiente, em especial, por meio de normas ou procedimentos de direito internacional público não é nova e cresce. Ela se manifesta por meio de uma abordagem geral, baseada na noção de

globalidade, no conceito de desenvolvimento sustentável, no dever de prevenção, no princípio da precaução e no princípio poluidor-pagador. No entanto, os instrumentos aplicáveis continuam gerais e imprecisos. Com frequência, trata-se mais de princípios do que de comprometimentos precisos e vinculativos, mesmo se a *responsabilidade* é cada vez mais invocada como, por exemplo, a Resolução 687 (1991), do Conselho de Segurança, que se refere à responsabilidade do Iraque no que diz respeito aos danos causados ao meio ambiente “pelo fato de sua invasão e de sua ocupação do Kuait”. Entretanto, é, essencialmente, por meio de convenções setoriais relativas às atividades de riscos que as questões de responsabilidade são tratadas de uma forma precisa.

I.1. A responsabilidade do Estado no direito internacional

A responsabilidade por fato ilícito continua sendo a regra

O direito internacional público da responsabilidade é fundado sobre o princípio fundamental em que duas condições devem ser reunidas para fazer nascer uma obrigação de reparação²⁶⁷: a ilicitude do fato gerador do dano e a existência de um dano sofrido por um sujeito de direito internacional.

O fato ilícito pode ser a violação de uma norma, de uma obrigação de resultado ou de uma obrigação de comportamento, por exemplo, de uma obrigação de diligência. A responsabilidade internacional pode ser envolvida por uma omissão, tanto quanto por uma

²⁶⁷ Ver, notadamente, Parecer CPJI, 13 de setembro de 1928, Usina de Chorzów, Série A, n° 17.

atuação. No caso do estreito de Corfu, a Corte Internacional de Justiça cobrou da Albânia sua inação, que consistia em não ter notificado a presença de minas nas águas territoriais albanesas. Por sua vez, ela advertiu o Reino Unido por suas ações, notadamente por ter feito diretamente a deminagem. O fato gerador, na origem do envolvimento da responsabilidade internacional, pode ser imputado a um sujeito de direito internacional, portanto, a um Estado, a uma organização internacional ou a órgãos e pessoas tendo uma ligação suficiente com estes. A responsabilidade internacional de um Estado poderá, assim, ser envolvida pelo fato de um dano cometido por uma comunidade pública exercendo prerrogativas de poder público. Causas exoneradoras de responsabilidade tiram do fato gerador do dano seu caráter ilícito, como no consentimento do Estado lesado ao fato que produziu o dano, da legítima defesa, da força maior, do caso fortuito, do desespero ou, ainda, do estado de necessidade.

A responsabilidade internacional somente pode ser envolvida se um direito for violado; não basta que um interesse tenha sido lesado, como o estimou a Corte Internacional de Justiça, em seu parecer, de 1966, sobre o Sudoeste africano. A Corte, com efeito, recusou reconhecer “um tipo de ato popular ou um direito para cada um dos membros de uma comunidade de intentar uma ação para a defesa de um interesse público”. O direito internacional da responsabilidade exige, além disso, que exista uma ligação de causalidade entre o fato ilícito cometido e o dano sofrido. No caso do Alabama, resolvido pela sentença arbitral, em 1872, os Estados Unidos pediam reparação do prejuízo sofrido por causa da alta do custo do frete e das apólices de seguro decorrentes da atividade do navio Alabama, armado pela Inglaterra para os Confederados sulistas, durante a guerra de secessão. O tribunal arbitral recusou deferir o pedido americano, porque não existia uma ligação direta entre o fato ilícito e o prejuízo sofrido pelo reclamante.

Enfim, se o dano não prejudicar diretamente o Estado, mas um de seus membros, a proteção diplomática poderá ser aplicada. O Estado, então, assume o fato e a causa por ele, fazendo valer seu próprio direito de “fazer respeitar o direito internacional público na pessoa de seus membros”²⁶⁸. Fazendo isto, o litígio se torna internacional, opondo, no futuro, o Estado ao qual o dano é imputado e o Estado protetor, substituído ao particular.

A responsabilidade por fatos lícitos permanece excepcional

O direito internacional tem, para alguns campos, regimes particulares que escapam do direito comum da responsabilidade internacional dos Estados. Estes regimes, com uma natureza convencional relativa a atividades bem identificadas, instituem uma obrigação de reparação dos danos, baseada na responsabilidade por risco.

As atividades espaciais, por exemplo, dependem do regime definido pela convenção internacional sobre a responsabilidade internacional para os danos provocados por objetos espaciais, assinada em Londres, em 1972. Em virtude do artigo 2, desta convenção: “Um Estado de lançamento tem a responsabilidade absoluta de pagar uma reparação pelo dano causado por seu objeto espacial na superfície da Terra ou às aeronaves em voo”²⁶⁹.

No campo das atividades nucleares, as convenções de Paris, de 29 de julho de 1960 e de Viena, de 19 de maio de 1963, relativas à responsabilidade civil no campo do transporte marítimo das matérias nucleares prevêm, além de uma responsabilidade automática da

²⁶⁸ Ver o Parecer CPJI, de 30 de agosto de 1924, caso Mavrommatis, Série A, nº 2, p. 12.

²⁶⁹ Um estudo do Conselho de Estado sobre o estatuto jurídico das atividades espaciais governamentais e não governamentais e a responsabilidade do Estado na reparação de suas consequências danosas está em andamento.

empresa exploradora civil, limitada a um valor máximo, a responsabilização do Estado, no limite de determinado teto.

1.2. Os regimes convencionais de responsabilidade de pleno direito dos produtores ou das empresas para determinadas atividades

Além do uso pacífico da energia nuclear, algumas atividades particularmente perigosas que relevam, na ordem interna dos Estados, da responsabilidade por risco, foram motivo de convenções estabelecendo um regime de responsabilidade de pleno direito. Os Estados podem ser, com efeito, mais favoráveis à adoção deste tipo de regime quando a carga pode ser suportada, exclusiva ou amplamente, por pessoas privadas²⁷⁰. Entretanto, estes regimes continuam sendo pouco freqüentes.

Assim, após o naufrágio do Torrey Canyon, em 1967, perto da costa britânica, um sistema internacional de indenização dos danos causados por “marés negras” tornou-se indispensável, sendo estabelecido por meio de convenção entre os países-membros da Organização Marítima Internacional.

As atividades de transporte marítimo de hidrocarburetos são regulamentadas, no que se refere aos danos relativos à poluição pelos hidrocarburetos, pela Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil, assinada em Bruxelas, em 1969, que entrou em vigor no dia 19 de junho de 1975 e que prevê a responsabilidade financeira dos proprietários de navios responsáveis pelos danos provocados pelo derramamento de suas cargas. A responsabilidade pelo dano pode ser envolvida sem culpa ou negligência de sua parte.

²⁷⁰ Cf. nestes pontos, Direito Internacional Público, Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet, LGDJ, 2002.

Todavia, esta responsabilidade era limitada, em função do dano do navio, num nível inferior aos danos possíveis. O regime, já inovador por si só, foi complementado pela criação, por meio da convenção de 1971, que entrou em vigor no dia 16 de outubro de 1978, de um fundo internacional de indenização para os danos devidos à poluição pelos hidrocarburetos (FIPOL), substituído por um novo fundo em 1992. Este fundo, alimentado pelos importadores de petróleo, constitui uma forma de socialização dos riscos: quando a indenização por parte do proprietário do navio não basta para indenizar as vítimas, os recursos do FIPOL podem ser mobilizados para reparar o prejuízo sofrido. Este dispositivo, julgado ainda subdimensionado, entrou em ação várias vezes e, provavelmente, vai desenvolver-se. Sua dotação, inclusive, foi aumentada em 2003²⁷¹.

A convenção relativa ao transporte marítimo de substâncias nocivas e potencialmente perigosas²⁷² institui, como no sistema do FIPOL, um seguro obrigatório limitado por parte do armador a fim de indenizar as vítimas. Um segundo nível de indenização está previsto, por meio de um fundo (fundo SNPD) com teto, garantido mediante as taxas pagas pelos industriais e usuários de substâncias nocivas ou perigosas transportadas por via marítima, ou seja, os importadores e os recebedores.

As atividades de transporte aéreo também foram motivo de elaboração de um regime convencional de responsabilidade²⁷³. A Con-

²⁷¹ Em 3 de agosto de 2004, seis Estados (Dinamarca, Noruega, Finlândia, França, Irlanda e Japão) tinham ratificado o Protocolo de 2003 sobre a criação do fundo complementar.

²⁷² Mais conhecida como convenção HNS.

²⁷³ Cf. também convenção de Londres, de 17 de dezembro de 1976, para os danos resultando da procura e da exploração dos recursos minerais do subsolo marinho; as convenções de Helsinque de 1992 sobre a proteção dos cursos de água transfronteiriços e dos lagos internacionais e sobre a proteção do meio ambiente marinho na área do mar Báltico; o acordo da FAO, de 24 de novem-

venção para a unificação de determinadas regras relativas ao transporte aéreo internacional, de 28 de maio de 1999, vigorando desde 28 de junho de 2004, prevê que o transportador é responsável, de pleno direito, pelos danos causados aos passageiros, às bagagens e mercadorias transportados, até um máximo de 100.000 DTS²⁷⁴. Além disso, aplica-se o regime de responsabilidade culposa com presunção de culpa.

1.3. Os trabalhos da Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas

Essa Comissão terminou seus trabalhos com um primeiro projeto relativo à responsabilidade dos Estados por atos contrários ao direito internacional. A elaboração deste projeto levantou profundas divergências entre os Estados-Membros das Nações Unidas. Os pontos que suscitaram o maior número de debates foram, principalmente, a introdução de uma responsabilidade penal dos Estados, o regime de contramedidas de arbitragem e de conciliação. O atual projeto não manteve a responsabilidade penal dos Estados. Uma resolução da Assembléia Geral considerou este projeto, embora subsistem reservas por parte de alguns Estados.

Além disso, trabalhos da Comissão do Direito Internacional, lançados em 1978, sobre um projeto relativo à prevenção dos danos transfronteiriços resultantes de atividades perigosas lícitas, terminaram em 2001 sem, contudo, abordar a questão das condições em que este tipo de atividades poderia envolver a responsabilidade in-

bro de 1993, visando favorecer o respeito, pelos navios, das medidas internacionais de conservação e de gestão dos recursos de alto-mar (JOCE, nº L. 177, de 16 de julho de 1996, p. 26). Todos estes regimes convencionais não excluem naturalmente que transações para a indenização das vítimas possam ser feitas.

²⁷⁴ Ou seja, 152.495,00 dólares, em 19 de janeiro de 2005.

ternacional dos Estados. Entretanto, estes trabalhos levaram a Comissão a propor durante os debates um regime, resultando numa responsabilidade por risco e abrindo o caminho a uma mutualização da reparação de determinados danos entre os diferentes agentes que atuam em atividades perigosas (por exemplo, entre os que autorizam, que as administram ou os que tiram proveito delas). No estágio em que chegaram, estes trabalhos estão longe de refletir o direito positivo existente e recebem pouco apoio por parte dos Estados-Membros das Nações Unidas.

Um terceiro projeto, em fase de estudo, refere-se à responsabilidade das organizações internacionais em relação aos atos contrários ao direito internacional.

1.4. O princípio da precaução no direito internacional público

Apreendido como uma regra geral de conduta e evocado no decorrer dos anos oitenta, a respeito do meio ambiente, o princípio da precaução foi estabelecido, em 1987, na declaração da Conferência sobre a Proteção do Mar do Norte. Torna-se um dos princípios diretores das políticas de desenvolvimento sustentável, como pode ser observado na declaração final da Cúpula do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, em 1992.

Tanto a Corte Internacional de Justiça quanto o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio demonstraram prudência, senão reticência, a respeito do princípio da precaução. A Corte Internacional de Justiça, ainda, não se pronunciou em relação a ele. Ela teve que fazê-lo, ou evitou fazê-lo quando era invocada, seja explicitamente, como no caso dos testes nucleares franceses²⁷⁵, seja implicitamente,

²⁷⁵ CIJ, Parecer de 22 de setembro de 1995, “Pedido de exame da situação de acordo com o parágrafo 63, do Parecer da Corte, no dia 20 de dezembro de 1974, no caos dos testes nucleares” (Nova Zelândia v/ França), pauta geral nº 97.

como no caso do projeto de organização de eclusas sobre o Danúbio²⁷⁶ ou no pedido do parecer sobre a liceidade da ameaça ou do uso de armas nucleares²⁷⁷.

Entre os textos fundadores da Organização Mundial do Comércio, somente o Acordo sobre a Aplicação das Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (acordo SPS) prevê, em matéria de comércio dos alimentos, medidas que podemos qualificar como sendo de precaução. Estas medidas consistem, na verdade, em cláusulas de proteção temporária limitadas num prazo razoável, devendo este prazo permitir aos cientistas estabelecer, com certeza, a existência de um risco antes de autorizar uma restrição definitiva. No entanto, não autorizam a fundamentação de uma decisão de proteção sobre uma incerteza científica. Aliás, é por isso que a União Européia pôde ser condenada, em 1999, pelo Órgão de Resolução dos Conflitos da OMC, por suas restrições à importação da carne bovina americana, visto que não pôde provar, cientificamente, a periculosidade do uso dos hormônios de crescimento na criação bovina.

Entretanto, o princípio da precaução foi parcialmente reconhecido no direito comercial internacional, após o debate sobre os OGMs. Em 29 de janeiro de 2000, 128 países ratificaram o Protocolo de Cartagena, relativo à prevenção dos riscos biotecnológicos, tomado em aplicação a Convenção sobre a Biodiversidade, de 1992. Este acordo permite recusar a importação de OGMs segundo um princípio da precaução interpretado amplamente e cuja conciliação com as regras da OMC pode revelar-se delicada²⁷⁸. O princípio é

²⁷⁶ CIJ, Parecer de 25 de setembro de 1997, *Gabcikovo-Nagymaros (Hungria v/ Eslováquia)*, pauta geral nº 92.

²⁷⁷ CIJ, Parecer de 8 de julho de 1996, *Liceidade da ameaça ou do emprego de armas nucleares*, pauta geral nº 95.

²⁷⁸ Os Estados Unidos não participam deste Protocolo.

aquele da implantação de procedimentos de autorização prévia, após avaliação dos riscos, para os movimentos transfronteiriços de OGMs.

2. Os avanços do direito comunitário

2.1. A responsabilidade extracontratual da Comunidade

Nos termos do artigo 288, do TCE (ex. artigo 215) “Em matéria de responsabilidade não-contratual, a Comunidade deve reparar, de acordo com os princípios gerais comuns dos direitos dos Estados-Membros, os danos causados pelas instituições ou pelos agentes no exercício de suas funções”. A jurisprudência da Corte de Justiça das Comunidades Europeias sobre a aplicação deste artigo evoluiu no sentido de um abrandamento. Como para a responsabilidade do Estado em direito interno, a responsabilidade da Comunidade pode ser envolvida sobre o clássico terreno da culpa, em razão de um fato ilícito por parte de uma instituição (desconhecimento de um dever de informação, violação de uma obrigação de confidencialidade...) ou de um ato ilegal, qualquer ilegalidade não constituindo obrigatoriamente uma culpa. Quando é culpabilizado um ato normativo contendo medidas de política econômica, tomadas no sentido amplo, a responsabilidade extracontratual da Comunidade relativa ao prejuízo sofrido por particulares pelo fato deste ato, somente podia ser envolvida diante de uma violação caracterizada de uma regra superior do direito protegendo os particulares, gerando um dano grave e especial, uma condição que o juiz francês somente aprecia no caso de responsabilidade sem culpa²⁷⁹. O princípio desta responsabilidade

²⁷⁹ CJCE, casos 9 e 11-71, 13 de junho de 1972, Cie d’approvisionnement de transport et de crédit SA e Grands Moulins de Paris SA v/ Comité des communautés européennes.

encontrava-se, portanto, enclausurado em estreitos limites²⁸⁰.

Depois, a Corte considerou que as condições de envolvimento da responsabilidade da Comunidade para os danos causados aos particulares em razão da evolução do direito comunitário não deviam, na ausência de uma justificativa particular, ser diferentes daquelas que regulamentam a responsabilidade dos Estados em circunstâncias comparáveis. Ela deduziu disto que, quando uma instituição da Comunidade dispõe somente de uma margem de apreciação reduzida, e até inexistente, a simples infração do direito comunitário pode ser suficiente para estabelecer a existência de uma violação suficientemente caracterizada²⁸¹. Ela se baseia em sua jurisprudência clássica sobre os critérios decisivos de responsabilidade dos Estados-Membros na violação do direito comunitário, a saber: desconhecimento manifesto e grave, por parte de um Estado-Membro, dos limites que se impõem a seu poder de apreciação²⁸² (cf. abaixo).

O juiz comunitário, além disso, cuidou para nunca descartar o princípio de uma responsabilidade sem culpa da Comunidade, sem, entretanto, consagrá-lo expressamente²⁸³. A Corte precisou assim, num caso relativo a um prejuízo invocado por uma firma em razão da adoção de um regulamento do Conselho, proibindo as importações e as exportações com o Iraque e o Kuwait “na hipótese em que o princípio da

²⁸⁰ Cf. Guy Isaac, Marc Blanchet, *Droit communautaire général*, Armand Colin, 8ª ed., 2001.

²⁸¹ CJCE, caso C-352/98/P, 4 de julho de 2000, *Laboratoire pharmaceutique Bergaderm SA*; caso C-472/00P, 10 de julho de 2003, *Comité des communautés européennes v/ Fresh Marine Company A/S*; TPICE, 10 de fevereiro de 2004, caso T-64/01, *Afrikarische-Frucht-Compagnie GmbH*.

²⁸² CJCE, casos C-46/93 e C-48/93, 5 de março de 1996, *Brasserie du pêcheur SA v/ Bundesrepublik Deutschland* e *The Queen v/ Secretary of State for Transport*, exparte: *Factortame Ltd* e outros.

²⁸³ CJCE, caso 59/83, 6 de dezembro de 1984, *Biovilac v/ Comunidade Econômica Européia*; TPICE, caso T-184/95, *Dorsch Consult*, 28 de abril de 1998.

responsabilidade da Comunidade pelo fato de um ato ilícito deveria ser reconhecido em direito comunitário, o envolvimento desta responsabilidade suporia, afinal, a existência de um prejuízo anormal e especial”. Ela estimou que não era o caso²⁸⁴. A jurisprudência da Corte não ofereceu, por enquanto, nenhum exemplo de uma aplicação positiva.

2.2. O direito comunitário e a socialização dos riscos

O direito comunitário impõe aos Estados implantarem ou aplicarem algumas regras de responsabilidade

De acordo com a Corte de Justiça das Comunidades Européias, o princípio da responsabilidade do Estado, nos danos causados aos particulares por violações do direito comunitário a ele imputáveis é inerente ao sistema do Tratado²⁸⁵. O Estado deve indenizar os particulares, até quando os danos causados pela violação do direito comunitário são imputáveis ao legislador²⁸⁶, uma vez que a ação deste legislador não poderia ter envolvido a responsabilidade do Estado no direito interno. Isto pode gerar problemas de conciliação com a tradição jurisprudencial francesa em matéria de responsabilidade pelo fato das leis.

Em todos os casos, somente pode ter um envolvimento da responsabilidade do Estado, na condição em que a regra de direito violada tenha como objeto conferir direitos aos particulares, ou seja, quando a

²⁸⁴ CJCE, caso C-237/98 P, 15 de junho de 2000, *Dorsch Consult v/ Conselho da União Européia e Comissão das Comunidades Européias*.

²⁸⁵ CJCE, casos C-6/90 e C-9/90, 19 de novembro de 1991, *Francovitch e outros*.

²⁸⁶ CJCE, casos C-46/93 e C-48/98, 5 de março de 1996, *Brasserie du Pêcheur SA v/ Bundesrepublik Deutschland e The Queen v/ Secretary of State for Transport, exparte: Factortame Ltd e outros*.

violação for suficientemente caracterizada e quando existir uma ligação de causalidade direta entre a violação da obrigação e o dano sofrido.

O princípio da responsabilidade é aplicável a qualquer órgão do Estado que estiver na origem da violação do direito comunitário, legislador, autoridade administrativa, autoridade jurisdicional. A Corte julgou que tal princípio é também aplicável quando a violação em questão decorre da decisão de uma jurisdição decidindo em última instância²⁸⁷. Se a Corte determinar que esta responsabilidade não tem como consequência questionar a autoridade da coisa julgada, permanece a compatibilidade desta jurisprudência com a do Conselho de Estado, como resulta da decisão da Assembleia, de 29 de dezembro de 1978, Darmont²⁸⁸.

Textos comunitários instituindo obrigações capazes de envolver a responsabilidade dos atores ou dos princípios de responsabilidade intervieram em certo número de setores caracterizados por atividades de risco. A abordagem comunitária da responsabilidade, no campo do meio ambiente, tem sua proteção como objetivo essencial. Ela se afirma, sobretudo, pelo princípio poluidor-pagador, inscrito no Tratado. A diretriz 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, sobre a responsabilidade ambiental, no que se refere à prevenção e à reparação dos danos ambientais prevê que, para determinadas atividades mais perigosas, a responsabilidade existe, até sem culpa. A diretriz visa somente à reparação dos danos ao meio ambiente (danos causados às espécies e ao habitat natural protegidos, danos afetando as águas, danos afetando os solos). Ela exclui de sua área de aplicação os danos aos bens e às

²⁸⁷ CJCE, caso C-224/01, 30 de setembro de 2003, Gerhard Köbler v/ Republik Österreich.

²⁸⁸ Cf. acima.

pessoas. Adotada após muitos anos de discussão, ela testemunha a prudência relativa a estas questões: a poluição atmosférica, muitas vezes dificilmente imputável a uma atividade determinada, está excluída da área de aplicação da diretriz; a diretriz não confere às vítimas ou organizações de defesa do meio ambiente nenhum direito à indenização após danos verificados. Estas poderiam, no máximo, dirigir-se à autoridade competente indicada em cada Estado.

No campo da proteção da saúde, da segurança e da higiene nos locais de trabalho, várias diretrizes visam impor aos Estados-Membros a prescrição de obrigações mínimas que os empregadores deverão respeitar e cuja violação pode envolver a responsabilidade dos empregadores, no caso de doença ou de acidente de trabalho.

Já no campo da proteção dos consumidores quanto aos produtos defeituosos, é, claramente, estabelecido o princípio da responsabilidade sem culpa no campo do risco-desenvolvimento: “Considerando que somente a responsabilidade sem culpa por parte do produtor permite resolver de forma adequada o problema, particularmente em nossa época de tecnologia sempre crescente, que exige uma justa atribuição dos riscos inerentes à produção técnica moderna”²⁸⁹. São considerados produtores quaisquer participantes do processo de produção, o importador do produto, qualquer pessoa colocando seu nome, sua marca ou um outro sinal distintivo no produto, qualquer pessoa que forneça um produto cujo produtor não pode ser identificado. A vítima deve, simplesmente, estabelecer a existência do dano, o defeito do produto e a ligação de causalidade entre o dano e o defeito. Como consequência à crise da vaca louca, a área de aplicação deste regime foi estendida em 1999 às matérias agrícolas e

²⁸⁹ Diretriz do Conselho, de 25 de julho de 1985, 85/374/CEE, modificada pela diretriz 1999/34/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de maio de 1999.

produtos da caça. Os Estados podem, além disso, prever em sua legislação que o produtor será responsável, mesmo que ele prove que os conhecimentos científicos e técnicos, no momento da comercialização do produto por ele, não permitiam notar a existência do defeito (artigo 15). Poucos Estados-Membros aplicaram isto, outros aplicam unicamente para determinados produtos. Entretanto, a diretiva não autoriza adotar medidas de proteção mais restritas do que aquelas que ela prevê e que atendem o objetivo de garantir uma concorrência não-distorcida entre os operadores econômicos, de facilitar a livre circulação das mercadorias e de evitar as diferenças em nível de proteção dos consumidores. A França foi condenada pela Corte de Justiça por ter previsto tais medidas²⁹⁰.

A questão da indenização das vítimas de infrações originou também uma regulamentação comunitária. Uma recente diretiva, relativa à indenização das vítimas da criminalidade²⁹¹, prevê que, em 1º, de julho de 2005, cada Estado-Membro deverá ter implantado um regime nacional garantindo uma indenização justa e adequada às vítimas da criminalidade.

2.3. O princípio da precaução no direito comunitário

Foi no campo do meio ambiente que o princípio da precaução estabeleceu-se no direito comunitário, conforme artigo 130 R, do tratado de Maastricht, que se tornou o artigo 174, TCE, nos termos do qual: “A política da Comunidade Europeia no campo do meio

²⁹⁰ CJCE, caso C-52/00, 25 de abril de 2002, Comissão das Comunidades Europeias v/ República Francesa.

²⁹¹ Diretiva 2004/80/CE, do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa à indenização das vítimas da criminalidade.

ambiente visa um nível elevado de proteção, levando em consideração a diversidade das situações nas diferentes regiões da Comunidade. É baseada nos princípios da precaução e da ação preventiva, no princípio da correção, por prioridade na fonte, dos danos ao meio ambiente e no princípio do poluidor-pagador”.

Entretanto, a aplicação do princípio não foi limitada ao setor do meio ambiente

O artigo 6, TCE, prevê, de uma forma geral, que “as exigências da proteção do meio ambiente devem ser integradas à definição e à implantação das políticas e ações da Comunidade”. Além disso, de acordo com o artigo 174, TCE, a política da Comunidade, no âmbito do meio ambiente, contribui para a proteção da saúde das pessoas. O comunicado da Comissão Europeia, de 2 de fevereiro de 2000, define linhas diretoras que visam à aplicação do princípio. Este comunicado apresenta o princípio como uma regra de procedimento que se inscreve no âmbito geral da análise do risco e se aplica ao meio ambiente, como também à política de proteção aos consumidores e à saúde humana e animal. O Conselho Europeu de Nice, em sua Resolução, de 4 de setembro de 2002, sobre o princípio da precaução, considera “que é necessário recorrer ao princípio da precaução desde que a possibilidade de efeitos nocivos sobre a saúde for identificada e uma avaliação científica prévia, baseada em dados disponíveis, não permitir concluir com certeza a respeito do nível de risco”.

A Corte de Justiça referiu-se ao princípio da precaução além do meio ambiente, nos casos relativos à segurança alimentar²⁹² ou à

²⁹² CJCE, Caso C-41/02, 2 de dezembro de 2004, Comissão das Comunidades Europeias v/ Reino dos Países Baixos.

saúde. O princípio da precaução concerne às autoridades públicas que tomam as medidas necessárias “na base de uma apreciação política”. É do que precisa, também, a Resolução do Conselho, de 4 de dezembro de 2002.

A aplicação do princípio da precaução no seio da União Europeia testemunha a dificuldade de uma gestão comunitária dos riscos ambientais e sanitários. Se a proteção da saúde pública cabe em primeiro lugar aos Estados-Membros, sua competência em adotar medidas sanitárias se encontra muito reduzida e enquadrada pelo direito comunitário, quando as medidas adotadas incidem sobre a livre circulação das mercadorias. Sua margem de apreciação depende, notadamente, do grau de harmonização comunitária das regras que regulamentam o setor. A incerteza científica multiplica as divergências de apreciação sobre os riscos em questão e as medidas a serem tomadas. A adoção de medidas restritivas pode levar a batalhas de peritos, como bem mostrou o conflito entre os peritos a respeito do fim do embargo sobre a carne bovina britânica. A dificuldade dos Estados em arbitrar os interesses em jogo (comércio e saúde pública) levou-os, freqüentemente, a deixar a decisão nas mãos da Comissão, no seio dos comitês de gestão da política agrícola comum.

Por seu lado, a Corte de Justiça das Comunidades Europeias, na busca de seu equilíbrio, difícil de estabelecer entre a precaução e a ausência de entrave aos intercâmbios, zela pelo respeito do princípio da proporcionalidade entre o objetivo desejado e as medidas tomadas, esforçando-se para fazer prevalecer uma concepção do princípio da precaução. Em seu Parecer, de 5 de maio de 1998, rejeitando o pedido do Reino Unido contra a decisão da Comissão, de 27 de março de 1996, relativa a determinadas medidas de emergência em matéria de proteção contra a ESB²⁹³, a Corte lembra “que o princí-

²⁹³ CJCE, Caso C-180/96, 5 de maio de 1998, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte v/ Comissão das Comunidades Europeias.

pio da proporcionalidade, que faz parte dos princípios gerais do direito comunitário, exige que os atos das instituições comunitárias não ultrapassem os limites do que é apropriado e necessário para a realização dos objetivos legítimos buscados pela regulamentação em questão, sendo que, quando uma escolha ocorre entre várias medidas apropriadas, é bom pegar a menos vinculativa, e que as desvantagens causadas não devem ser medidas em relação aos objetivos visados”. Num parecer de justiça do mesmo dia, como resposta a uma questão prejudicial relativa à validade das disposições da mesma decisão, a Corte determina que deve ser admitido que, quando incertezas subsistam quanto à existência ou à abrangência de riscos para a saúde das pessoas, as instituições podem tomar medidas de proteção sem ter que esperar que a realidade e a gravidade destes riscos sejam totalmente demonstradas. Enfatiza que a decisão foi adotada a título de “medida de emergência”, estabelecendo uma proibição de exportação “de forma transitória” e que a Comissão reconhece a necessidade de aprofundar, no plano científico, a abrangência das novas informações e, conseqüentemente, a necessidade de reexaminar a decisão tomada após uma análise da situação em seu conjunto.

A Corte²⁹⁴ indica, em função da incerteza quanto ao caráter suficiente e à eficiência das medidas adotadas anteriormente pelo Reino Unido e pela Comunidade e dos riscos considerados como sendo graves para a saúde pública, que a Comissão, que dispõe de um amplo poder de apreciação na matéria, claramente não ultrapassou os limites deste poder, esforçando-se para limitar a doença ao território do Reino Unido, proibindo as exportações de bovinos, de carne bovina e de produtos derivados provenientes daquele território. Ela

²⁹⁴ CJCE, Caso C -157/96, 5 de maio de 1998, The Queen et Ministry of Agriculture.

aceitou assim, na dúvida, que a Comissão tenha feito prevalecer a proteção da saúde sobre a livre circulação dos produtos.

A margem de ação que a Corte reconhece aos Estados-Membros para tomar medidas de precaução é função do grau de harmonização²⁹⁵. Ela permanece muito atenta para limitar o direito dos Estados em tomar medidas de precaução, com a preocupação de evitar que tais medidas se tornem uma nova fonte de entrave aos intercâmbios entre Estados. Um parecer, de 13 de dezembro de 2001²⁹⁶, condenou a França por não ter aplicado a decisão comunitária que estabelece o fim do embargo sobre os bovinos britânicos. O Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias qualificou o princípio da precaução como “princípio geral do direito comunitário”²⁹⁷.

O direito derivado refere-se raramente, de uma forma clara, ao princípio da precaução; ele impõe, em geral, obrigações ligadas a conhecimentos científicos estabelecidos. Todavia, referências ao princípio da precaução figuram nos textos relativos à segurança alimentar ou à biotecnologia, como também diretrizes relativas ao uso confinado e à disseminação voluntária de OGMs²⁹⁸. Além disso, a nova diretriz adotada dia 12 de março de 2001, que revisa a diretriz nº 90/220 relativa à disseminação voluntária de OGMs no meio ambiente, definiu procedimentos e critérios comuns de avaliação dos riscos, assim como um “sistema independente de resolução dos conflitos” numa

²⁹⁵ Caso C-318/98, Parecer de 22 de junho de 2000, Giancarlo Fornesar; Caso C-1/00, Parecer de 13 de dezembro de 2001, Comissão das Comunidades Europeias v/ República Francesa.

²⁹⁶ Caso C-1/00, Parecer de 13 de dezembro de 2001, Comissão das Comunidades Europeias v/ República Francesa.

²⁹⁷ TPICE, 26 de novembro de 2002, Artegoda GmbH e outros v/ Comissão Europeia.

²⁹⁸ Diretriz 90/219/CEE, de 23 de abril de 1990; diretriz de 2001/18/CE, de 12 de março de 2001.

base científica²⁹⁹. O exemplo dos OGMs mostra, no entanto, que a legitimidade do enquadramento comunitário continua contestada³⁰⁰ nos setores caracterizados por grandes incertezas científicas, em que a sensibilidade dos cidadãos se torna forte demais, os Estados mostram-se preocupados em ficar com o domínio da gestão dos riscos.

3. A Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) e a responsabilidade pública

A Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais não estabelece princípio algum em que o poder público seria responsável por seus atos em geral. Mas “a (Convenção) e sua prática vão no sentido de um recuo das zonas de irresponsabilidade do poder público”³⁰¹. Se a Corte, por sua jurisprudência, admitir claramente casos de ausência de responsabilidade, ela exerce, como sempre, um controle de proporcionalidade sobre as limitações ao direito de acesso a um tribunal. Os Estados têm que prever regimes de responsabilidade para os danos ligados à violação dos direitos e liberdades previstos pela CEDH³⁰². Devem, de forma mais geral, respeitar as regras de procedimentos decorrentes desta Convenção e

²⁹⁹ Ver também, tratando-se da segurança dos alimentos, o regulamento (CE) n° 178/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2002, que institui a autoridade europeia de segurança dos alimentos.

³⁰⁰ Também quanto aos medicamentos, a Comissão deplora certa reticência em confiar na avaliação científica de outros Estados-Membros que impede de aproveitar plenamente os procedimentos (Comunicação n° 98C229/03).

³⁰¹ J. - P. Costa, “A prática da Convenção Européia de Preservação dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”, colóquio do Senado “Para novas normas em direito da responsabilidade pública”, maio de 2001.

³⁰² É o caso das exigências decorrentes, de acordo com a Corte, do artigo 1º, do Protocolo n° 1 (direito ao respeito dos bens).

de sua interpretação por parte da Corte (regra do processo equitativo, prazo razoável, recurso efetivo). Assim, a Corte julgou, a respeito dos contenciosos diante da jurisdição administrativa relativa a pessoas contaminadas por transfusões pelo HIV, que uma pressa excepcional se impunha neste caso, apesar do número de litígios a serem tratados e condenou a França por violação do artigo 6-1, da Convenção³⁰³.

Além disso, diante da Corte, a responsabilidade do Estado, ainda que limitada à violação dos direitos e liberdades consagradas pela Convenção, é entendida de forma ampla. A Corte definiu exceções ao princípio em que a ônus da prova cabe ao reclamante (Parecer Tomasi v/ França, 1992). O direito a um meio ambiente sadio, não claramente previsto pela Convenção, foi ligado ao artigo 8 relativo ao respeito à vida privada e familiar³⁰⁴.

A Corte observa uma postura de prudência, quando está encarregada de casos nos quais deve examinar a probabilidade de certos riscos em relação às obrigações previstas pela Convenção. Analisa se uma ligação direta existe entre as atividades em questão e se uma ameaça suficientemente grave é iminente. Os danos puramente hipotéticos não podem ser levados em consideração. Assim, a respeito dos perigos que uma central nuclear, na Suíça, teria apresentado, a Corte considerou que os requerentes não tinham “estabelecido uma ligação direta entre as condições de uso da central que eles acusaram com o direito à proteção de sua integridade física, na ausência de terem demonstrado que se encontravam pessoalmente expostos,

³⁰³ CEDH, caso X v/ França, 31 de março de 1992; Vallée v/ França, 26 de abril de 1994; Karaya v/ França, 26 de abril de 1994; Demai v/ França, 27 de outubro de 1994.

³⁰⁴ CEDH, Lopez Ostra v/ Espanha, 23 de novembro de 1994. Neste caso, a Corte condenou o Estado espanhol a indenizar a requerente pelos danos e prejuízos em matéria de saúde, provocados por uma estação de depuração.

pelo fato do funcionamento da central de Mühleberg, a uma ameaça séria, mas também precisa e, sobretudo, iminente. Na ausência desta constatação dos efeitos sobre a população, em face das medidas que o Conselho Federal poderia ter tomado, permaneciam hipotéticos. Conseqüentemente, nem os perigos, nem os remédios apresentavam o grau de probabilidade que teria tornado o fim do litígio diretamente determinante, no sentido da jurisprudência da Corte, no direito invocado pelos interessados”. A Corte estimou que a ligação entre a decisão do Conselho Federal e o direito invocado pelos requerentes era muito frágil e longínquo³⁰⁵. Também considerou, em seu Parecer X v/ França, de 24 de março de 1992, a respeito dos que receberam transfusão de sangue e eram vítimas do HIV, que as conseqüências fisiológicas da supercontaminação das pessoas já soropositivas em data de 12 de março de 1985, tornada possível em razão da carência do Estado, eram “no estado atual dos conhecimentos científicos, totalmente hipotéticos”, e que, então, o prejuízo alegado a partir deste fato puramente eventual não poderia dar direito à reparação³⁰⁶.

Em recente caso (CEDH, 30 de novembro de 2004, nº 48939/99) sobre danos causados por uma explosão de gás, em 1993, num depósito de lixo municipal de Istambul³⁰⁷, a Corte decidiu pela

³⁰⁵ CEDH, caso Balmer-Schafroth e outros v/ Suíça, 26 de agosto de 1997.

³⁰⁶ Tratando-se da possibilidade, para um requerente, de introduzir uma ação paralela a seu pedido de indenização pelo fundo de indenização dos que fazem transfusão de sangue e os hemofílicos, até após aceitação da proposta deste último, a Corte julgou que a lei e os trabalhos permitiam ao requerente de acreditar que ele podia intentar esta ação paralela e, então, concluiu que havia violação do artigo 6, § 1º, da Convenção, pela Corte de Apelação de Paris que tinha declarado seu recurso como sendo inaceitável (CEDH, caso Bellet v/ França, 20 de novembro de 1995).

³⁰⁷ Essa explosão resultou na morte de vinte e seis pessoas e onze ficaram feridas.

violação do artigo 2, da Convenção sobre o Direito à Vida, destacando que: “A obrigação positiva de tomar todas as medidas necessárias à proteção da vida no sentido do artigo implica, antes de tudo, para os Estados, o dever primordial de implantar um quadro legislativo e administrativo visando a uma prevenção eficiente e dissuadindo de pôr em perigo o direito à vida.... Esta obrigação se aplica, sem contestação, no campo específico das atividades perigosas, em que é preciso também reservar um lugar particular a uma regulamentação adaptada às particularidades da atividade em jogo, notadamente no nível do risco que poderia resultar disso para a vida humana. Ela deve regular a autorização, a implantação, a exploração, a segurança e o controle ligados à atividade, como também impor a qualquer pessoa envolvida a adoção de medidas próprias de ordem prática, a garantia da proteção efetiva dos cidadãos cuja vida pode ser exposta aos perigos inerentes ao campo em questão.

Entre essas medidas preventivas, é preciso destacar a importância do direito do público à informação, como foi estabelecido pela jurisprudência da Convenção

Algumas pessoas³⁰⁸ puderam ver nisso o início de uma “contribuição própria (da Corte) à construção do princípio da precaução”, que teria, assim, abandonado “a prudência, até mesmo a reticência” demonstrada em seus pareceres precedentes.

4. Exemplos estrangeiros

Não é fácil comparar os regimes de responsabilidade de nos-

³⁰⁸ Jean-François Flauss, “Actualité de la CEDH”, AJDA, 2002, p. 1277.

soz parceiros mais próximos com os nossos e nem analisar o lugar dedicado em cada um às formas de socialização do risco. Estes regimes são frutos da história e de concepções jurídicas diferentes. As soluções continuam variadas. Entretanto, algumas linhas se destacam: o atrelamento à noção de culpa; a existência de diferentes regimes de responsabilidade do poder público, o desenvolvimento, mais ou menos difuso, da responsabilidade sem culpa e de regimes específicos a fim de atender a riscos particulares e o lugar reservado, em geral, aos regimes de seguro clássico³⁰⁹.

4.1. A responsabilidade do poder público

A responsabilidade do poder público obedece a regimes diferentes de acordo com o país. A noção francesa de “culpa do serviço público” é freqüentemente desconhecida, o que não impede o questionamento da responsabilidade das autoridades públicas em condições variadas. O lugar da responsabilidade sem culpa que, em geral, está crescendo, continua limitado e muitas vezes previsto em textos. Entretanto, a noção de culpa pode ser entendida de uma forma ampla.

Assim, o Reino Unido³¹⁰ permanece muito ligado à responsabilidade culposa e à responsabilidade individual. O direito jurisprudencial colocou cedo o princípio em que as autoridades públicas são responsáveis como qualquer pessoa de direito privado.

³⁰⁹ Um estudo em andamento do Commissariado do Plano, relativo ao Estado e à gestão dos riscos do seguro, analisa, a partir deste ponto de vista, exemplos estrangeiros.

³¹⁰ Sobre esta questão: cf. abaixo, contribuição de M. Duncan Fairgrieve, “Responsabilité et risques: l’approche outre-Manche”; “La responsabilité de l’État du fait d’un dysfonctionnement dommageable de la justice au Royaume-Uni”, Juriscope, 2000.

Sua responsabilidade delitual e contratual pode ser envolvida diante dos tribunais de direito comum. A autoridade pública pode ser obrigada à reparação em razão dos erros de seus agentes por fatos ocorridos no exercício de suas funções, como a negligência ou a violação do direito de propriedade. Esta responsabilidade do fato do erro cometido pelo agente é, amplamente, admitida.

As hipóteses de responsabilidade sem culpa (*strict liability*) são, ao contrário, muito limitadas. Os juízes mostraram-se naturalmente preocupados em levar em consideração as vinculações da atuação administrativa. Todavia, a tendência atual vai no sentido de uma flexibilização das condições de implementação da responsabilidade administrativa.

Na Alemanha³¹¹, o artigo 19, item 4, da Lei Fundamental, determina que “quem for lesado em seus direitos pelo poder público dispõe de um recurso jurisdicional”. O artigo 34 prevê que “quando uma pessoa, no exercício de uma função pública, violar suas obrigações de função contra um terceiro, a responsabilidade cabe ao Estado ou à comunidade a serviço da qual ela se encontra”. A responsabilidade do Estado pode ser envolvida se houver culpa dos funcionários públicos, uma ação regressiva sendo possível no caso de erro intencional ou de negligência grosseira por parte do agente. A responsabilidade sem culpa aparece em duas outras hipóteses: baseando-se no princípio, enunciado pela lei Fundamental, da indenização no caso de desapropriação, o juiz civil considera desapropriação determinadas infrações à propriedade e admite a indenização, haja infração ilegal ou não; além disso, no fundamento da

³¹¹ Ver nestes pontos Michel Fromont, *Grands systèmes de droit étrangers*, Mémentos, 4^a ed., 2001; Philippe Gréciano, “Le contentieux de droit public comparé France-Allemagne”, *Revista de atualidade jurídica francesa*, setembro de 2004; Carole Bontemps, “La responsabilité de l’État du fait de la justice en Allemagne”, *Justiça e responsabilidade do Estado*, PUF, 2003.

ruptura da igualdade diante dos cargos públicos, o juiz civil determina a indenização de um prejuízo especial oriundo de uma intervenção do poder público se o dano se referir a um direito patrimonial.

É o juiz judiciário o competente para as ações de responsabilidade contra o Estado. Ele aplica as regras do Código Civil Alemão. Além dos casos citados de responsabilidade sem culpa, a jurisprudência não aceita envolver a responsabilidade do Estado, no fundamento de risco, e este tipo de regime somente está previsto pela lei em hipóteses limitadas que correspondem a atividades ou métodos perigosos.

Na Espanha³¹², o direito aplicável à responsabilidade do poder público apresenta mais semelhanças com o sistema francês. A responsabilidade por “funcionamento anormal do serviço público”, equivalente ao regime francês de responsabilidade sem culpa em direito público, está estabelecida³¹³. Define um grande encargo financeiro sobre os poderes públicos. As jurisdições administrativas ficam atentas à indenização dos administrados. Nos termos da lei, a administração deve voltar-se contra os agentes públicos culpados. O direito espanhol admite, como o direito francês, a responsabilidade pelo fato das leis, na base do rompimento do princípio da igualdade diante dos cargos públicos, se houver prejuízo especial. No sistema bastante descentralizado que a Espanha conhece, as comunidades autônomas intentam freqüentemente ações contra o Estado para a indenização de prejuízos causados por suas atividades.

³¹² Ver, principalmente, Francisco Lechuga, *La responsabilité patrimoniale des pouvoirs publics en droit espagnol: aspect historique*, Madrid-Barcelone, Marcial Pons, 1999.

³¹³ Nos termos do artigo 106-2, da Constituição Espanhola de 1978: “Os particulares, segundo as disposições legais, terão o direito de ser indenizados em qualquer prejuízo sofrido tanto em seus bens quanto em seus direitos, exceto no caso de força maior, quando o prejuízo resultar do funcionamento dos serviços públicos”, este direito sendo oponível a “todas as administrações públicas” (artigo 149-1-18a).

Na Itália, a responsabilidade extracontratual da administração se construiu, como na França, gradativamente, tendo a imunidade da administração prevalecido até recentemente. À soberania correspondia a imunidade³¹⁴. A Constituição, de 27 de dezembro de 1947, representou uma primeira etapa importante: ela afirma, em seu artigo 113, a possibilidade de contestar diante do juiz todos os atos administrativos; sobretudo o artigo 28 estabelece uma ligação entre os regimes de responsabilidade fixados pelos Códigos Civil e Penal e as regras aplicáveis aos agentes públicos³¹⁵. O artigo 2043, do Código Civil, em que “o autor de qualquer fato que cause um dano injusto a um terceiro deve reparar este dano”, é, portanto, aplicável às administrações, e o juiz administrativo, único competente para conhecer a ação dos serviços públicos³¹⁶, determinou quatro condições para que sua responsabilidade seja envolvida no caso: o fato gerador do dano deve ser ilegal e o comportamento do agente deve poder ser qualificado como culposos; a ligação entre este fato e o dano deve ser certa; o dano deve ser “injusto”; não deve ser possível pôr um fim ao dano, a indenização sendo unicamente uma reparação *ex post*.

Entre as evoluções recentes, é preciso salientar que a jurisprudência distinguiu, durante muito tempo, os “direitos subjetivos” (ex.: desapropriação ilegal) e os “interesses legítimos” (ex.: recusa ilegal de autorização), sendo indenizáveis unicamente as infrações aos primeiros. Uma decisão da Corte de Cassação, de 1999 (nº 500/99), e depois uma intervenção do legislador (Lei nº 205/2000) tornaram possível a indenização do prejuízo em todos os casos. A res-

³¹⁴ S. Cassese, Corso di diritto amministrativo, Éditions Mulat Pavois AG.

³¹⁵ “Os funcionários públicos e os agentes do Estado e das comunidades públicas são diretamente responsáveis, em virtude das leis penais, civis e administrativas, pelos atos ilegais que eles realizam”.

³¹⁶ D. lg nº 80/1998, artigo 33.

ponsabilidade da administração pode ser também envolvida pelo juiz pelo fato de uma ação ou de um ato legal.

“Cada vez mais freqüentemente, o legislador e o juiz prevêm em mecanismos de indenização automática, que não abordam uma determinação precisa do dano, mas permitem uma reparação mais fácil e menos sujeita ao contencioso. Assim, o usuário tem a garantia de que, se o gestor do serviço violar as regras aplicáveis, poderá ver sua responsabilidade envolvida e será obrigado a pagar uma indenização”³¹⁷. Este mecanismo foi instituído para as prisões infundadas: quando um processo constatar a inocência da pessoa, uma indenização *forfaitaire* será dada.

Na Suécia, a responsabilidade do Estado (ou do município) pode ser questionada para os danos causados por meio de um erro ou de uma negligência cometidos no exercício da função pública. A responsabilidade do Estado pode ser envolvida diante das jurisdições de direito comum. No entanto, os pedidos contra o Estado são, na maioria dos casos, examinados de acordo com um procedimento original diante do chanceler de justiça, representante do governo, e que pode decidir sobre a responsabilidade do Estado.

4.2. O lugar da socialização dos riscos nos outros regimes de responsabilidade

A responsabilidade por culpa continua sendo, com freqüência, o regime quase exclusivo

O exemplo britânico é marcado pelo atrelamento à noção de culpa e por uma preferência para as soluções transacionais. A possi-

³¹⁷ S. Cassese, op. cit., p. 377.

bilidade do juiz condenar a parte perdedora ao total das despesas expostas pela outra parte tem a ver diretamente com a busca de transações. O regime de responsabilidade sem culpa limita-se, essencialmente, a três regimes: os acidentes de trabalho, as vítimas de infrações criminais e as vacinações obrigatórias.

O direito alemão continua, também, muito atrelado à noção de culpa e, durante muito tempo, foi reticente para admitir casos de responsabilidade sem culpa. Todavia, alguns textos prevêm hipóteses por culpa presumida, como no caso da responsabilidade pelo fato de outrem, da responsabilidade do cometente pelo fato de seus agentes ou da responsabilidade pelo fato das coisas, da responsabilidade dos animais, indo neste último caso até a responsabilidade sem culpa para os animais de estimação. Foi, essencialmente, o legislador e não a jurisprudência que, pela recorrência a leis especiais, previu casos de responsabilidade sem culpa: os produtos defeituosos, por exemplo, o uso da energia nuclear, determinados acidentes implicando meios de transporte ou danos causados ao meio ambiente. A maioria das leis, estabelecendo casos de responsabilidade sem culpa, prevê um teto de indenização e os prejuízos extrapatrimoniais são dificilmente reparados.

Nos Estados Unidos, igualmente, constata-se uma grande reticência, por parte dos juízes, em liberar a noção jurídica de culpa. Todavia, o direito americano conhece um regime de responsabilidade - a *strict liability* – que podemos ver, em seus efeitos, como comparável à responsabilidade sem culpa, em que o simples fato de se sofrer um dano, até na ausência de qualquer elemento intencional, pode levar a envolver a responsabilidade de seu autor. A jurisprudência sobre a *strict liability* foi desenvolvida, principalmente, nos casos dos donos de animais perigosos, nos casos de uso de máquinas, de produtos perigosos, por exemplo, explosivos, e em matéria de transporte. Alguns advogados tentaram estender o campo da *strict liability* a novos campos das atividades sociais, mas a Corte Suprema se mostrou reticente. No campo médico, a responsabilidade sem culpa não atua, mas a responsabilidade do

defendente é presumida, e ele só pode retirar sua responsabilidade se demonstrar a ausência de vontade culposa ou de negligência.

A socialização dos riscos está progredindo por meio de regimes específicos atendendo determinados riscos

Assim, na Alemanha, para determinados danos, fundos de indenização foram implantados: A Fundação de Amparo às Crianças Fisicamente Deficientes³¹⁸, a Fundação de Amparo às Pessoas Contaminadas pelo HIV após uma Transfusão de Sangue, o Fundo de Indenização dos Danos Causados pelas Lamas de Depuração (Klär Schlamm)³¹⁹. Alguns textos prevêem mecanismos de compensação financeira: indenização dos danos causados por uma vacina; indenização das vítimas de atos de violência; auxílio às pessoas contaminadas pelo vírus da hepatite C.

Na Grã-Bretanha, o legislador instituiu mecanismos de solidariedade para indenizar determinados riscos. Fundos foram criados para a indenização dos prejuízos causados pelo sangue contaminado ou pelas vacinações obrigatórias.

Na Itália, a Lei n° 210, de 25 de fevereiro de 1992³²⁰, chamada “indenização das pessoas que sofreram um dano irreversível por causa de vacinações obrigatórias, de transfusões ou de administração de produtos hemoderivados” prevê que este mecanismo beneficie as

³¹⁸ Cujo objetivo é, principalmente, fornecer apoio às pessoas deficientes, cujas deficiências físicas podem ter uma relação com a ingestão, pelas suas mães durante a gravidez, do Congerger (talidomida). O Estado Federal, a Cruz Vermelha alemã e várias empresas farmacêuticas contribuem para o financiamento da Fundação. Ver, nestes pontos, Frédérique Ferrand, *Direito privado alemão*, Dalloz, 1997.

³¹⁹ Todos os produtores de lamas de depuração (Klär Schlamm) com fins agrícolas devem contribuir com o financiamento do fundo.

³²⁰ www.filodiritto.com/diritto/privato/civile/leggeindennizzovaccinazioni.htm

pessoas que apresentem lesões permanentes, em consequência de transfusões. A indenização é fixada em referência a tabelas de indenização estabelecidas pelo legislador³²¹. A Corte de Cassação julgou, numa decisão da Câmara Social, de 12 de julho e de 21 de outubro de 2000, (nº 13923) que as somas pagas às vítimas não tinham valor de reparação no sentido do Código Civil, mas de uma prestação de assistência no âmbito da solidariedade nacional. Esta apreciação está principalmente fundada no fato de que a indenização prevista por lei é concebida como uma alternativa a qualquer recurso contencioso.

Na Espanha, desde os anos cinquenta, existe um órgão de direito público, o Consórcio de Compensação dos Seguros, que garante os riscos excepcionais, qualquer que seja sua origem, natural, social ou política³²². Grandes disparidades existem entre os Estados-Membros da União Européia para a indenização de prejuízos comparáveis. Assim, a maioria instaurou regimes de indenização pública das vítimas de infração. A exposição dos motivos da proposição de diretiva do Conselho relativa à indenização das vítimas da criminalidade indicava, em 2002, que estes regimes apresentam importantes disparidades quanto aos requisitos para indenização pelo Estado. Sete Estados-Membros limitam o benefício da indenização aos casos de graves prejuízos. Os tipos de prejuízos indenizáveis são sensivelmente diferentes. Cinco Estados-Membros não deferem indenização alguma pelos prejuízos não-pecuniários. Os cálculos do valor da indenização apresentam também grandes variações. Seis Estados-Membros se reservam o direito de

³²¹ No caso de falecimento de uma vítima antes de sua maioridade, a indenização vai para os pais. O pedido de indenização pode ser apresentado em dez anos, no caso de contaminação pelo HIV, em três anos para os outros casos. A lei fez questão de cobrir as contaminações que ocorreram antes de sua entrada em vigor, o prazo citado valendo a partir da publicação da lei de 25 de fevereiro de 1992.

³²² É alimentado pelos prêmios previstos nos contratos de seguro.

diminuir ou de recusar uma indenização em função da vítima e do autor da infração, da situação financeira da vítima ou de motivos de ordem pública. Um dos Estados-Membros não cobre todos os residentes permanentes, vítimas de uma infração em seu território.

A questão da indenização das vítimas de acidentes terapêuticos provocou a implantação de procedimentos particulares. Um estudo do Senado, de novembro de 2000³²³, constatava que soluções eram tomadas a fim de evitar que as vítimas tivessem que recorrer aos tribunais para obter uma indenização; instâncias extrajudiciais foram implantadas na Alemanha e na Suíça; a reforma do procedimento civil inglês favorece o acerto amigável antes do recurso a um tribunal: na Dinamarca e na Suécia, a lei dispensa as vítimas de tais acidentes de provar a existência de uma culpa.

**A cobertura dos riscos terroristas também resulta
em soluções variadas, em que o Estado, entretanto,
sempre intervêm**

Num primeiro modelo, o Estado intervêm como segurador em primeiro lugar, ou seja, ele desempenha o papel de segurador público voluntário e suporta o essencial do risco terrorista por intermédio de um fundo público encarregado da indenização dos danos. O sistema, que supõe uma solidariedade nacional forte diante do risco terrorista, foi implantado nos países particularmente preocupados com esta ameaça. Encontra-se, peculiarmente, na Espanha o *Consortio* que indeniza, desde 1954, as vítimas de atentados e de catástrofes naturais. Existe, também, em Israel³²⁴, o fundo de

³²³ “A indenização das vítimas de acidentes terapêuticos”, Os documentos de trabalho do Senado, novembro de 2000.

³²⁴ Cf. Erwann Michel-Kerjouan, “Terrorismo em grande escala: partilha dos riscos e das políticas públicas”, Revista de Economia Política, setembro de 2003, nº 5.

indenização que apresenta em sua especificidade ser, essencialmente, financiado pelo imposto e não por prêmios, como na Espanha. Num segundo modelo, o Estado intervêm como ressegurador em última instância, isto é, os seguradores podem ressegurar-se junto a um órgão público, o que permite, ao contrário do esquema precedente, uma verdadeira partilha do risco entre a esfera política e a esfera privada, ponderada em função da estrutura do sistema de seguro e o tipo de contrato de resseguro escolhido. Este esquema se encontra na África do Sul, quando os seguradores se recusaram a continuar cobrindo o risco terrorista, em 1976, as quinze maiores companhias do país formaram um *pool*, o *South Africa Strikes and Riots Association* (SASRIA), ressegurado em última instância pelo Estado. O Reino Unido escolheu, também, este tipo de partilha dos riscos, ou seja, desde os atentados do IRA, em Londres, em 1993, um *pool* de resseguros, *Pool Re*, beneficia-se da garantia por parte do Estado na qualidade de ressegurador em última instância. No caso de sinistro, o segurador, membro do *pool*, paga somente uma franquia, além da qual a indenização dos danos é garantida pelo *Pool Re*. O GAREAT francês corresponde a este tipo de esquema. Enfim, numa terceira configuração, o Estado intervêm como credor em último caso, isto é, trata-se de um modo de intervenção ainda mais discreto do poder público. O governo oferece sua garantia aos seguradores, mas somente como adiantamento, consentindo eventualmente a fornecer empréstimos com taxas de juros bonificadas. Este esquema - que é, em parte, aquele implantado pela lei americana sobre o seguro do risco de terrorismo³²⁵ - é menos vantajoso para os seguradores do que os precedentes, podendo sofrer pesadas perdas. O *Terrorisme Risk Insurance Act*

³²⁵ Ver nos pontos segts. relativos aos Estados Unidos, Erwann Michel-Kerjouan, *idem*.

(TRIA), adotado pelo Congresso americano, em 26 de novembro de 2002, implanta, para uma duração de três anos, um sistema particular. O dispositivo atua exclusivamente para os atos qualificados pelo Tesouro Público como terroristas, realizados por pessoas estrangeiras ou diretamente ligadas a redes terroristas, em solo americano. Para um atentado do tipo daquele realizado em Oklahoma City, ou seja, por um cidadão americano isolado, a garantia oferecida pelo TRIA já não funcionaria. A partilha dos riscos previstos pela lei americana sobre o seguro do risco de terrorismo é a seguinte: no caso de ato terrorista oficialmente reconhecido, o governo federal indeniza em até 90% as perdas seguradas em danos-responsabilidade, valendo a indenização somente além de uma franquia aplicada a cada segurador. Ao todo, o segurador continua encarregado da franquia e de uma quota de 10% da parte dos danos ultrapassando o valor da franquia. A questão da prorrogação, do dispositivo depois de 2005, está em debate.

Além disso, para os danos corporais causados pelos atentados de 11 de setembro, foi criado um fundo particular que visa à indenização integral, completando as indenizações pagas a título de todas as outras formas de seguro. Em contrapartida, a vítima renuncia às ações de responsabilidade junto aos tribunais, exceto contra os participantes identificados³²⁶.

Tratando-se do princípio da precaução, a abordagem francesa caracteriza-se por sua singularidade, no seio de práticas nacionais diversas

Na Alemanha, o princípio da precaução surgiu muito cedo, e, por isso, constitui mais uma exigência moral do que uma norma com

³²⁶ Ver sobre esta questão Tom Baker, “Terrorisme, assurance et responsabilité: un point de vue américain”, *Risques*, n° 60, outubro-dezembro de 2004.

efeitos jurídicos³²⁷. As aplicações práticas resultantes de determinados textos se distinguem pouco da prevenção e se baseiam, por exemplo, na fixação de margens de segurança no momento da definição de níveis mínimos regulamentares ou na recorrência a melhores tecnologias disponíveis, permitindo reduzir os riscos a um custo econômico aceitável. Se a Corte constitucional confirmou que a administração devia adotar medidas de precaução, tanto contra os perigos identificados como contra riscos ainda não identificados³²⁸, o juiz alemão acorda aos poderes públicos uma margem de apreciação relativamente ampla.

Nos Estados Unidos, o princípio da precaução inspirou, logo nos anos setenta, a legislação do meio ambiente e, sobretudo, as missões do *Environmental Protection Agency*. A preocupação de conciliá-lo com os interesses industriais, entretanto, traduziu-se rapidamente, pelo menos em nível federal, por uma reticência em aplicá-lo. Ele somente intervêm no caso de forte presunção de risco e após um balanço custo/vantagem favorável. Raramente invocado como tal, o princípio se traduz, principalmente, na exigência de inocuidade imposta a numerosas atividades visando à proteção dos consumidores.

No Reino Unido, o princípio da precaução é considerado como um princípio diretor da política do meio ambiente, nos termos do Livro Branco sobre o meio ambiente. Entretanto, o juiz é reticente em sua aplicação.

³²⁷ O artigo 20, da Constituição Alemã, dedicado à proteção dos fundamentos naturais da vida estabelece que “Assumindo assim sua responsabilidade para as gerações futuras, o Estado protege os fundamentos da vida pelo exercício do poder legislativo, no âmbito da ordem constitucional e dos poderes executivo e judicial, nas condições fixadas pela lei e o direito”.

³²⁸ Parecer de 8 de agosto de 1978, relativo ao uso do gerador potente de Kalka. Ver, sobre este ponto, Relatório de informação sobre a Carta do Meio Ambiente e o Direito Europeu, Assembléia Nacional, janeiro de 2004.

4.3. As diferenças de procedimentos

1º§ Enquanto, na França, uma catástrofe coletiva leva freqüentemente a uma intervenção do Estado e a uma orientação penal do tratamento jurisdicional, este continua sendo, na maior parte do tempo, civil nos Estados Unidos, o pagamento de danos e interesses para reparar exatamente os prejuízos sofridos e garantir uma correta prevenção de novos comportamentos falíveis. Uma das causas da orientação penal deste tipo na França, além da resposta a uma expectativa social que identifica processo penal e punição, é a importância dos recursos processuais oferecidos pela justiça penal, quer se trate de meios judiciais, humanos ou materiais (cf. abaixo). Nos Estados Unidos, o processo civil permite dispor de tais meios e o recurso a uma estratégia jurisdicional penal torna-se quase inútil.

2º§ O mecanismo de *discovery*, utilizado amplamente nos processos contra os fabricantes de fumo, dá importantes poderes às partes, visando juntar elementos de prova no adversário, poderes que se assemelham a uma forma de perquisição civil. As *class actions* (ações coletivas reunindo milhares de reclamantes na mesma instância) acopladas aos *contingency fees* (pagamento dos advogados unicamente no caso de vitória na porcentagem) são ferramentas procedimentais que permitem reunir e gerir, com menor custo, as reclamações de um número indeterminado de pessoas³²⁹. Recorrer a peritos como testemunhas, que são objeto de interrogatórios e contra-interrogatórios, é intensificado e habitual. A presença de um júri popular nos processos civis é imposta pela sétima emenda da Constituição Americana.

³²⁹ Entre os casos mais importantes, podemos citar: o caso *Castano vs American Tobacco corp.*, em que 40 milhões de fumantes são reunidos; o caso *Engel vs R.J. Reynolds et al.*, em que 700.000 reclamantes estão representados; o caso *Price vs Philip Morris*, em que um milhão de reclamantes intentaram uma ação coletiva.

Igualmente, na Grã-Bretanha, a separação entre instância civil e processo penal é estrita e os peritos desenvolvem um papel importante. Assim, em matéria médica, um médico não é considerado negligente se ele agiu segundo os dados e competências considerados como adequados para um corpo de opinião médica razoável³³⁰. Daí o papel central do perito médico no momento do processo. Como nos Estados Unidos, desenvolve-se também o sistema dos *contingency fees*.

Entretanto, tais sistemas não apresentam somente vantagens. No Reino Unido, o custo e o prolongamento dos prazos ligados ao amplo recurso a peritos é objeto de questionamentos³³¹. Nos Estados Unidos, os inconvenientes e riscos de deriva de um sistema aparentemente adaptado aos contenciosos de massa são conhecidos como incentivo ao número de reclamantes, que pode crescer mais rápido que a capacidade financeira em honrar os pedidos, daí tribunais que podem ficar sobrecarregados, empresas fragilizadas, uma compensação insuficiente acordada aos reclamantes e uma parte importante das indenizações pagas aos advogados³³² dos processos surpreendentes e das indenizações, às vezes bem pouco realistas.

Quanto aos *punitive damages*, apesar de terem o caráter de reparação civil, são sanções a respeito do autor de um prejuízo intencional e, por isso, assemelham-se a emendas penais. O poder amplamente discricionário deixado aos júris populares para determinar os

³³⁰ Bolam vs Friern Hospital Management Committee (1957), WLR 582.

³³¹ Cf. Relatório de Lord Woolf, de julho de 1996, Access to justice – Final Report to the Lord Chancellor of the Civil justice system in England and Wales, citado no relatório de informação do Senado sobre a reforma da justiça civil na Inglaterra (Relatório de informação nº 9, 1997/1998).

³³² Em matéria de responsabilidade civil, “somente 46% das indenizações são efetivamente pagas às vítimas, o resto servindo para remunerar os advogados e pagar as despesas administrativas”, P. Kaltwasser e B. Salzmann, “O seguro nos Estados Unidos: desafios e perspectivas”, Riscos, nº 60, outubro-dezembro de 2004.

punitive damages pode levar à solicitação de valores exagerados ligados à suposta capacidade financeira dos atores econômicos em questão, com os riscos que isto comporta para os esforços de procura e de investimento. Estes valores podem, às vezes, revelar-se bem superiores aos danos-interesses alocados. No caso *Frankson vs Brown & Williamson*, em 2004, um júri de Nova Iorque acordou à família de uma vítima do fumo 20 milhões de dólares a título de *punitive damages*.

Tratando-se dos produtos perigosos, é, essencialmente, a responsabilidade do produtor que é procurada. Percebe-se a diferença em relação à concepção francesa, pois a abordagem francesa é que escolhe o defeito do produto não pode atuar, por exemplo, para o fumo; a única obrigação é, então, aquela da informação; a abordagem americana é aquela de uma responsabilidade *social* dos fabricantes de produtos perigosos. A reparação torna-se, então, mais uma compensação econômica do que a sanção de uma culpa moral. A Corte Suprema dos Estados Unidos procurou enquadrar o sistema dos *punitive damages*, convidando os júris a não alocar montantes excessivos em relação ao prejuízo real. O juiz Kennedy, em sua opinião (majoritária) sobre o Parecer *State Farm vs Campbell* de 2003, destaca que “o defendente deve ser punido pela conduta que prejudicou o reclamante e não porque é uma empresa ou um particular pouco recomendável”. Por outro lado, alguns Estados americanos impuseram tetos e criaram fundos especializados que recolhem uma fração dos *danos punitivos* em alguns casos.

Em nível federal, iniciativas de reforma no campo da responsabilidade civil visam reduzir as ações coletivas, as ações de responsabilidade médica e aquelas ligadas ao amianto. Todavia, elas ainda não foram concluídas³³³. A experiência americana alimentará o debate que se está abrindo na França sobre a eventualidade de uma modificação

³³³ Swiss Re, Sigma, n° 6/2004, setembro de 2004.

da legislação, para permitir a grupos de consumidores e suas associações de intentar ações coletivas. O sistema jurídico francês somente permite um lugar limitado às ações coletivas. No entanto, este lugar não é desprezível em alguns setores³³⁴.

4.4. Exemplos de sistemas ampliados de indenização sem recorrer à responsabilidade civil

Alguns exemplos de regimes deste tipo podem ser citados. Eles são freqüentemente limitados a determinadas categorias de riscos

O seguro de automóveis em Quebec

A lei sobre o seguro automotivo em Quebec criou um regime público de seguro para automóveis, administrado pela Sociedade do Seguro Automotivo de Quebec, que cobre qualquer residente em Quebec, no caso de ferimentos ou de falecimento em acidente

³³⁴ Algumas associações foram habilitadas pelo legislador para defender um interesse coletivo diante das jurisdições civis: associações de defesa dos trabalhadores deficientes, associações de defesa dos consumidores. Um grande número de textos legislativos permite a associações, devidamente autorizadas, constituir-se como parte civil em certas condições ligadas, por exemplo, a uma autorização ministerial ou ao objetivo desejado. Elas são autorizadas a agir, seja sem condição de prejuízo (associações de defesa dos direitos das mulheres de acesso à contracepção e ao aborto, associações de defesa ou de assistência da infância torturada, associações familiares, associações querendo combater o racismo ou ajudar as vítimas de discriminações fundadas sobre sua origem nacional, étnica, racial ou religiosa...), seja na condição de prejuízo (associações de defesa dos interesses dos consumidores, associações querendo defender os interesses morais e a honra da resistência ou dos deportados...). Ver, sobre este ponto, Associações, Dalloz Action, 2000.

de automóvel, quer seja responsável ou não pelo acidente. As ações nos tribunais não existem mais, pois não se procura um culpado, o objetivo é garantir uma indenização eqüitativa e rápida. Somente são mantidas as sanções administrativas do Código de Segurança nas estradas e as sanções penais previstas no Código Criminal³³⁵.

O exemplo da Nova Zelândia

Uma entidade real (*crown entity*) implantada pelas autoridades neozelandesas permite aos neozelandeses beneficiar-se de uma cobertura totalmente desligada da culpa para um leque extenso de prejuízos corporais. Os fundos são provenientes, em função dos riscos, dos empregadores, dos trabalhadores independentes, dos ativos e inativos, do governo ou de taxas sobre a gasolina. É um sistema acompanhado por uma política de prevenção ativa³³⁶.

A indenização dos acidentes médicos nos países nórdicos

O modelo social escandinavo desenvolveu-se à margem dos esquemas continentais, com uma abordagem de Estado-providência. O sistema de indenização dos acidentes médicos, implantado principalmente na Suécia³³⁷, se inscrevia num contexto muito particular em que os seguros sociais eram muito desenvolvidos e muito generosos. Em todos os casos, os gastos com cuidados eram cobertos pelo seguro-doença. No entanto, a originalidade do sistema foi, sobretudo

³³⁵ Ver o *site* da Société de l'assurance automobile du Québec: www.saaq.gouv.qc.ca

³³⁶ Ver o *site* do Accident Compensation Corporation (ACC): www.acc.co.nz

³³⁷ Ver Carl Esperson, The patient injury act, agosto de 2000, www.lof-forsakring.com

do, o princípio da reparação integral dos prejuízos ligados a um grande número de riscos gerados pelo sistema de saúde.

Uma série de dificuldades no campo da responsabilidade médica ligada ao aumento do número de sinistros, consequência dos progressos da medicina, à delicada definição da fronteira entre o ato culposos e o acaso, como também ao custo dos procedimentos jurisdicionais levou à instituição de um procedimento de indenização único em seu tipo. Assumiu a forma de uma série de acordos coletivos firmados em 1975. A Federação dos Conselhos dos Condados³³⁸ assinou um acordo com os representantes das grandes companhias de seguros, instituindo um sistema de indenização não baseado na busca de uma culpa e independente dos procedimentos jurisdicionais clássicos, ou seja, a questão da indenização e aquela da responsabilidade foram totalmente dissociadas. Estas companhias, reunidas em consórcio operando uma mutualização muito ampla entre os setores médicos, estão encarregadas de administrar um fundo de indenização dos pacientes, reunindo nele os prêmios de seguro de responsabilidade médica civil pagas pelas organizações de médicos liberais, como também por uma parte das taxas locais. O consórcio indeniza integralmente os prejuízos das vítimas, exceto a parte assumida pelo seguro-doença, nos termos de um procedimento administrativo não contencioso bastante rápido³³⁹. Entretanto, todos os prejuízos mé-

³³⁸ Que controlam, entre outros, o sistema de saúde pública.

³³⁹ O pedido de indenização é tratado por um escritório central do fundo em Estocolmo, onde, após ter determinado se o reclamante estava numa situação que dava direito a uma indenização, os administradores determinam o montante do prejuízo. Este procedimento necessita, em média, de somente seis meses de espera. O paciente pode, ainda, dirigir-se, geralmente para contestar esta decisão, a uma Comissão de Indenização, formada por sete membros e presidida por um juiz em atividade ou honorário. É uma formação marcada pelo escabinato:

dicos não são indenizados, algumas restrições estão previstas, estas, por sua vez, ligadas à natureza do prejuízo e ao caráter evitável do dano, a sua gravidade, que deve ser excepcional.

Esse procedimento de indenização não exclui o fato de que sanções disciplinares sejam impostas aos médicos, no caso de culpa, nem que o fundo exerça ações regressivas.

Uma lei de 19 de junho de 1996 estabeleceu o sistema como resultado das grandes linhas do acordo coletivo testado durante vinte anos de prática que levou a adaptar o sistema, principalmente, adequá-lo às exigências do direito europeu da concorrência. A lei prevê inclusive a possibilidade de recurso contencioso por culpa e, diante dos custos gerados pelo sistema, instaurou uma franquia e um teto.

Outros países do norte da Europa³⁴⁰ seguiram a Suécia neste campo como em outros, isto é, a indenização do acaso médico dissociado do direito da responsabilidade e seguindo um procedimento administrativo parece ter-se tornado, hoje, um componente essencial do “modelo social nórdico”. Entretanto, cada país tem sua marca: condições dando um direito à indenização, regras probatórias mais ou menos severas e indenizações mais ou menos generosas. A Noruega, que seguiu a Suécia,

três membros são representantes dos pacientes, um outro é um perito médico, um outro representa os seguradores, o último deve ser um perito em administração hospitalar (representando o governo). Apesar de seus pareceres terem sido sempre seguidos, são somente recomendações. Num total de 140.000 procedimentos entre 1º de janeiro de 1975 e 31 de dezembro de 1999, só 7.223 casos foram levados diante da Comissão de Indenização e seus pareceres são diferentes, daqueles dos seguradores somente em 10 % dos casos. Existe uma Comissão de Arbitragem em Apelação, muito raramente solicitada, formada por um juiz assistido por peritos médicos. É notável que este procedimento *administrativo*, em grande parte independente da administração central.

³⁴⁰ Ver Arne Grünfeld, The nordic patient insurance systems – similarities and differences, www.patientforsikringen.dk

primeiramente escolhendo o caminho do acordo coletivo, firmou seu sistema de indenização sobre um texto legislativo em 2001. A Finlândia, que escolheu legislar desde 1987, reformou sua lei em 1999, mas muitas modalidades serão complementadas via acordo coletivo. A Dinamarca adotou uma lei em 1992. O último a chegar a esta onda nórdica, foi a Islândia, que institui, por meio de uma lei de 2001, o sistema de indenização dos acidentes médicos, inspirado, sobretudo, pela legislação dinamarquesa.

Já nos Estados Unidos surgiram adeptos de um procedimento administrativo simples e separado do direito da responsabilidade, centrado na culpa. Alguns Estados o escolheram para casos determinados. Na Virgínia (*Birth Related Neurological Injury Act* de 1987) e na Flórida (1988), os prejuízos neurológicos ligados ao parto (encefalopatia, principalmente) podem ser indenizados por meio de um fundo de indenização especial financiado pelos médicos-cirurgiões e os hospitais, como também pelos seguradores de responsabilidade civil, regularmente na Virgínia, excepcionalmente na Flórida. A aceitação, por parte da vítima, do programa de indenização, que não é exclusivamente financeiro e inclui medidas de ajuda médica, melhoria do local de habitação, indenização dos prejuízos morais para a família e a criança severamente limitada torna impossível qualquer ação contenciosa ulterior para indenização de qualquer prejuízo oriundo do acidente médico. Na Virgínia, é a Comissão dos Acidentes de Trabalho que assume a determinação do direito à compensação, enquanto na Flórida é um juiz de Estado Federado (da divisão de direito administrativo) que se encarrega disto. Todavia, os médicos e os hospitais estão livres para não participarem deste programa.

Não é evidente que um modelo do tipo sueco, como o descrito acima, seja facilmente implantado num país como o nosso. A diferença de grandeza (a Suécia tem 9 milhões de habitantes) e a parte preponderante do setor público, no setor médico (90 %) é acompanhada por uma grande diferença de cultura administrativa,

pois o modelo sueco supõe, notadamente, a relativa independência, diante da administração do sistema de indenização, da sua flexibilidade (o sistema sueco foi, freqüentemente, adaptado desde sua criação), como também o trabalho em comum dos parceiros públicos e privados. Enfim, a desconexão radical do direito da responsabilidade e do direito da indenização supõe um avanço qualitativo que juristas e requerentes potenciais não estão, sem dúvida, prontos a aceitar na França, porque, há muito tempo, conseguiu introduzir no direito francês da responsabilidade, o termo “sem culpa” e, por isso, a noção que pode parecer paradoxal de “responsabilidade sem culpa” fica enraizada deixando o lugar ao “sem culpa”, querendo dizer também sem responsabilidade.

B – Justificativas e limites da socialização do risco

Não é concebível ficar nos únicos mecanismos tradicionais do seguro para enfrentar alguns riscos, conjunturais ou não, que se manifestam hoje. Recorrer à solidariedade, podendo chegar até a solidariedade nacional, e, de forma mais geral, à socialização destes riscos, parecem indispensáveis. Mas não é também concebível generalizar esta abordagem cujos limites são evidentes.

I. As justificativas

As justificativas da socialização do risco, baseadas numa solidariedade ampliada, são, como vimos, variadas e fundamentadas.

A solidariedade é indispensável a favor dos mais carentes que se encontram fora da atuação do seguro, por falta de recursos ou porque seu estado – doença em particular – faz com que eles se tornem *a priori* não asseguráveis ou, ainda, porque são vítimas de prejuízos cujos autores não são encontrados ou são insolváveis. Além

disso, a socialização do risco permite restabelecer o equilíbrio diante dos encargos públicos quando é rompido e, se for necessário, reparar os danos causados pelas atividades do poder público, até mesmo se fossem fonte de nenhuma culpa.

A socialização do risco facilita a indenização de danos como as calamidades naturais, pois, nenhum responsável é identificado. Além disso, existem riscos para os quais o esquema clássico do seguro, baseado em cálculos atuariais ou montantes de prêmios e de franquias ligados aos riscos possíveis e aos esforços de prevenção do segurado não fazem mais sentido. Nestes casos, bem como o risco terrorista, é melhor orientar-se para soluções baseadas em esquemas gerais de divisão dos riscos em grande escala, apoiando-se numa ampla mutualização³⁴¹.

A solidariedade pode, também, ajudar nos limites materiais dos mecanismos clássicos de seguro para o tratamento de determinados riscos e, mais geralmente, nos limites da mutualização do risco. Nos setores mais expostos, a segmentação do mercado do seguro pode, com efeito, levar ao fato de que um encargo financeiro insuportável seja imposto àqueles que desejam assegurar-se.

A socialização do risco encontra uma outra justificativa quando se apóia na responsabilidade sem culpa, quando puder obrigar um ator a levar em consideração o custo social de sua atividade, pois, trata-se de “forçar os produtores de riscos a internalizar estes riscos”³⁴², o que deveria incentivá-los a preveni-los. É indiretamente um dos efeitos

³⁴¹ Erwann Michel-Kerjan, “Terrorisme à grande échelle: partage des risques et politiques publiques”, *Problèmes économiques*, 9 de junho de 2004, p. 32.

³⁴² Jean-Bernard Auby, “L’évolution du traitement des risques dans et par le droit public”, *ERPL/REDP*, vol. 15, n° 1, primavera de 2003. Para maiores desenvolvimentos sobre as justificativas dos procedimentos “sem culpa”, inspirados pela corrente *Law and Economics*, ver Th. Kirat (dir.), *Os mundos do direito da responsabilidade: olhares sobre o direito em ação*, LGDJ, 2003, notadamente, Th. Kirat, “A economia da responsabilidade e os dispositivos institucionais para assumir riscos”, p. 67.

que podemos esperar de um mecanismo como o fundo internacional de indenização para os danos causados pela poluição por hidrocarburetos (FIPOL, cf. acima), que é exemplar a este respeito, porque as contribuições são provenientes dos potenciais poluidores.

A socialização do risco permite, além disso, compensar os limites inerentes à responsabilidade política dos decisores públicos, como sanção por não assumirem problemas coletivos.

2. Os limites

Se a evolução constatada para uma socialização maior do risco tem suas justificativas, não poderia ser considerada como o remédio milagroso em qualquer circunstância. Ela tem limites ligados a seu impacto financeiro, além das dificuldades com que se choca a ação do Estado para impor soluções, baseadas numa solidariedade ampliada, correndo o risco, enfim, de desresponsabilização que esta evolução pode trazer.

2.1. Os limites materiais

Limites da solidariedade financeira

Quando o Estado intervêm porque o simples jogo do mercado do seguro não permite a indenização das vítimas, quando Ele se compromete a indenizar diretamente determinados prejuízos ou quando deve garantir, em última instância, os maiores riscos (cf. acima), o custo para a comunidade não é ampliável ao infinito.

Estender a contribuição à cobertura de um risco a pessoas que não são expostas a ele ou são pouco expostas, como no caso de catástrofes naturais, somente é admissível se esta contribuição ficar num nível razoável. A solidariedade não é sempre bem aceita. Após os atentados de 11 de setembro de 2001, “o fenômeno da seleção

adversa funcionou plenamente: o proprietário da tabacaria de Saint-Flour não tinha nenhum interesse em subscrever garantias específicas de atentados e, somente, as empresas mais expostas tinham um interesse nisto, o que aumentava os custos de sua cobertura..., dissuadindo-os, finalmente, de assegurar-se”³⁴³.

Da mesma forma, a obrigação de seguro, imposta a determinadas profissões, é aceita somente se o custo for julgado suportável. O envolvimento direto pelos orçamentos públicos ou os seguros sociais, às vezes inevitável, pelo menos num primeiro momento, nas catástrofes de grande amplitude (amianto) também não pode mais ser sistemático, mesmo se, como destacava com otimismo o comissário do governo Romieu, no caso Cames: “Vamos acrescentar que, no que se refere ao Estado, não se tem nem como temer a objeção, mais ou menos séria, tirada das despesas excessivas que poderiam, se fosse o caso, penalizar a indústria, fora de um sistema de seguro ou de uma mutualidade inteligentemente organizada. O Estado é capaz de prover os encargos que o risco profissional pode gerar, seja fazendo alocar, dependendo das necessidades reconhecidas, os créditos que não serão recusados, seja estabelecendo tal sistema de seguros que lhe cabe instituir e para o qual a participação do Parlamento também não lhe faltará”.

O peso financeiro do risco

Determinadas catástrofes, determinados riscos seriais ou de massa, apesar de excepcionais, resultam em danos cujo custo pode ser considerável. Além das avaliações citadas acima, a respeito das consequências dos atentados de 11 de setembro de 2001, do ciclone Andrew ou das inundações de 2002, alguns números o comprovam, a saber: o

³⁴³ Denis Kessler, *Risques*, nº 59, julho-setembro de 2004, p. 88.

custo para assumir as vítimas do amianto era estimado, em 2003, entre 26,8 e 37,2 bilhões de euros para os próximos vinte anos³⁴⁴; o custo do naufrágio do Prestige foi avaliado em 1 ou 2 bilhões de euros; aquele do Erika estaria entre 400 e 600 milhões de euros³⁴⁵; os danos causados às construções pela seca do subsolo foram estimados em 3,2 bilhões de euros entre 1989 e 2000³⁴⁶; o total das indenizações pagas entre 1994 e 2001 às vítimas da doença de Creutzfeldt-Jacob, após um tratamento com o hormônio extrativo de crescimento, é de 20,5 milhões de euros³⁴⁷. Na hipótese de um terremoto na Califórnia, estima-se que os valores segurados se aproximam hoje de 75 bilhões de dólares³⁴⁸. Os sinistros provocados pelo terremoto no oeste dos Estados Unidos, em 1994, são avaliados em 17,3 bilhões de dólares³⁴⁹. Os quatro ciclones do litoral do sudeste dos Estados Unidos, em agosto e em setembro de 2004, provocaram danos totalizando 20,5 bilhões de dólares para os sinistros segurados³⁵⁰.

O nível global dos prêmios emitidos pelas companhias francesas de seguros para o seguro *não-vida* foi, em 2001, de 50 bilhões de euros, isto é, perto de 3,65% do PIB³⁵¹. Os danos corporais representam 12,9% dos prêmios de seguro *não-vida* (6,1 bilhões de

³⁴⁴ Relatório do governo ao Parlamento apresentando o impacto financeiro da indenização das vítimas do amianto, 2003.

³⁴⁵ Dano ambiental no caso de poluições marítimas acidentais, Association Cèdre, 2004.

³⁴⁶ As catástrofes naturais na França, CCR, junho de 2003.

³⁴⁷ Relatório sobre o projeto de lei de finanças para 2002, Anexo nº 22, Assembléia Nacional.

³⁴⁸ Swiss Re, O asseguramento dos riscos terroristas no seguro de dano após 11 de setembro de 2001, 2003.

³⁴⁹ Catastrofes naturais e técnicas em 2003, SIGMA nº 1/2004, SWISS Re.

³⁵⁰ Robert P. Hartwig, "Marché de l'assurance IARD aux États-Unis en 2004: principales questions et inquiétudes", Risques, nº 60, outubro-dezembro de 2004.

³⁵¹ Números do Conselho Nacional dos Seguros, relatório ao Presidente da República e ao Parlamento, 2003.

euros)³⁵², o do automóvel 32,4% (15,3 bilhões de euros, danos corporais incluídos), os contratos de dano a bens 20% (9,5 bilhões de euros), as catástrofes naturais 2,1% (1 bilhão de euros). A relação, em 2001, entre os encargos de sinistros e os prêmios foi de 80,5 para os danos corporais, 79,7 para os danos a bens, 92,8 para o automóvel, 93,4 para a responsabilidade civil geral e 46,6 para as catástrofes naturais, um setor que varia sensivelmente, dependendo dos anos, em função do clima, foi de 123,4%, em 1999.

A importância dos sinistros de responsabilidade civil, em porcentagem do PIB, varia de forma importante segundo os países. Nos Estados Unidos representava 0,4%, na Alemanha 0,21%, na França e na Itália 0,19%. Constata-se, nestes países, uma progressão do custo dos sinistros e dos prêmios mais rápida que aquela da atividade econômica. Esta progressão ficaria entre 1,5 e 2 vezes mais rápida do que aquela do PIB nominal³⁵³.

Para o Estado, não existe um recenseamento centralizado permitindo ter um conhecimento do conjunto dos custos ligados à responsabilidade do Estado e, de forma mais ampla, às ações de indenização, ligadas à solidariedade nacional. Entretanto, este esforço de identificação dos custos parece necessário.

2.2. Os limites ligados ao papel do Estado

O Estado não pode ser o segurador multirrisco da população. Cabe-lhe o enquadramento das atividades de seguro, mas Ele não tem

³⁵² Se pegarmos o conjunto dos prêmios de danos corporais emitidos pelas empresas de seguros de vida, não-vida e misto, chega-se a 9,5 bilhões de euros.

³⁵³ Cf. neste ponto: Atualidades, a carta do GEMA, dezembro de 2004, n° 143, retomando elementos do estudo de Swiss Re, Sigma, 6/2004, setembro de 2004.

normalmente como assumi-las, exceto se a realidade do mercado não permitir a cobertura de alguns riscos ou indenizações rápidas. Aliás, o perigo seria se, preocupando-se prioritariamente com a indenização, não ficasse atento aos riscos e sua prevenção, quando se espera por parte dele, mais do que antigamente, em relação a esta questão, a afirmação do princípio da precaução fortalecendo assim, suas obrigações.

As restrições à liberdade contratual dos seguradores e sua livre apreciação do risco também têm limites: podem levá-los a deixar o mercado. Inversamente, uma ação por parte dos poderes públicos pode impor-se, muitas vezes na urgência: um fundo como o fundo de indenização das vítimas contaminadas - solução radical - foi necessário diante da crise do mercado do seguro frente ao risco da transfusão de sangue.

Para responder aos riscos ligados à setorização do mercado do seguro, que freia a socialização do risco, o Estado pode impor certa mutualização, principalmente por meio do seguro obrigatório, mas não pode impô-lo além das fronteiras. Assim, constata-se que anestesistas franceses vão assegurar-se na Irlanda, atraídos pelos valores de cotização menos elevados do que na França. Assim, as tentativas visando criar um grande mercado europeu do seguro não obtiveram sucesso. As instâncias européias tentaram influenciar essencialmente as condições, permitindo atender a demanda (eliminação das restrições à prestação de serviço), enquanto reais problemas estão localizados no nível da oferta: como harmonizar o sistema de seguro e, em particular, as garantias oferecidas?

O seguro médico constitui um exemplo dos limites da intervenção dos poderes públicos no setor privado do seguro

É mais fácil, para os poderes públicos, impor regimes parti-

culares de responsabilidade e certa socialização dos riscos aos atores públicos do que obrigar atores privados a tomar a iniciativa de organizar um sistema baseado numa solidariedade ampliada da qual garantem, por uma parte predominante, o equilíbrio ou a regulação.

Para os seguradores, “somente são tecnicamente asseguráveis os riscos, ao mesmo tempo aleatórios e conhecidos, ou seja, cuja frequência é suficientemente limitada, mas divulgada para atender um lei estatística de acontecimento”³⁵⁴.

O exemplo do seguro médico mostra contra que obstáculos podem chocar-se se estas condições não forem reunidas ou se a implantação dos mecanismos baseados nestes princípios gerar custos desproporcionais em relação aos recursos das pessoas obrigadas a se assegurar³⁵⁵. A respeito disto, a lei de 4 de março de 2002 está prevendo o seguro obrigatório por parte dos profissionais de saúde, os seguradores, sendo doravante obrigados a assegurá-los em responsabilidade civil. Esta lei, estabelece a noção de culpa para os profissionais e confia a reparação dos acidentes não-culposos ao ONIAM, além dos estabelecimentos de saúde terem a imposição de uma responsabilidade sem culpa em matéria de infecções nosocomiais. Os estabelecimentos de saúde e os seguradores se sentiram como sendo *perdedores*.

Após vários meses de intensa crise, ampliada pela retirada súbita de vários seguradores, a lei de 30 de dezembro de 2002 permitiu vencer as reticências do mercado francês. Esta lei visa restaurar as condições de segurança dos riscos médicos: fazendo assumir pelo ONIAM a reparação dos danos graves resultantes de infecções nosocomiais; impondo um sistema de seguro “numa base de recla-

³⁵⁴ Jean-Luc de Boissieu, *L'assurance facile*, Éditions Lpm, 2001.

³⁵⁵ Tudo depende, evidentemente, do perímetro de mutualização escolhido. Se ele for muito estreito, esta será insuficiente. Tudo depende também da questão de saber se aceita uma tarifação modulada segundo o nível do risco.

mação” (opondo-se aos contratos “numa base de fato gerador”) para todos os seguros cobrindo riscos médicos e atendendo os pedidos das organizações profissionais de seguro.

O período que começa parece prometer uma volta gradativa a uma situação mais normal. Entretanto, o mercado do seguro hospitalar continua frágil. Os seguradores ainda não voltaram ao mercado, hoje restrito às companhias de seguros mutuais profissionais e a alguns grandes seguradores generalistas; o *Groupement temporaire d'assurance médicale* (GTAM), criado para atender o *deficit* de oferta de seguro, após a retirada de vários seguradores, é sempre ativo. A Lei nº 2004-810, de 13 de agosto de 2004, estabeleceu o que antes tinha sido implantado, por meio da regulamentação, por um parecer de 19 de dezembro de 2003³⁵⁶: assumir parcialmente, por parte da CNAMTS, o seguro de responsabilidade civil médica, para alguns especialistas que pedirão que a qualidade de sua prática profissional seja reconhecida, transferindo, portanto, sobre os segurados sociais uma parte do encargo induzido pelo segmento do mercado médico. É preciso saber se tais disposições legislativas resultarão afinal numa diminuição dos prêmios de seguro, como esperam os poderes públicos. Se o número de litígios tanto no penal como no civil permanecer estável, daqui a alguns anos as indenizações dadas às vítimas podem alcançar níveis cada vez mais elevados. Os médicos temem uma *americanização* da relação entre o médico e o paciente. Na origem do temor encontram-se as preocupações relativas ao alcance da noção de acidente médico culposo e as consequências da obrigação de informação e de obtenção do consentimento do paciente.

2.3. Socialização e responsabilização

³⁵⁶ JORF, de 24 de dezembro de 2003.

O perigo de desresponsabilização é sempre possível numa relação de seguro, qualquer que seja o regime jurídico de responsabilidade. Com efeito, uma vez segurados, os agentes econômicos podem ter a tendência de correr mais riscos e, portanto, acumular os sinistros, de acordo com um fenômeno que os economistas chamam de eventualidade moral³⁵⁷. O indivíduo segurado quanto à realização de sua transação vai modificar por si próprio seu comportamento de tal forma que a transação vai ser desfavorável a seu parceiro. Em razão da assimetria de informação que existe entre eles, este parceiro não terá meios de reconhecer esta evolução desfavorável, que era impossível de se prever no momento da conclusão da transação. Este fenômeno encontra-se também em outros mercados, como o mercado de crédito bancário. Em matéria de seguro de danos, a eventualidade moral pode ser combatida, principalmente, pelo sistema de *bonus-malus*.

A substituição da noção de risco por aquela de culpa aumenta o perigo de desresponsabilização

O Conselho de Estado, em 1998³⁵⁸, sobre a responsabilidade médica alertava que a diluição da noção de culpa numa problemática geral do risco trazia a temível ameaça de uma desresponsabilização dos profissionais de saúde, em que os pacientes não ganhariam nada. Destacava o fato de que é essencial manter a distinção entre a culpa e o erro, como também entre a culpa e o acaso. Observava que, ao contrário, a tentação que consistia em estender a noção de culpa poderia levar a uma medicina defensiva desprovida de qualquer iniciativa original.

³⁵⁷ Ou “acaso moral”, neologismo para “moral acaso”.

³⁵⁸ Relatório público 1998, Reflexões sobre o direito da saúde, EDCE, n° 49, A Documentação francesa.

Tratando-se da responsabilidade do poder público, um dos objetivos essenciais da responsabilidade por culpa, que é a sanção do erro administrativo, pode desaparecer se a responsabilidade sem culpa tornar-se excessiva.

Enfim, a redução do campo da responsabilidade por culpa pode acompanhar, na busca de um “responsável” pela vítima de danos, uma tendência ampliada ao envolvimento da responsabilidade penal dos autores do prejuízo. Então, não seria mais desresponsabilização, mas risco de excesso na busca de responsabilidade.

2.4. A superposição das ações de responsabilidade

A multiplicidade dos procedimentos

O tratamento da indenização das vítimas do amianto é um exemplo desta multiplicidade. Evidentemente, o recurso à solidariedade e à socialização dos riscos não poderia ser contestado para garantir a indenização dos prejuízos causados pela inalação da poeira do amianto, mas é permitido interrogar-se sobre a multiplicidade das ações e procedimentos que podem ser seguidos a fim de obter uma reparação, assim como ações regressivas que podem ocorrer, na seqüência.

As vítimas do amianto podem pedir uma indenização ao FIVA³⁵⁹ ou promover ações contenciosas de direito comum. Neste último caso, podem procurar a responsabilidade do Estado por carência culposa e aquela do empregador por culpa indesculpável. O fundo po-

³⁵⁹ A aceitação da oferta do FIVA vale como desistência das ações jurisdicionais de indenização em andamento e torna impossível qualquer outra ação jurisdicional futura em reparação do mesmo prejuízo (artigo 53, IV, último item da lei de 23 de dezembro de 2000).

derá exercer ações regressivas contra o empregador, este também ficará tentando a exercer ações regressivas. Se a vítima agir contra o Estado, este poderá voltar-se contra o empregador. Enfim, as vítimas podem também intentar ações penais.

Não é evidente que esta complexidade vá no sentido do interesse das vítimas para quem a rapidez da indenização é essencial. É preciso, sem dúvida, reduzi-la

O relatório sobre a renovação da reparação dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais de março de 2002 destacava, além disso, que o FIVA colocava uma questão de coerência com o sistema de seguro de acidentes de trabalho: “É, de fato, um dispositivo complementar de indenização das doenças profissionais para os diferentes regimes de seguridade social. O legislador, portanto, não suprimiu, se for o caso, o complemento de indenização do seguro-acidente no caso de culpa indesculpável do empregador, o que não é mais lógico a partir do momento em que a reparação é integral”.

Tratando-se da indenização das vítimas de acidentes médicos, foi destacada “a lentidão do mecanismo implantado pela lei de 4 de março de 2002, aumentada pelos textos de aplicação”³⁶⁰. A fase transacional, em particular, ordena-se em torno das comissões regionais de resolução e conciliação (CRCI), encarregadas “de facilitar a resolução amigável dos litígios relativos aos acidentes médicos, às afecções iatrógenas e às infecções nosocomiais, como também outros litígios entre usuários e profissionais de saúde, estabelecimentos de saúde, serviços de saúde, organismos ou produtores de produtos de saúde citados nos artigos L. 1142-1 e L. 1142-2”. Os pareceres das CRCI ligam o ONIAM ou o segurador, que têm a obrigação de fazer uma

³⁶⁰ André Favre Rochex e Guy Courtieu, *Fundo de indenização e de garantia*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, col. “Direito dos negócios”, 2003.

proposição de indenização, podendo, se julgarem útil, intentar uma ação sub-rogatória. Além de seu presidente (magistrado da ordem administrativa ou judicial), as comissões têm não menos que vinte membros: representantes dos profissionais e estabelecimentos de saúde, representantes dos seguradores, representantes dos usuários, como também quatro personalidades qualificadas. A CRCI se reúne, seja em termos de resolução amigável, seja em termos de conciliação. Esta última está encarregada de ajudar a resolução dos conflitos entre usuários e profissionais de saúde. No caso de resolução amigável, a missão da CRCI é permitir a indenização das vítimas de acidentes médicos. Uma dificuldade reside no fato de que ela é competente somente no que diz respeito aos acidentes graves³⁶¹. Portanto, estão excluídas do procedimento, após perícia, as pessoas cuja taxa de invalidez permanente será inferior a 24% e não se enquadram nos outros casos previstos pelos textos. Esta solução deixa prosperar, como foi mostrado³⁶², oportunidades de contencioso para os danos menos graves, ou seja, aqueles que, à primeira vista, podem melhor enquadrar-se na resolução amigável. Se *a priori* não é chocante que um nível mínimo de gravidade determine o direito da vítima de ser indenizada pela solidariedade nacional, é mais lamentável que ele condicione também a competência da CRCI, até mesmo no caso de responsabilidade por parte de um profissional ou de um estabelecimento de saúde³⁶³. Adaptações de limites deveriam ocorrer, pelo menos nas competências das CRCI.

³⁶¹ A gravidade é apreciada perante critérios definidos pelo Decreto nº 2003-314, de 4 de abril de 2003.

³⁶² Ver, neste ponto, André Favre Rochex e Guy Courtieu, Fundo de indenização e de garantia, citado.

³⁶³ Por exemplo, como o mínimo de 24% corresponde mais ou menos àquele usado para operar a divisão da indenização das infecções nosocomiais entre seguradores e ONIAM (25%), as infecções nosocomiais de responsabilidade do segurador escaparão de fato à resolução amigável.

**Enfim, acrescenta-se a coexistência, se for o caso,
do acionamento da CRCI com procedimento contencioso**

A via penal

Muitas pessoas consideram que a plena reparação de seu prejuízo exige não somente a indenização dos danos materiais, corporais ou morais que sofreram, como também a condenação penal do autor da infração. A ação penal, mais que a ação civil, atende o desejo de sancionar o culpado. A possibilidade no direito francês de constituir-se parte civil para desencadear a ação pública contribui para esta tendência. A via penal apresenta a vantagem de que o juiz penal dispõe de poderes de investigação ampliados. Assim, podemos, notadamente no penal, intentar uma ação contra X, enquanto o procedimento civil exige a designação da pessoa visada, e o procedimento administrativo, a da pessoa pública cuja responsabilidade é procurada. No âmbito do procedimento penal, a parte civil pode, além disso, contribuir para a reunião de provas. Estas regras de procedimento, fator de eficiência da ação penal, são, é claro, contrabalanceadas pela necessidade da evidência de uma infração prevista pela lei, enquanto, diante do juiz civil administrativo pode ocorrer a implementação da responsabilidade baseada no simples fundamento da culpa, de uma presunção de culpa, até mesmo da ruptura da igualdade diante dos encargos públicos. Todavia, algumas incriminações penais têm uma abrangência extensiva.

Um passo foi dado e poderia contribuir à limitação da superposição das ações penais e civis. A Lei nº 2000-647, de 10 de julho de 2000, introduziu no Código de Procedimento Penal um novo artigo 4-I que acaba com o princípio da identidade da culpa penal por imprudência e da culpa civil que conjugado com o princípio da autoridade sobre o civil da coisa julgada no criminal, resultava numa forte

penalização do direito dos acidentes corporais. Doravante, se houver culpa penal, haverá necessariamente culpa civil, mas se o juiz penal considerar que há ausência de culpa penal, o juiz civil não estará mais ligado a esta contestação e poderá estimar que há culpa civil. Esta evolução deveria levar o juiz penal a ser menos favorável a *penalizar* culpas leves não intencionais, para garantir à vítima um direito à reparação.

De forma geral, se ações na justiça desempenharam, às vezes, um papel positivo, por exemplo, no campo da saúde pública, obrigando o Estado a agir e a melhor organizar-se, sua multiplicação pode, como consequência, levar os atores ao excesso de precaução.

2.5. A responsabilidade das comunidades territoriais

Como a do Estado, esta responsabilidade esbarra nos limites financeiros. O envolvimento da responsabilidade das comunidades territoriais e a dos municípios, em particular (CE, Set, 25 de setembro de 1970, Município de Bats-sur-Mer), pode resultar na obrigação, para eles, de pagar indenizações desproporcionais em relação a seus recursos. Daí a necessidade para eles de assegurar-se, buscando a mutualização dos riscos. Os poderes públicos, após leis de descentralização de 1982-1983, incentivaram as comunidades territoriais a se assegurarem, quando as transferências de competência pudessem levar ao envolvimento de sua responsabilidade, em casos cada vez mais numerosos. Esta necessidade só pode ser ampliada pelas transferências de competências resultantes da lei de 13 de agosto de 2004, relativa às liberdades e responsabilidades locais³⁶⁴.

³⁶⁴ Lei nº 2004-809.

Além disso, como vimos (cf. acima), se a lei de 10 de julho de 2000, tende a precisar a definição dos delitos não-intencionais bem como tem o objetivo de frear a tendência ao envolvimento da responsabilidade penal das pessoas físicas e, em particular, dos eleitos locais acusados de infrações de imprudência. A realização deste objetivo vai depender da interpretação, por parte do juiz, do direito aplicável.

C – Para uma socialização pensada

Frente a uma crescente demanda por melhor cobertura dos riscos e ao aumento dos custos gerados por determinados riscos que, apesar de excepcionais, podem prosseguir no tempo (prejuízos causados pelo amianto, acidentes médicos...), a dificuldade é encontrar um equilíbrio satisfatório entre o que se refere à previdência individual e ao mercado clássico do seguro ou a uma solidariedade mais ou menos ampla, traduzindo-se por uma socialização do risco.

I. O respectivo papel dos seguradores e do Estado

Ninguém contesta o fato de que cabe ao Estado a edição das regras mínimas para regulamentar as atividades de seguro e para zelar por seu respeito. Trata-se notadamente de garantir uma concorrência suficiente e evitar que os segurados sofram a posição de força dos seguradores.

O Estado não deve ser substituto dos seguradores³⁶⁵, pois isto não é necessário e nem deve preferir o recurso da solidariedade nacional, mas uma mutualização suficiente deveria ser possível. Entretanto, existem hipóteses em que somente a solidariedade pode atuar.

³⁶⁵ Uma reflexão sobre esta divisão de papel é também conduzida pelo Comissariado do Plano.

I. I. Intervenção quando for necessária

A socialização do risco deve ser uma socialização pensada. Mecanismos particulares de indenização somente deveriam ser instituídos quando certas condições são reunidas em função da gravidade do dano e de sua amplitude, do caráter excepcional ou imprevisível dos sinistros, do nível de implicação do Estado em seu acontecimento, mas também do custo da medida de solidariedade e de suas vantagens se comparadas a outras medidas. A este respeito parece indispensável, antes de instituir um regime legislativo particular para um determinado tipo de risco, medir previamente suas prováveis implicações financeiras.

Os mecanismos clássicos de seguro conservam seu papel primordial: “É preciso considerar que o sistema normal é aquele do seguro. O Estado não pode ser tomado como segurador total e gratuito, pelo menos na aparência”³⁶⁶.

É neste sentido que os novos produtos destinados a cobrir um risco particular ou multirrisco parecem poder propiciar um menor peso, por parte dos encargos públicos, na condição em que o custo não seja muito elevado para os interessados (dependência, bolsa-educação, diferentes tipos de seguros cobrindo particularmente o risco desemprego, seguros-locações de mesma abrangência...).

Ao contrário, os seguradores não podem substituir determinados mecanismos de solidariedade ampliada

Impõe-se uma constatação: aos prejuízos individuais acrescentam-se, hoje e cada vez mais danos coletivos, cuja previsibilidade era, às vezes, impossível determinar antecipadamente. A teoria clás-

³⁶⁶ J. - M. Pontier, “O legislador, o segurador e a vítima”, RFDA, 2 (1) janeiro-fevereiro de 1986.

sica da responsabilidade, que implica a reunião de três elementos: um dano, uma culpa e uma ligação de causalidade, é dificilmente aplicável a determinados riscos. Da mesma forma, ocorre em determinados casos da teoria da responsabilidade sem culpa. Estas teorias parecem inadequadas à indenização de danos coletivos que correspondem a riscos para os quais se ignorava tudo, que são indetectáveis com antecedência e cujo número de vítimas potenciais é desconhecido. O exemplo do distilbeno fala por si só, pois teve como consequência, nas filhas das mães que o tinham tomado para prevenir riscos de aborto, uma taxa anormal de câncer do útero. Aí reside a dificuldade do risco-desenvolvimento. Em algumas hipóteses (HIV, Creutzfeldt-Jacob,...), os seguradores não querem mais assumir, enquanto as vítimas se organizam para pedir reparação. O Estado intervêm, muitas vezes, precipitadamente. Então, encontram-se justapostos sistemas de indenização sem procura de responsabilidade e o acesso a procedimentos contenciosos fundados na responsabilidade. Sem dúvida, é preciso refletir para ver em que medida estes procedimentos poderiam, desde o início, ser exclusivos uns em relação aos outros. Seria muito bom não encontrar obstáculos constitucionais ligados ao princípio de responsabilidade³⁶⁷ e nem ao direito a um recurso efetivo garantido pela Convenção Européia de Preservação dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Além disso, trata-se de distinguir entre as escolhas individuais que somente fazem correr riscos a seus autores (os riscos escolhidos), estes tendo que *a priori* assumir sozinhos as consequências, como, por exemplo, o seguro específico para a prática dos esportes radicais, e as escolhas individuais portadoras de um risco coletivo. Assim, a

³⁶⁷ Cf. Cons. Const., Decisão nº 82-144 DC, de 22 de outubro de 1982: “Ninguém tem o direito de prejudicar outrem; em princípio, qualquer homem que causa um dano a outrem, obriga aquele pela culpa do qual aconteceu a repará-lo”.

recusa de vacinação, em nome de um direito individual, pode comprometer o sucesso da luta contra uma doença cuja erradicação somente pode ser obtida por meio da vacinação obrigatória. Não é anormal, então, que o interesse geral prevaleça, como é normal também que a solidariedade nacional se responsabilize pelos danos possíveis em tais hipóteses, por indivíduos a quem foi imposta uma tomada de risco que pareceu necessária diante do interesse coletivo: a lógica da legislação antiga sobre a vacinação obrigatória ocorre desta forma.

Entretanto, pode revelar-se difícil definir entre o se refere à responsabilidade e o que justifica a solidariedade. Os debates ocorridos a respeito do prejuízo da criança nascida deficiente física, após o fato desta deficiência não ter sido notada por causa de um erro cometido durante o diagnóstico pré-natal, são um exemplo disto. As jurisprudências do Conselho de Estado e da Corte de Cassação divergiram no assunto.

As duas jurisdições incluíam no prejuízo indenizável os encargos particulares decorrentes da deficiência, ao longo da vida da criança. O Conselho de Estado³⁶⁸, entretanto, incluíu no prejuízo indenizável dos pais, enquanto a Corte de Cassação³⁶⁹ considerou que os encargos particulares decorrentes da deficiência constituíam um elemento de prejuízo, não dos pais, mas da própria criança. A jurisprudência da Corte de Cassação provocou grandes debates³⁷⁰. Foi neste contexto que o legislador interveio, definindo, no artigo 1º, da lei de 4 de março de 2002³⁷¹, um novo regime de reparação dos prejuízos sofridos

³⁶⁸ CE, Seção, 14 de fevereiro de 1997, CHR de Nice v/ Casal Quarrez, col. p. 44, concl. V. Péresse.

³⁶⁹ Cass. civ., 26 de março de 1996, nº 94-13145, Bol. 1996, I, nº 155, p. 109; Cass. civ., Ass. plen., 17 de novembro de 2000, nº 99-13701, Bol. 2000, A.P. nº 9, p. 15.

³⁷⁰ Cf. concl. Terry Olson sob CE, Ass., Parecer de 6 de dezembro de 2002, Sra Draon, col. p. 423.

³⁷¹ Lei nº 2002-303, de 4 de março de 2002, relativa aos direitos dos doentes e à qualidade do sistema de saúde.

por crianças nascidas deficientes e para seus pais, diferente - como o destacou o Conselho de Estado em seu Parecer, de 6 de dezembro de 2002 - daquele que resultava da jurisprudência tanto administrativa quanto judicial: os pais somente podem envolver a responsabilidade de um profissional ou de um estabelecimento de saúde se houver culpa caracterizada e a título de seu único prejuízo. A compensação dos encargos particulares, decorrentes desta deficiência, ao longo da vida da criança, é da responsabilidade da solidariedade nacional, de acordo com os termos da lei. O legislador distinguia, desta forma, o que era da responsabilidade e o que era colocado na solidariedade nacional. A Lei nº 2005-102, de 11 de fevereiro de 2005, sobre a igualdade dos direitos e das chances, a participação e a cidadania das pessoas deficientes organiza esta solidariedade.

1.2. O bom uso dos fundos

O recurso a fundos, que vão de um sistema de seguro reconstituído a um financiamento estatal preponderante ou exclusivo, é justificado somente em determinadas hipóteses, a saber: quando um risco parece grave e não é legítimo deixá-lo ao encargo das vítimas, quando outras soluções não permitem realizar os mesmos objetivos e quando a urgência da indenização o justifica. No entanto, “ninguém pode ficar satisfeito com o surgimento de um novo fundo de garantia público, ou seja, nem os cidadãos, para quem uma nova desgraça de grande amplitude aconteceu, nem os seguradores, que deixam para outros a tarefa de fazer sua profissão e nem o Estado que é obrigado a reconhecer seus limites e até mesmo suas falhas³⁷²”.

³⁷² Jean-Luc de Boissieu, *O seguro fácil*, Éditions Lpm, 2001.

O interesse da implementação de fundos para determinados riscos (FIVC, FIVA) não é contestado. A solução é mais criticada em razão de sua multiplicação, de seus estatutos diversos e do risco que se pode ter de pisar no papel dos seguradores pela criação de fundos sob pressão da opinião pública, diante de acontecimentos sérios. Daí, na hipótese da procura de uma cobertura de um dano para o qual o mercado não tem resposta, a preferência de alguns pelo seguro obrigatório acompanhado de um resseguro (CCR): sendo a idéia recriar um mercado do seguro e que o risco de recurso à garantia do Estado diminua. Para apelar para capacidades cada vez mais importantes do que aquelas do resseguro e diversificar os recursos financeiros dos seguradores, algumas pessoas recomendam a *titrisation* (emissão de obrigações, às vezes chamadas *catástrofes*). Entretanto, isto não permite excluir a hipótese de um último recurso ao Estado no caso de crise do mercado ou de acumulação de sinistros maiores.

Um recurso sistemático demais aos fundos pode igualmente favorecer os comportamentos de risco e não incentivar o seguro, quando estes fundos cobrem os não-segurados. Além disso, enquanto seus objetivos iniciais são a solidariedade e o apaziguamento do contencioso, pode-se temer um desvio destes objetivos pela multiplicação das ações regressivas.

2. Imputação e indenização

2.1. Responsabilidade civil e seguro pessoal

Como alguns o defendem, seria necessário³⁷³ separar mais

³⁷³ Cf. François Ewald, "A verdadeira natureza do risco de desenvolvimento e sua garantia", *Risques*, 1992.

sistematicamente a lógica da reparação daquela da responsabilidade? Quais podem ser os respectivos lugares do seguro pessoal e da responsabilidade civil? Cada dano conduziria à indenização rápida da vítima por meio de seu seguro pessoal, tendo o seguro, depois, a possibilidade de se voltar contra os autores do dano para fazer valer sua responsabilidade civil. Cada indivíduo teria, assim, um duplo seguro: seguro pessoal para os danos a ele causados e seguro responsabilidade civil para os danos que ele causa. Maior solidariedade resultaria disto, como também maior capacidade de provisão dos riscos pelo setor do seguro. Seria preciso, por exemplo, no campo médico, como alguns pediram no debate sobre o seguro médico, que cada paciente se assegurasse, por meio de uma cotização que ele pagaria antes de sofrer uma intervenção contra os acasos terapêuticos e os acidentes médicos?

Resta que se avaliado mal qual seria o custo para a sociedade de uma indenização mais sistemática e rápida dos riscos possíveis por um seguro generalizado obrigatório, cobrindo a maior parte dos riscos comuns e assegurando uma indenização automática e integral. Não é evidente que este custo seja proibitivo, se excluir os acontecimentos excepcionais. Os seguradores, sem dúvida, compreenderam bem e recomendam o desenvolvimento da garantia acidente de vida e mostram as vantagens: custo razoável, população ampla, cobertura de riscos graves individualmente, mas finalmente pouco frequentes.

Entende-se bem o interesse dos contratos multiriscos, tanto para a responsabilidade civil quanto para o seguro pessoal, que permitem aos seguradores “simplificar a gama dos produtos, misturar bons riscos com piores e fidelizar a clientela, oferecendo-lhe um amplo leque de garantias num pequeno número de contratos”³⁷⁴, que

³⁷⁴ Jean-Luc de Boissieu, *O seguro fácil*, Éditions Lpm, 2001.

deveriam traduzir-se para os segurados numa simplificação dos custos normalmente reduzidos e numa menor probabilidade de se encontrar segurado várias vezes para o mesmo risco³⁷⁵.

Privilegiando sem parar o objetivo de indenização, o perigo não é de abolir a responsabilidade civil? O culpado será ainda menos incentivado à prevenção, pois que não terá, a título individual, que suportar as consequências de seus atos. Mas também a vítima será ainda menos favorável à previdência, quando saber que pode contar com os recursos coletivos. Resta, então, a responsabilidade penal, mas com suas desvantagens.

Claro, em numerosos casos, o segurador da vítima exercerá uma ação contra o responsável, que se sentirá, portanto, obrigado a se assegurar e ser previdente. Entretanto, o seguro pessoal tem também seus limites; ele exclui todos aqueles que não podem pagá-lo; o risco de uma segmentação crescente dos riscos existe, neste caso como em outros; pode resultar numa desresponsabilização da vítima; pode ter como contrapartida a exigência sistemática, pelo segurador, do respeito pela vítima, das precauções que considerará necessárias; enfim, os indivíduos têm freqüentemente dificuldade em avaliar os riscos que podem correr.

Um equilíbrio justo deve ser respeitado. Assim, na França, a criação de fundos nunca levou a descartar completamente a idéia de responsabilidade. Para o autor do dano, ela se traduz pela ação subrogatória. Para a vítima, ela se manifesta pela tomada em consideração de sua própria culpa, que pode levá-la à redução ou a privação de indenização. Alguns regimes misturam seguro de dano e seguro

³⁷⁵ Os contratos multirriscos não podem substituir todas as formas de seguros pessoais tendendo à cobertura de riscos particulares.

responsabilidade civil: assim, a Lei nº 78-12, de 4 de janeiro de 1978, relativa à responsabilidade e ao seguro no campo da construção, baseia-se num mecanismo misto de seguros obrigatórios: um seguro-dano subscrito pelo proprietário da obra, vendedor ou mandatário do proprietário, destinado a assegurar o pré-financiamento das reparações³⁷⁶, independentemente de qualquer busca de responsabilidade; um seguro-responsabilidade subscrito pelos diversos atores³⁷⁷ que suportarão a cobertura definitiva das despesas.

2.2. Regulamentação e responsabilidade

Outra questão difícil é aquela da partilha de responsabilidade entre o operador que agiu respeitando as regulamentações em vigor (normas técnicas, ambientais, sanitárias) e quem, contra sua vontade, criou um dano, e o responsável por uma regulamentação inadaptada ou incompleta ou pela falta de regulamentação. Não pode existir uma resposta única. Não se pode esperar por parte dos poderes públicos a regulamentação completa de todas as condições de exercício do conjunto das atividades, a fim de prevenir todos os riscos. Tratar-se-ia de uma missão impossível. A segurança no local de trabalho é um exemplo disto, pois, o empregador tem a obrigação geral de segurança para com seus empregados, além da aplicação das normas técnicas impostas. O dossiê dos prejuízos causados pela poeira do amianto é uma ilustração particular disto, haja vista que a responsabilidade do Estado por carência culposa não faz desaparecer aquela do empregador.

³⁷⁶ Artigos L. 242-1 e L. 242-2, do Código dos Seguros.

³⁷⁷ Artigos L. 242-1 e L. 242-2, do Código dos Seguros.

3. A necessidade de harmonização

A extensão social da socialização do risco torna ainda mais necessária uma reflexão sobre a harmonização de determinadas regras

3.1. A multiplicidade dos regimes

A pulverização dos regimes aplicáveis, o recobrimento parcial de seu campo de aplicação e a diversidade das modalidades de indenização freqüentemente denunciados, como também a tomada em consideração ou não, por exemplo, dos prejuízos extrapatrimoniais fazem com que seja difícil para a vítima entender. As modalidades de indenização ligadas a esta multiplicidade de regimes criam disparidades. Todavia, quanto mais se estende a socialização dos riscos mais se torna chocante que a divergência existente para indenizações dadas em reparação de prejuízos idênticos. A questão se coloca, além disso, como vimos (cf. acima), na articulação entre as indenizações vertidas a fundos e aquelas decididas pelos tribunais.

Seria desejável estabelecer uma reflexão sobre uma maior unidade para um mesmo prejuízo, regimes aplicáveis, mesmo se a tentação, sob o impacto emocional e midiático de determinadas doenças profissionais, por exemplo, for a de prever regimes particulares.

3.2. As indenizações

No que diz respeito aos prejuízos corporais, a reparação integral implica levar em consideração de forma específica os prejuízos de cada vítima. O princípio da individualização, que se acompanha, nestes últimos anos, de uma ampliação da responsabilização pelos prejuízos corporais, todavia, é comprometido por disparidades

de tratamento, de acordo com a situação geográfica ou de acordo com a natureza do sinistro.

O FIVA depende da heterogeneidade geográfica da jurisprudência dos tribunais dos assuntos de seguridade social e das cortes de apelação em matéria de indenização das vítimas³⁷⁸. Por isso, para uma placa pleural, as indenizações podem variar entre 48 mil euros e valores de 8 mil a 14 mil euros.

Para um câncer, pareceres autorizam uma soma de 210 mil euros, enquanto no mesmo momento, outros recebem um máximo de 30 mil a 60 mil euros. O FIVA destaca que se constatarem “situações extremas em que uma placa pleural (doença benigna) é indenizada sete vezes mais do que um mesotelioma (câncer sem cura)”.

Disparidades ligadas à natureza do sinistro e ao regime de indenização são, por outro lado, constatadas principalmente com o aparecimento de sinistros catastróficos ou seriais de grande carga emocional que suscitaram tratamentos particulares. As demandas específicas de indenização diziam respeito a vítimas de atentados, depois àquelas do sangue contaminado (com a indenização de um prejuízo específico de contaminação) e, enfim, às do amianto que elevou as indenizações. Além disso, enquanto a tabela médica, destinada a avaliar objetivamente a natureza e a importância dos danos à integridade física e psicológica da vítima, deveria ser única, “existe uma pluralidade de tabelas médicas diferentes e inconciliáveis: tabela de direito comum, tabela da seguridade social (seguro doença-invalidez e acidentes de trabalho), tabelas contratuais dos seguros de pessoas, tabela para as vítimas de guerra...”³⁷⁹.

³⁷⁸ FIVA, 3º relatório de atividade ao Parlamento e ao Governo (junho de 2003 - maio de 2004).

³⁷⁹ A indenização do dano corporal. Relatório do grupo de trabalho presidido pela Sra Lambert-Faivre, Conselho Nacional da Ajuda às Vítimas, 2003, p. 60.

Tratando-se do juiz administrativo, a noção de “distúrbio nas condições de existência” como ele a coloca, é vista, às vezes, como não permitindo identificar de forma suficientemente precisa os elementos de cálculo com os quais são estimados os prejuízos, cuja reparação é prescrita, o que, de acordo com certas críticas, pode fazer aparecer na vítima dúvidas quanto ao caráter integral da reparação³⁸⁰. A abordagem escolhida pela jurisdição administrativa, entretanto, vai de acordo com o interesse das vítimas.

De forma geral, a preocupação com a equidade deveria levar a uma maior harmonização da quantia de indenização para um mesmo prejuízo. Esta harmonização não é uma preocupação recente. A lei Badinter, de 6 de julho de 1985, previu a publicação periódica das indenizações fixadas pelos julgamentos pelas transações³⁸¹. Estas informações são coletadas pela Associação para a Gestão das Informações sobre o Risco Automotivo (AGIRA)³⁸². Por seu lado, os fundos de indenização se preocuparam em implantar tabelas. O conselho de administração do FIVA adotou assim, em 21 de janeiro de 2003, uma tabela para assumir, por um lado, a igualdade de tratamento entre os reclamantes no território de seu conjunto, e, por outro, a coerência ao assumir os diferentes prejuízos. Como destacou o Conselho de Estado, esta tabela “continua sem caráter imperativo” e se limita “a definir orientações” que “não evitam que, em função da situação particular de cada reclamante, as autoridades do fundo se afastem das diretrizes que lhes são dirigidas”³⁸³. A fixação de um valor de

³⁸⁰ Christophe Guettier, “O contencioso administrativo das contaminações por transfusão pelo vírus da hepatite C”, *AJDA*, 28 de junho de 2004, p. 1283.

³⁸¹ Artigo 26, da Lei n° 85-677, de 5 de julho de 1985.

³⁸² Informações disponíveis sobre o Minitel (36 14 AGIRA).

³⁸³ CE, 3 de maio de 2004, Comitê Antiamianto Jussieu e Associação Nacional de Defesa das Vítimas do Amianto, a ser publicado em coletânea.

indenização não pode ser baseada na aplicação única de uma tabela, mas deve proceder de uma análise da situação individual da vítima. Além disso, a instauração de uma tabela por meio de um fundo não resolve o problema das diferenças constatadas entre as jurisdições. Assim, ainda a respeito do amianto, o FIVA nota que as vítimas têm mais tendência em não aceitar suas ofertas quando a Corte de Apelação, diante da qual elas podem ser contestadas, for suscetível de aumentar o valor proposto. “Os pareceres refletem, com frequência, a imagem das práticas habituais das diferentes cortes em matéria de indenização quando, por natureza, os valores propostos pelo FIVA são os mesmos em todo o território”³⁸⁴.

Para garantir a transparência dos princípios de indenização das vítimas, o ONIAM empreendeu também, em 2003, a elaboração de um referencial de indenização a partir da análise dos valores das indenizações pronunciados pelo juiz (administrativo ou judiciário) ou propostos pelos seguradores. Este referencial deveria fazer com que se encontre o justo e difícil equilíbrio entre os valores transacionais e jurisdicionais, porque se elevado demais, seria uma fonte de inflação para os primeiros e de custos importantes para a comunidade; e se baixo demais, poderia ser desqualificado pelos segundos.

O artigo 17, da Lei nº 2004-810, de 13 de agosto de 2004, relativa ao seguro- doença constituiu, além disso, um “observatório dos riscos médicos” ligado ao ONIAM, encarregado de coletar os danos relativos aos acidentes médicos, afecções iatrógenas e infecções nosocomiais e sua indenização, bem como publicar periodicamente uma análise dos dados coletados³⁸⁵.

³⁸⁴ FIVA, 3º relatório de atividade ao Parlamento e ao Governo (junho de 2003 - maio de 2004).

³⁸⁵ Disposição codificada no artigo L. 1142-29, do Código da Saúde Pública.

Além disso, uma das recomendações do grupo de trabalho presidido pela Sra. Lambert-Faivre sobre a indenização do dano corporal é de instituir uma “tabela médica única à qual todos os sistemas de indenização, por mais heterogêneos que sejam, deveriam estar ligados”³⁸⁶.

A implantação desta tabela única encontra seus limites na exigência da tomada em consideração da singularidade da pessoa humana. A idéia desta tabela é contestada, inclusive, tanto pelas associações de vítimas quanto por profissionais da indenização. Todavia, inspirando-se no precedente em matéria de acidentes do trânsito, o relatório Lambert-Faivre recomenda a implantação de um “referencial indicativo nacional estatístico e evolutivo” (RINSE), sob o controle dos poderes públicos. A ferramenta, que implica a definição prévia de uma nomenclatura precisa dos prejuízos, deveria interessar a todos os tipos de acidentes corporais (trânsito, acidentes médicos, infrações...) e considerar, tratando-se das estatísticas judiciais, as avaliações das cortes de cassação³⁸⁷. O RINSE ficaria estabelecido em leques e em médias e seria objeto de uma publicação anual, amplamente divulgada, principalmente junto às cortes de apelação.

Tratar-se-ia de implantar um instrumento de referência, regularmente posto em dia e facilmente acessível, podendo servir como guia para uma avaliação que será necessariamente personalizada.

A pedido do secretário de Estado dos Direitos das Vítimas, um grupo de trabalho formado sob a direção da Corte de Cassação ficou encarregado de elaborar uma nomenclatura dos prejuízos reparando os danos.

De forma geral, se sabemos que existem disparidades entre as indenizações revertidas para prejuízos equivalentes, e se começa-

³⁸⁶ A indenização do dano corporal, op. cit., p. 60.

³⁸⁷ Para as transações, as modalidades de uma seleção deveriam ser previstas.

mos a cobrar do juiz que seja, às vezes excessivamente e às vezes insuficientemente generoso, medimos mal o alcance destas diferenças e a ignorância de cada um dos diferentes atores (Estados, seguradores, caixas de seguridade social) dos valores pagos pelos outros alimenta a polêmica e não contribui para a harmonização. Portanto, parece desejável tornar acessível um mínimo de informações pertinentes sobre o valor das indenizações pagas, seja pelo Estado, seja por outros, em particular, pelos seguradores.

3.3. Os prazos de prescrição

Os prazos de prescrição podem dar problema, porque existe uma descontinuidade entre o prazo de dez anos a partir do fato danoso, para as ações em responsabilidade civil extracontratual (artigo 2270-I, do Código Civil) e o prazo de trinta anos durante o qual se pode ser declarado responsável (prescrição trintenária de direito comum do artigo 2262, do Código Civil). Podem existir zonas de não-garantia a partir da denúncia de um contrato, no caso de cessação de atividade, por exemplo, ou quando um novo contrato não tem cláusula de retomada do passado (ou uma cláusula retomando somente o passado desconhecido).

É verdade que a escolha das prescrições não é uma coisa fácil, pois está ligada a diversos imperativos, como a proteção das vítimas, por um lado, e dos profissionais, por outro, a limitação no tempo dos contenciosos ou o acesso ao juiz, cuja ponderação pode variar. A Corte de Cassação, em seu relatório de 2001, observava que “as vítimas de um mesmo ato são submetidas a prescrições diferentes, dependendo se têm uma ligação contratual com o responsável de seu dano – neste caso, a prescrição é de trinta anos – ou se elas não têm – neste caso, a prescrição é de dez anos”. Ela recomendava no mesmo relatório, “generalizar para dez anos o prazo máxi-

mo de prescrição das ações em qualquer matéria”³⁸⁸, ou seja, “a unificação em dez anos, no máximo, da prescrição extintiva de todas as ações pessoais ou mobiliárias”. Esta escolha, se parecer fundada, na maioria dos casos, não é obrigatoriamente para os riscos cujas consequências podem manifestar-se com importante atraso.

4. Conciliar socialização, responsabilidade e prevenção

Existe um perigo inerente à solidariedade: uma solidariedade avançada demais incita a expor-se ao risco, visto que não se paga ou paga-se pouco para se preservar contra ele ou assumir suas consequências.

4.1. Prevenção, liberdade e responsabilidade

A busca por uma melhor prevenção dos riscos por meio da responsabilidade

A maior parte dos riscos, sutis misturas de acasos e de comportamentos individuais, tem causas pelo menos parcialmente endógenas à atividade humana e sobre as quais é possível agir. Assim, seria possível, em muitos casos, considerar que não é a inundação que forma o risco, mas a política de urbanismo. O interesse em incentivar os indivíduos a diminuir sua exposição aos riscos é evidente, os meios para conseguir isto não o são tanto assim.

Um dos caminhos é atuar sobre as consequências financeiras do comportamento de cada um. Isto pode ser feito no nível dos contratos de seguro, pois é nele que pode-se atuar sobre o valor dos

³⁸⁸ A Corte de Cassação esclarecia que esta sugestão não se referia à prescrição aquisitiva ou usucapião.

prêmios, as franquias, as cláusulas de exclusão, os tetos, os *forfaits*... A gestão dos riscos se faz, essencialmente, em nível individual. O sistema francês de *bonus-malus*, que um recente parecer da Corte de Justiça das Comunidades Européias, declarou compatível com o princípio de liberdade tarifária³⁸⁹, é um exemplo. Os resultados obtidos recentemente, no setor da segurança nas estradas, mostram claramente o interesse de uma abordagem individualizada dos comportamentos. Resta determinar até onde esta “contratualidade individual” pode ir, sem desnaturalizar o princípio do seguro ou levar a uma seleção dos segurados: somente os riscos fracos poderiam continuar asseguráveis. Um caminho possível é modular uma indenização em função do comportamento de risco da vítima. Esta estratégia deve ser casada com a precaução e não fazer cair a indenização aquém de um mínimo. Assim, a lei de 5 de julho de 1985 tinha previsto uma indenização quase sistemática dos passageiros de veículos, mas não dos condutores, sendo a idéia incentivar estes últimos à prudência. Mas estes ficavam, no caso de acidente, sem cobertura para eles próprios. Para evitar que fosse desta forma, os poderes públicos incentivaram os seguradores a propor sistematicamente a extensão da garantia ao condutor.

De qualquer forma, parece essencial conservar uma ligação entre a responsabilidade do autor do risco e a mais ou menos importante intensidade dos esforços de prevenção para incentivar este autor à prevenção. Desta forma, a responsabilidade do Estado pode ser envolvida por carência culposa por não ter regulamentado a utilização de determinados materiais cuja periculosidade era constatada, mas isto não exonera o empresário de sua própria responsabilidade (caso do amianto).

³⁸⁹ CJCE, caso C-347/02, 7 de setembro de 2004, Comissão das Comunidades Européias v/ República Francesa.

Igualmente, em matéria de meio ambiente, parece lógico associar os poluidores potenciais ao financiamento dos sistemas implantados para indenizar os danos. Aí está uma aplicação do princípio poluidor-pagador. Outro exemplo, para a indenização das catástrofes naturais: é legítimo aumentar a franquia em função do número de pareceres cujo município foi objeto para um mesmo risco se ele não implantou um plano de prevenção dos riscos³⁹⁰.

Essa análise vale para os acidentes de trabalho em que a responsabilidade por risco, o automatismo da indenização - a vítima não tendo que suportar as conseqüências da tomada de risco por parte do empregador, mesmo se esta for inevitável - a rapidez do pagamento das prestações e o caráter não-contencioso do procedimento de indenização não são antinômicos de uma reparação mais completa *non-forfaitaire*. Esta reparação passa, provavelmente, por uma redefinição das condições de desencadeamento do direito à reparação integral (nível de culpa, catálogo das obrigações que cabem ao empregador...), com uma tendência de ampliar a responsabilidade do empregador em função de seus esforços ou de sua ausência de esforços de prevenção.

Enfim, em seu tratamento do contencioso, é certamente desejável manter a gradação da culpa: “A evolução do direito da responsabilidade civil é significativa, neste ponto. Sabemos que os redatores do Código Civil tinham desejado que a gradação das culpas em três graus fosse proscrita e que Pothier as tivesse descoberto no direito antigo. Não conseguiram inteiramente, e a evolução ulterior do direito positivo e da jurisprudência deveriam acentuar a gradação das culpas que permanecia em estado de germe no Código Civil”. Em direi-

³⁹⁰ Parecer de 5 de setembro de 2000, trazendo uma modificação do artigo A. 125-1 e a criação do artigo A. 125-3, do Código dos Seguros (JORF, de 12 de setembro de 2000).

to civil, se é verdade que, exceto casos excepcionais, qualquer culpa envolve a responsabilidade de seu autor, o regime de reparação depende da qualificação desta culpa. O legislador interveio, muitas vezes, neste sentido, mas a jurisprudência foi também nesta direção, principalmente por meio da assimilação da culpa grave pelo culpado, de acordo com o adágio: *culpa lata dolo aequiparatur*.

O juiz precisa de categorias mentais, de padrões que lhe permitam guiar sua apreciação das circunstâncias, para levar em consideração o simples fato de que as diferentes atividades humanas se exerçam em condições bem diferentes e os regimes de responsabilidade decorrentes sejam necessariamente diferenciados”³⁹¹.

Riscos e escolhas individuais

Podemos ver uma tendência a uma eliminação progressiva da culpa da vítima como causa de exoneração ou de atenuação da responsabilidade e uma acepção mais ampla da responsabilidade do guardião da coisa, no sentido do Código Civil. Esta evolução pode ser freada ou invertida com as conseqüências em termos de transparência e de informação da implantação do princípio da precaução.

É colocada a questão do fato de assumirem danos possíveis pessoas que se colocam, de livre vontade, numa situação de risco por imprudência. É preciso indenizar os fumantes ou os consumidores de álcool, vítimas de seu próprio comportamento? É necessário considerá-las como pessoas responsáveis agindo em liberdade, perfeitamente informadas do efeito nocivo do fumo e do álcool ou como vítimas dos produtores?

³⁹¹ Concl. Alain Seban sur CE, Ass., 30 novembre 2001, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

Num parecer, de 20 de novembro de 2003, a Corte de Cassação (C. Civ. 2) respondeu negativamente a este último ponto a um requerente que responsabilizava a Seita. Destaca, principalmente, retomando os motivos do Parecer da Corte de Apelação, que o interessado, grande fumante desde a idade de treze anos, fumando *Gauloises bleues* sem filtro, na proporção de dois maços por dia, de acordo com parentes, era o único a tomar as decisões que se impunham. O advogado geral, neste caso, indicava: “A principal lição do parecer... consiste em dizer que na complexidade da vida moderna em que as condições de vida que nos são impostas podem alterar nossas faculdades de raciocínio e de decisão, existem campos em que a responsabilidade pessoal, assim como a liberdade ainda permanecem”³⁹².

Escolhas individuais podem, além disso, obrigar terceiros a socorrer seus autores: como no caso do alpinista, do esquiador ou do nadador imprudente que não respeita as regras de segurança. Os custos que podem resultar disto para a comunidade, muitas vezes pequenos municípios rurais dispendo somente de recursos limitados, constitui objeto de debates. O artigo L. 2321-2, do Código Civil das Comunidades Territoriais, oriundo da lei de 27 de fevereiro de 2002³⁹³, permite aos municípios exigir por parte dos interessados ou de seus herdeiros uma participação nos gastos que elas tiveram por causa de operações de socorro conseqüentes da prática das atividades desportivas ou de lazer. Estas disposições foram contestadas, principalmente, nos meios esportivos. Um relatório pedido pelo Ministério do Interior e entregue em

³⁹² Citado por B. Daille-Duclos, “A Seita não é responsável pelo falecimento de um fumante inveterado”, *La Semaine juridique*, n° 3, 14 de janeiro de 2004, p. 77.

³⁹³ Lei n° 2002-276, de 27 de fevereiro de 2002, relativa à democracia de proximidade.

maio de 2004 recomendou uma volta à gratuidade. A Lei nº 2004-811, de 13 de agosto de 2004, de modernização da segurança civil, entretanto, não modificou, certamente com razão, o artigo citado³⁹⁴.

Prevenção e regulamentação

Resta prever até onde devemos aceitar ou exigir, sem prejudicar a liberdade individual, que o Estado regulamente determinadas atividades para reduzir os riscos. A questão parece provisoriamente resolvida, sob o signo de certa ambigüidade, tratando-se das toxicomanias, do tabagismo e do alcoolismo. Algumas pessoas esperam muito do Estado, como por exemplo: uma solicitação foi registrada recentemente, junto ao Conselho de Estado, contra a recusa por parte da administração de impedir a colocação no mercado de veículos podendo andar a 130 km/h. Esta medida é, sem dúvida, dificilmente concebível. Pode-se interrogar, ao contrário, sobre a incoerência da coexistência de carros andando a 300 km/h e limitações de velocidade a 130. A questão da legitimidade ou da necessidade de limitar os motores não pode ser considerada absurda.

4.2. A análise dos riscos

A prevenção supõe a análise dos riscos, que os danos sejam verificados ou virtuais. Entretanto, os poderes públicos estão mais preocupados com a indenização dos danos já causados, sendo sua urgência e seu impacto. Assim, as disposições do artigo 123, da lei de 29, de julho de 1998, que previa medidas de emergência contra o saturnismo

³⁹⁴ Ver resposta à pergunta escrita nº 41948, de 22 de junho de 2004 (Assembleia Nacional).

e em particular controles sobre a acessibilidade ao chumbo nos prédios residenciais, deram resultados somente parciais. Ao contrário, não seria bom que a preocupação em identificar riscos ainda virtuais seja prejudicial ao tratamento dos riscos verificados. Disparidades injustificadas existem na prevenção de um mesmo risco verificado, de acordo com os setores interessados: portanto, veremos, dependendo dos casos, setores nos quais os consumidores serão mais bem protegidos do que os trabalhadores nos locais de produção ou o contrário, sem que haja justificativa científica. Estas disparidades, pelo menos, devem ser reduzidas. Um desenvolvimento mais sistemático da análise dos riscos, associando a esta análise dos poderes públicos, dos profissionais e das associações interessadas, parece necessário.

Evoluções podem ser notadas. Faz uns quinze anos que o fortalecimento da noção de segurança sanitária transforma, em profundidade, nosso sistema de saúde, levando a uma abordagem mais preventiva, além do aspecto curativo da saúde pública. Da mesma forma, em matéria de meio ambiente, as ações de prevenção se desenvolvem³⁹⁵.

No entanto, não é raro que as jurisdições apareçam como órgãos de avaliação *a posteriori* das políticas públicas, em particular no campo da saúde. Seria preferível que fossem implantadas avaliações das políticas levadas no momento em que são decididas e, depois, conduzidas, fazendo-se o balanço entre riscos e benefícios. Trata-se de

³⁹⁵ Assim, no caso de risco previsível de desabamento de terreno por causa de uma cavidade subterrânea, de avalanches ou de enchentes torrenciais ameaçando seriamente vidas humanas, o Estado pode declarar como sendo de utilidade pública a desapropriação dos bens expostos a estes riscos, se os meios de salvamento e de proteção das populações se revelarem mais caros do que as indenizações de desapropriação (artigo L. 561-I, do Código do Meio Ambiente). O fundo de prevenção de riscos naturais maiores, criado pela Lei nº 95-101, de 2 de fevereiro de 1995, relativa ao fortalecimento da proteção do meio ambiente, financia estas indenizações.

apreciar a pertinência das escolhas operadas, olhando criticamente suas condições de avaliação no início. Assim, em matéria de vacinação obrigatória ou incentivada, não se esperava que os riscos – que raramente são inexistentes e que talvez seja necessário aceitar diante do interesse coletivo, mas conscientemente – se concretizem em grande escala.

O pedido maior de proteção contra o risco pode, apesar de tudo, resultar em conseqüências paradoxais: a amniocentese permite detectar os riscos de nascimento de uma criança sofrendo de trisomia 21 e oferecer aos pais a possibilidade de continuar ou não a gravidez até seu final. Entretanto, o risco puramente médico ligado a este exame para a mãe e, principalmente, para a criança não é desprezível. A partir daí, quanto mais se rastreia, maior é o número de abortos. Será que vamos procurar responsabilidades, ao mesmo tempo, na hipótese em que uma amniocentese foi mal sucedida e naquela em que ela não foi praticada e a criança que nasce sofre da síndrome de Down?

Os interesses individuais presentes são, aliás, freqüentemente, contraditórios: as pessoas sofrendo de arteriosclerose responsabilizam a vacinação contra a hepatite B, enquanto os doentes sofrendo de hepatite B cobrariam do Estado o fato de não ter imposto a vacinação obrigatória. A aplicação do princípio da precaução não deveria permitir que a administração reconduzisse sistematicamente medidas sem se esforçar para sustentá-las com perícias ou elementos novos, e não se pode cobrar dela, tanto um excesso quanto uma insuficiência de precaução. Acionado por excesso de poder, o Conselho de Estado anulou pareceres da Agência Francesa de Segurança Sanitária dos Produtos de Saúde que tinham reconduzido para um quinto e um sexto ano consecutivos a suspensão da colocação no mercado de determinadas próteses mamárias, sem ter a possibilidade de trazer elementos justificando a dúvida que ela conservava sobre a inocuidade do produto³⁹⁶.

³⁹⁶ CE, 29 de julho de 2002, Laboratoires Arion; 28 de maio de 2003, Laboratoires Arion.

O juiz vai, de fato, ter que desempenhar um apelo crescente central na definição da *falta de precaução* ou das condições de uma eventual responsabilidade sem culpa.

4.3. A informação

A obrigação da informação, um aspecto importante da prevenção, aumenta. Incentivar os indivíduos a diminuir sua exposição aos riscos supõe que eles estejam informados destes riscos. A informação sobre os riscos é, com efeito, a condição de uma escolha esclarecida do indivíduo, que poderá decidir correr ou não determinados riscos, sem que evidentemente esta informação tenha *a priori* como objeto ou como consequência, colocar sobre a vítima a responsabilidade de danos eventuais.

Uma responsabilidade é dividida melhor quando é explicada e o risco também é analisado melhor. Uma informação suficiente das vítimas potenciais – consumidores, doentes, cidadãos em geral... – condiciona maior tomada de consideração do comportamento imprudente da vítima.

As obrigações que se impõem cada vez mais aos poderes públicos, em matéria de prevenção e de precaução, somente fortalecem o imperativo de uma melhor informação precoce do público. A responsabilidade dos poderes públicos pode ser envolvida por causa de uma informação errada ou uma falta de informação. Acontece a mesma coisa com determinados atores privados.

No campo médico, o artigo L.1111-2, do Código da Saúde Pública, estabelece o direito à informação dos pacientes. A jurisprudência já analisava a obrigação de informação médica como sendo um corolário do direito ao consentimento, antes de qualquer intervenção terapêutica, consagrado pela lei de 29 de julho de 2004, relativa ao respeito pelo corpo humano. A Corte de Cassação tinha, com efeito,

invertido a ônus da prova em matéria da falta de obrigação à informação³⁹⁷, bem como ampliou a obrigação de informação dos riscos normalmente previsíveis aos riscos graves, até mesmo se excepcionais³⁹⁸, além de fundar a obrigação de informação médica sobre “a exigência do respeito constitucional de preservação da dignidade da pessoa humana”³⁹⁹. O juiz administrativo definiu uma jurisprudência similar para o setor público hospitalar⁴⁰⁰, baseando-se na perda de oportunidade de se subtrair a um risco que a falta de informação propicia.

As disposições particulares referentes às instalações Seveso, a elaboração de planos de prevenção dos riscos tecnológicos, a obrigação no momento da cessão ou da locação de bens imobiliários localizados numa área coberta por tal plano, a informação sobre a existência de riscos naturais, a possibilidade de instituir dependências de utilidade pública em terrenos apresentando riscos de inundação são exemplos dos progressos realizados visando a uma melhor informação.

Os debates parlamentares sobre o projeto que se tornou a lei de 30 de julho de 2003, relativa à prevenção dos riscos tecnológicos e naturais, fizeram surgir mais consultas e debates, que antes da elaboração de determinados projetos podiam ser necessários.

A informação somente alcançará seu objetivo se for acompanhada por recomendações úteis. Assim, em matéria de segurança civil, o anúncio de fenômenos meteorológicos perigosos deve ser acompanhado de recomendações de prudência. O Conselho de Estado considerou que a responsabilidade de um município tinha sido envolvida por não ter tomado nenhuma medida para avisar os vera-

³⁹⁷ Cass. civ. I^a, 25 de fevereiro de 1997, n° 94-19685, Bol. 1997, I, n° 75, p. 49.

³⁹⁸ Cass. civ. I^a, 7 de outubro de 1998, n° 97-10267, Bol. 1998, I, n° 291, p. 202.

³⁹⁹ Cass. civ. I^a, 9 de outubro de 2001, n° 00-14564, Bol. 2001, I, n° 249, p. 157.

⁴⁰⁰ CE, Set, 5 janeiro de 2000, Consorts T. ; 27 de setembro de 2002, Sra Sainty.

nistas do perigo excepcional que a presença de uma linha da alta tensão, nas proximidades de uma rampa de acesso dos veleiros a um lago, representava para eles⁴⁰¹.

Enfim, a informação será ainda melhor recebida ou vista como credível e suscetível de influenciar os comportamentos, se atores, privados ou públicos, estiverem associados à identificação e à avaliação dos riscos. Esta preocupação é levada em consideração, doravante, em diferentes níveis. A convenção sobre o acesso à informação, a participação do público no processo decisório e o acesso à justiça, em matéria de meio ambiente, de 25 de junho de 1998, chamada Convenção de Aarhus, prevê um amplo acesso às informações sobre o meio ambiente, por parte do público. Além disso, impõe a participação do público nas decisões relativas a um determinado número de matérias tratando de atividades diversas⁴⁰². Alguns instrumentos internacionais prevêem procedimentos de avaliação dos riscos, como o Protocolo de Cartagena sobre a Biodiversidade, de 29 de janeiro de 2000.

No direito interno francês, os procedimentos de inquérito público e de estudo de impacto, principalmente o papel da Comissão Nacional no debate público, criada em 1995, e as conferências de cidadãos contribuem para a informação do público e sua consulta, antes das decisões.

⁴⁰¹ CE, 8 de novembro de 1985, Rijlaarsdam, col. tab. p. 524.

⁴⁰² Essa parte da Convenção se inspira na Diretriz 90/313/CE, de 7 de junho de 1990, e na Diretriz 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2003, que foi substituída pela Diretriz 90/313/CE, a partir de 14 de fevereiro de 2005.

Conclusão

Frente ao risco, a evolução atual da sociedade é marcada por um paradoxo: fortalecendo a segurança, ela faz desaparecer, previne ou limita o número de riscos, mas provoca outros ao mesmo tempo e suscita uma forte demanda de prevenção e de cobertura. Além disso, riscos considerados anteriormente como devendo ser assumidos individualmente são, hoje, vistos como sendo da responsabilidade da comunidade. O questionamento sobre a eficiência dos regimes clássicos de responsabilidade para tratar de determinados riscos não é próprio da França e vimos que regimes particulares de cobertura foram implantados em nossos vizinhos como em nosso território, para riscos excepcionais. Entretanto, o apelo à solidariedade ampliada não pode ser sistemático demais, exceto se chocar com implicações financeiras pesadas e a recusa, por parte dos indivíduos, de participar coletivamente da cobertura dos riscos pelos quais não são obrigatoriamente responsáveis, ou que não lhes interessa. A socialização do risco é indispensável em determinados casos, como os riscos maiores ou imprevisíveis. Ela não pode ser vista como uma solução milagrosa para todos os males.

A recusa do risco, colocada como princípio, que deveria traduzir-se por uma indenização generalizada, sistemática e integral, não parece muito compatível com uma sociedade em que o risco zero não existe e onde a liberdade individual é essencial. Além disso, torna-se importante evitar a desresponsabilização dos atores, condição especial para uma prevenção eficiente. Isto justifica, frequentemente, o interesse de uma gestão individual do risco, sem, por isso, impor

ao segurado vinculações e condições tais, que resultem em comprometer o princípio do seguro contra os acasos da existência.

Entre socialização do risco e responsabilidade, existe, ao mesmo tempo, uma complementaridade necessária e uma tensão constante. Toda a dificuldade é encontrar um ponto de equilíbrio que leve em consideração os respectivos papéis que podem e devem desempenhar o poder público, o seguro, os atores geradores de riscos e as vítimas de danos.

Por essencial que seja o papel do juiz, a fim de precisar os contornos do conceito de responsabilidade, inclusive de forma às vezes audaciosa, a dosagem entre a responsabilidade e a socialização do risco depende, principalmente, de uma escolha coletiva que, sobretudo ao envolver a solidariedade nacional, caberá ao legislador.

A afirmação do princípio da precaução é uma manifestação do desejo de analisar e de tratar os riscos no início, antes que eles se manifestem e se traduzam em prejuízos. Entretanto, é preciso zelar para que este princípio não se torne um novo recurso sistemático do contencioso da responsabilidade. O uso extensivo demais deste canal poderia tornar a administração pusilânime e arruinar os fundamentos do regime de responsabilidade do poder público, que visava tornar a administração - ao mesmo tempo - corajosa, eficiente e responsável. O princípio da precaução, para ser viável, deve ser entendido e aplicado de forma razoável e realista, e concebido como um princípio de ação, mais do que de abstenção ou de inação.