

# A (IM)POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS CHANCES PERDIDAS PELAS VÍTIMAS DO REGIME MILITAR BRASILEIRO<sup>1</sup>

## L'(IM) POSSIBILITÀ 'DI RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER OCCASIONI PERDUTE PER VITTIME DEL REGIME MILITARE BRASILIANO

*Tais Ramos<sup>2</sup>*

*Claudinei Caetano Porto<sup>3</sup>*

### RESUMO

O presente ensaio trata da responsabilidade do estado pelas chances perdidas pelas vítimas do Regime Militar brasileiro. Avaliando o instituto da responsabilidade civil do estado e a teoria da perda da chance o trabalho objetiva constatar quais as condições de possibilidade de responsabilizar o estado pela perda das chances das vítimas. Para isso, por meio do método hipotético-dedutivo, o trabalho aborda, num primeiro momento, as principais linhas de responsabilização do Estado em relação aos atos de violações de Direitos Humanos no Regime Militar; por segundo, examina o instituto da responsabilidade civil do estado, e por fim verifica a teoria da perda da chance e a (im)possibilidade da responsabilização do Estado pelas chances perdidas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil Estado; Teoria da Perda da Chance; Regime Militar

### RESUMEN

Questo saggio tratta della responsabilità dello Stato per le occasioni fallite per le vittime del regime militare brasiliano. Valutare la responsabilità dell'istituto civile dello stato e la teoria della perdita del lavoro di possibilità che si propone di realizzare le condizioni di possibilità di dare la colpa dello stato per la perdita delle vittime occasioni. Per questo, attraverso il metodo ipotetico-deduttivo, il documento analizza, in un primo momento, le principali linee di responsabilità dello Stato in relazione ad atti di violazioni dei diritti umani nel regime militare, al secondo, esamina l'istituzione di responsabilità civile dello Stato ed infine verifica la teoria di perdita del caso e la (im)possibilità, della reattività stato alle occasioni perdute.

---

<sup>1</sup> Este texto é fruto das pesquisas desenvolvidas no Projeto de Pesquisa "VERDADE, MEMÓRIA E JUSTIÇA: a responsabilidade do Estado em face dos atos violadores de Direitos Humanos praticados no Regime Militar brasileiro", junto à Faculdade Palotina de Santa Maria – FAPAS, coordenado pela Professora Ms.Tais Ramos.

<sup>2</sup> Advogada OAB/RS. Mestre em Direito. Graduada em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora na Faculdade Palotina de Santa Maria– FAPAS, onde coordena o Projeto de Pesquisa "VERDADE, MEMÓRIA E JUSTIÇA: a responsabilidade do Estado em face dos atos violadores de Direitos Humanos praticados no Regime Militar brasileiro" e Integrante do Grupo de Pesquisa "Estado, Administração Pública e Sociedade", coordenado pelo Professor Dr. Rogério Gesta Leal, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC e vinculado ao Diretório de Grupo do CNPq. E-mail: taisramos@gmail.com.

<sup>3</sup> Graduando em Direito na Faculdade Palotina de Santa Maria – FAPAS, integrante do Projeto de Pesquisa "VERDADE, MEMÓRIA E JUSTIÇA: a responsabilidade do Estado em face dos atos violadores de Direitos Humanos praticados no Regime Militar brasileiro", coordenado pela Professora Ms. Tais Ramos. E-mail: c\_caetanop@hotmail.com.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilità dello Stato; Teoria della perdita di chance, Regime Militare

## **1 Considerações Iniciais**

O Regime Militar brasileiro consolidou-se a partir do golpe civil-militar<sup>4</sup> de 1964, e perdurou até 1985. O resultado da repressão foi um grande número de mortos, desaparecidos e torturados. Essas pessoas envolvidas nos atos de força do regime militar e seus familiares devem ter a possibilidade de saberem a verdade, as causas e como ocorreram tais fatos, bem como obter a reparação dos danos por parte do Estado. Para isso o Estado deve assegurar às vítimas, em seu sistema jurídico, a reparação e o direito à indenização justa e adequada, incluindo os meios para a mais completa reabilitação possível.

Dessa forma, este trabalho tratará da responsabilidade do estado pelos danos causados pelo regime militar, especificamente no que diz respeito ao novo instituto da Teoria da Perda da Chance, objetivando constatar as possibilidades de responsabilização do estado pelas chances perdidas das vítimas e/ou seus familiares. Para isso, serão verificadas as principais linhas de responsabilização do Estado em relação aos atos de violações de Direitos Humanos no Regime Militar; e se examinará o instituto da responsabilidade civil do estado e o da perda da chance. No último item, para responder ao objetivo do trabalho se verificará a (im)possibilidade da responsabilização do Estado pelas chances perdidas.

## **2 As principais linhas de responsabilização do Estado em relação aos atos de violações de Direitos Humanos no Regime Militar brasileiro**

As violações de Direitos Humanos durante o regime ditatorial são desconhecidas pela maioria da sociedade. Supõe-se que cerca de 50 mil pessoas foram presas somente nos primeiros meses de 1964, 20 mil brasileiros torturados e cerca de 400 cidadãos foram mortos ou ainda estão desaparecidos. Ainda, ocorreram milhares de prisões políticas não registradas,

---

<sup>4</sup> A historiografia brasileira chama o episódio de “golpe” para diferenciar da ideia de “Revolução de 64” (essa denominação foi cunhada pelos militares) e prefere a nomenclatura “golpe civil-militar” para a denominação exata dos atores no processo, pois a iniciativa do golpe não foi exclusiva dos militares, esses foram apoiados por importantes segmentos da sociedade brasileira preocupada com que o governo de Goulart cedesse à esquerda a ao comunismo internacional. Cf: WASSERMANN, Claudia. O império da Segurança Nacional: o golpe militar de 1964 no Brasil. In: WASSERMANN, Claudia; GUAZZELLI, C.A.B. (Org.) Ditaduras Militares na América Latina. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 40.

130 banimentos, cerca de 4 mil<sup>5</sup> mandatos políticos e um número incontável de exílios e refugiados políticos.<sup>6</sup>

Foram utilizadas em torno de 285 modalidades de tortura<sup>7</sup> para obter depoimentos e confissões e dentre as técnicas usavam: extração de dentes, isolamento, torturas químicas como soro da verdade, espancamentos, pau-de-arara<sup>8</sup>, choques, estupro, espancamento, empalamento, banho chinês<sup>9</sup>, afogamento, queimaduras.<sup>10</sup>

Diante desse cenário, é importante a fixação de parâmetros protetivos mínimos à dignidade humana, destacando-se a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e a Convenção Americana de Direitos Humanos.<sup>11</sup>

Esses instrumentos Internacionais reconhecem às vítimas das violações de Direitos Humanos, bem como aos seus familiares, três direitos fundamentais: a) o direito a saber ou o direito à verdade; b) o direito à justiça, c) o direito a obter reparação. O direito de saber a verdade é aquele que toda a pessoa tem, individual ou coletivamente, de buscar e encontrar

---

<sup>5</sup> Os números apresentam variações entre os historiadores, justamente pelo fato de ainda não terem sido averiguados todos os fatos ocorridos no período da ditadura brasileira.

<sup>6</sup> BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH 3)*. Brasília: SEDH/PR, 2010, p. 211.

<sup>7</sup> “O termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.”. In: BRASIL. PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. CENTRO DE ESTUDOS. BIBLIOTECA VIRTUAL. Artigo 1º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degrdant.htm>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>8</sup> Consiste em pendurar o preso de cabeça para baixo por uma barra colocada na dobra dos joelhos. A vítima, geralmente nua, fica em posição fetal, como se estivesse abraçando as pernas flexionadas. FIGUEIREDO, Lucas. *Olho por Olho: os livros secretos da ditadura*. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 44.

<sup>9</sup> Consiste em durante alguns segundos ou até mais de um minuto, a cabeça do interrogado é mantida dentro de um tanque cheio de água. FIGUEIREDO, Lucas. *Olho por Olho: os livros secretos da ditadura*. Rio de Janeiro: Record, 2009, 43.

<sup>10</sup> TAVARES, A. R., WALBER, A.M. *Justiça Reparadora no Brasil*. In: SOARES, I.V.P, KISHI, S.A.S.(Org.) *Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado Democráticos de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 76.

<sup>11</sup> O desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos iniciou mediante esses diversos instrumentos internacionais de proteção com caráter inderrogável de direitos, a serem respeitados seja em tempos de guerra, instabilidade, comoção ou calamidade pública como descrito nos artigos 4º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 5º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e no artigo 2º da Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. In: BRASIL. PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. CENTRO DE ESTUDOS. BIBLIOTECA VIRTUAL. *Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degrdant.htm>. Acesso em: 01 mai. 2013.

um conhecimento seguro e certo sobre os fatos ocorridos nos regimes ditatoriais. O direito à justiça é aquele que toda pessoa tem em relação com o Estado e os demais seres humanos enquanto possivelmente pertence a ele. E o direito a obter reparação é aquele que toda pessoa tem de receber ressarcimento pelo dano sofrido.<sup>12</sup>

O dever de investigar, punir e reparar, conforme esses instrumentos, destacando-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é do próprio Estado. As vítimas têm o direito de fazer valer seus direitos, se necessário através dos tribunais, responsabilizando o Estado sobre seu dever de investigar, punir e fornecer reparação. Vejamos:

## 2.1 Do dever de investigar

Todos os povos do mundo tem o direito inalienável de conhecer a verdade. Esse direito existe quando os membros de uma sociedade sofrem injustas formas de violência. O direito à verdade é um *“un derecho cuyo ejercicio nadie, ni siquiera su propio titular, está facultado para hacer imposible. Es un derecho al cual ninguna persona puede renunciar.”*<sup>13</sup>

Junto ao direito coletivo à verdade, existe outro direito, cujos titulares são as vítimas, suas famílias e seus parentes: o direito a saber. Este é *“el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima”*. As pessoas, direta ou indiretamente, afetadas por crime internacional têm o direito de sempre saber a verdade (mesmo que tenha transcorrido muito tempo a data em que o crime foi cometido), quem foi o seu autor, em que tempo, lugar e como aconteceu, e porque foi executado.<sup>14</sup>

Além disso, adicionam-se dois elementos para assegurar o reconhecimento do direito à verdade nessa sua dupla dimensão. Eles apontam os inevitáveis deveres que, frente a esse direito, que o Estado deve atender. Esses deveres são: *“1º El deber de recordar. 2º El deber de otorgar las garantías para que se haga efectivo el derecho a saber.”*<sup>15</sup> Quanto ao cumprimento desses deveres cabe ao Estado adotar políticas públicas adequadas para investigar a verdade, para se preservar a memória dos fatos e para que seja efetivado o direito das vítimas e familiares a saber a verdade.

---

<sup>12</sup> FRÜHLING, Michael. Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. In <http://www.iidh.ed.cr/bibliotecadigital>, acesso em 26 set. 2012, p. 5.

<sup>13</sup> FRÜHLING, Michael. Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. In <http://www.iidh.ed.cr/bibliotecadigital>, acesso em 26 set. 2012, p. 5.

<sup>14</sup> FRÜHLING, Michael. Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. In <http://www.iidh.ed.cr/bibliotecadigital>, acesso em 26 set. 2012, p. 6.

<sup>15</sup> FRÜHLING, Michael. Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. In <http://www.iidh.ed.cr/bibliotecadigital>, acesso em 26 set. 2012, p. 6.

Nesse sentido as Comissões da Verdade são mecanismos de investigação criados pelos Estados para ajudar as sociedades que enfrentaram situações de violência política, e tem o objetivo de superar as crises e traumas gerados pela violência e evitar que estas se repitam no futuro. Para isso as Comissões da Verdade buscam: as causas da violência; identificar os elementos do conflito; investigar as graves violações de direitos humanos.<sup>16</sup>

No Brasil, a Comissão Oficial da Verdade (criada pelo Estado) ainda não concluiu seus trabalhos. Ainda assim, é possível averiguar, ainda que não oficialmente, diversas informações sobre o regime com as Comissões da Anistia e Comissão dos Mortos e Desaparecidos Políticos por meio de seus relatórios. Recentemente o Projeto Brasil Nunca Mais disponibilizou digitalmente cerca de 900mil páginas de processos judiciais movidos contra presos políticos.

Percebe-se que há um destaque no diálogo e na parceria estabelecidos com o Estado e os mais variados setores da sociedade civil comprometidos com a luta pela democracia. Afirma-se assim o dever do estado de investigar, e da sociedade de ter a possibilidade de tornar-se informada. Nesse sentido, a investigação desses fatos é fundamental para constituição da verdade histórica, bem como para a constituição da memória individual e coletiva.

## 2.2 Do dever de punir

A tortura é um crime que viola o Direito Internacional, sendo que a Convenção contra a tortura estabelece a jurisdição compulsória e universal para os indivíduos acusados de sua prática. Ou seja, os Estados-parte são obrigados a processar e punir os torturadores, independentemente do território onde a violação tenha ocorrido e da nacionalidade do violador e da vítima.<sup>17</sup>

Assim é dever do Estado investigar, processar e punir e reparar a prática da tortura, assim como todas as violações, garantindo o direito a favor da vítima e seus familiares e em prol do direito a sociedade à construção da memória e identidade da coletiva.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> NÜRNBERGER, Esteban Cuya. *Las comisiones de la verdad en América Latina*. In <http://www.iidh.ed.cr/bibliotecadigital>. Acesso em 24 out. 2012, p.6

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. In: SOARES, I.V.P, KISHI, S.A.S.(Org.) *Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado Democráticos de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 203.

<sup>18</sup> PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. In: SOARES, I.V.P, KISHI, S.A.S.(Org.) *Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado Democráticos de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 203.

Ocorre que o Estado Brasileiro concedeu anistia, por meio da Lei 6.683 de 28 de agosto de 1979, a todos aqueles que, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes. Entendendo-se como conexos os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.<sup>19</sup>

Porém é impossível a aceitação de que os mesmos atores torturadores se autoanistiem, com a redação da lei pretenciosamente buscando a paz, eximindo-os de qualquer responsabilidade. Ademais “o crime de tortura viola a ordem internacional e por sua extrema gravidade é insuscetível de anistia ou prescrição.”<sup>20</sup> A tortura é crime de lesa humanidade, e por isso é imprescritível pela ordem internacional.

No ano de 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (nº153), no Supremo Tribunal Federal onde questionava o parágrafo 1º do Art.1º da Lei 6.683 de 1979 requerendo uma interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985).

A arguição foi julgada improcedente fundamentando que a Lei da Anistia tinha anistiado os crimes comuns, extinguindo-se a punibilidade dos mesmos e, por conseguinte, não mais havia a possibilidade de propor a penalização destes crimes. Demonstrando-se assim a indiferença do Estado brasileiro em relação às punições dos crimes cometidos no regime militar.

Essas decisões do Estado brasileiro vão de encontro à jurisprudência do sistema interamericano e do sistema global de proteção que reconhecem que leis de anistia violam obrigações jurídicas internacionais referentes aos direitos humanos. Para Comissão Interamericana de Direitos Humanos é fundamental respeitar e garantir o direito à verdade e à punição para a proteção desses direitos.

---

<sup>19</sup> BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. LEGISLAÇÃO. Lei 6.683 de agosto de 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm). Acesso em: 01. mai. 2013.

<sup>20</sup> PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. In: SOARES, I.V.P, KISHI, S.A.S.(Org.) *Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado Democráticos de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 204.

### **2.3 Do dever de reparar**

Além do dever de investigar e punir, o Estado deve assegurar às vítimas, em seu sistema jurídico, a reparação e o direito à indenização justa e adequada, incluindo os meios para a mais completa reabilitação possível. Em caso de morte da vítima como resultado de um ato de tortura, seus dependentes tem direito a indenização.

O Brasil já reconheceu a existência de pessoas mortas e desaparecidas por terem participado, ou terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, através da Lei Federal nº 9.140/95, sendo que o Decreto nº 2.255, de 16.6.1997, concedeu as primeiras indenizações previstas nesta Lei.<sup>21</sup>

No período de vigência desta lei, mais de 1.378 pessoas solicitaram indenizações por motivos de crueldade em prisões. “Destas, mil foram concedidas, atingindo um total de R\$ 18 milhões para os cofres públicos, tendo a comissão encarregada deste trabalho ouvido cerca de 560 testemunhas e 197 torturados, promovendo mais de 1.200 audiências.”<sup>22</sup>

Verificaremos a seguir a origem e evolução da responsabilidade civil do estado e se as linhas atuais de reparações civis são suficientes para reparar o dano material e moral no sentido de desaparecer os efeitos das violações cometidas.

### **3 A origem e evolução da Responsabilidade Civil do Estado**

A história nos mostra a evolução da responsabilidade civil, a famosa expressão da lei de Talião “olho por olho, dente por dente” demonstra que a vingança era utilizada primeiramente de forma coletiva e posteriormente individual: a chamada vingança privada onde o poder público apenas se manifestava para esquematizar a forma como ocorreria a retaliação, quando, onde e também como se daria um dano igual àquele sofrido.

Em uma segunda etapa, onde se alegava mais racionalidade, substituiu-se a Lei de Talião pelo pagamento de certa quantia em dinheiro desencadeando posteriormente uma tímida intervenção do estado através de pequenos atos de tortura com o fim de punir o ofensor. Os juristas Domat e Pothier através de suas doutrinas consolidaram a

---

<sup>21</sup> LEAL, Rogério G. *Verdade, Memória e Justiça: responsabilidades compartilhadas: morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: de quem é a responsabilidade?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 217.

<sup>22</sup> LEAL, Rogério G. *Verdade, Memória e Justiça: responsabilidades compartilhadas: morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: de quem é a responsabilidade?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 219.

responsabilidade civil, que foi difundida nas legislações que tinham como base a culpa. Partindo desta base, os princípios referentes a este instituto foram sendo criados, apenas as condutas culposas eram remetidas a reparação através da responsabilidade, entretanto a teoria do risco veio para dizer que independente de dolo ou culpa do agente o risco deve ser garantido, de acordo com a teoria objetiva. Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves: A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o Direito Romano: aquele que lucra com a situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes – ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda: Quem aufere os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos)<sup>23</sup>.

Atualmente, existem inúmeros conceitos sobre responsabilidade civil, entretanto um deles se aproxima um pouco mais da proposta deste estudo, segundo Francisco Amaral:

A expressão responsabilidade civil pode compreender-se em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem quanto a própria obrigação decorrente dessa situação, ou, ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, designa o específico dever de indenizar nascido do fato lesivo imputável a determinada pessoa<sup>24</sup>.

Ao adentrarmos na seara da Responsabilidade Civil de pronto nos deparamos com sua principal classificação: Objetiva e Subjetiva, as quais se diferenciam pela presença ou não de culpa, como pressuposto na origem do dano.

O Código Civil de 2002 em seu art.927, *caput*, diz que: “*Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”, ficando evidenciada a necessidade do pressuposto culpa, pois do contrário não há que se falar em responsabilidade. A responsabilidade Civil subjetiva decorre da obrigação de reparar o agravo causado por dolo ou, por omissão nos casos de imperícia, negligência e imprudência. Nesse sentido, afirma Caio Mario da Silva Pereira: “*o ressarcimento do prejuízo não tem como fundamento um fato qualquer do homem; tem cabida quando o agente procede com culpa*”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 6.

<sup>24</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 531. O citado autor afirma que o instituto da responsabilidade civil traduz a realização jurídica de um dos aspectos do personalismo ético, segundo o qual ter responsabilidade, ser responsável, é assumir as consequências do próprio agir, em contrapartida ao poder de ação consubstanciado na autonomia privada. Não mais a concepção egoística do indivíduo em si, mas o indivíduo como pessoa, comprometido com o social. A responsabilidade civil traduz, portanto, o dever ético-jurídico de cumprir uma prestação de ressarcimento.

<sup>25</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 32.

Na Responsabilidade Civil Objetiva não existe a necessidade de culpa, apenas o dano e o nexo causal produzem o dever de indenizar. No parágrafo único do art.927 do Código Civil/2002 está descrita a responsabilidade objetiva:

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para direitos de outrem.

Está presente o risco como pressuposto uma vez que em determinadas situações a lei especificamente preveja reparação do dano mesmo se não houver culpa, é quando se assume o risco em desenvolver determinada atividade que poderá gerar um dano.

Cumprido ressaltar que, não é qualquer dano passível de ressarcimento, mas sim o dano injusto, *contra ius*, separando deste grupo aqueles danos que são autorizados pela legislação. Para que seja passível de indenização, há a necessidade de apuração de algumas condições: atualidade, certeza e subsistência. O dano atual é aquele que efetivamente já ocorreu. O certo é aquele fundado em um fato certo, e não o calcado em hipóteses.

### **3.1 A Responsabilidade Objetiva do Estado e a (in)eficácia das reparações por danos provocados no Regime Militar**

O Estado possui dever de reparação quando os danos forem causados por atividades legítimas ou ações ilícitas, embora tenha sido diferente no passado, a condição era de total irresponsabilidade. Foi preciso percorrer um trajeto sinuoso até chegar a responsabilização objetiva do Estado, pois, a irresponsabilidade evoluiu chegando à teoria subjetiva de responsabilidade baseada na culpa, até chegar na teoria do risco administrativo.

O progresso mais relevante se deu juntamente com a consolidação do Estado Democrático, pautado pelos princípios da legalidade e da igualdade. A medida que o Estado passa a ter um papel de maior importância na estrutura da sociedade e passa a ocupar mais espaço nas vidas de seus tutelados, esses da mesma forma aumentam as possibilidades de cobranças de perdas e danos advindos de atos de inobservância que resultem em prejuízos, bem como podem exigir que o ente público cumpra suas obrigações.

Importante lembrar que a Constituição Federal de 1988 consagrou em seu texto no Art. 37, XXI, §6º o princípio de que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade,

causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Além do dispositivo constitucional supra mencionado, também nos remete ao mesmo raciocínio o Art. 43 do Código Civil de 2002, trazendo quase que literalmente o mesmo texto, que leva a conclusão de que o Estado é objetivamente responsável pelas lesões causadas sejam elas materiais ou morais, necessitando apenas da confirmação do dano e do nexo de causalidade.

No contexto que envolve as questões referentes aos atos atentatórios aos direitos humanos, a Lei 9.140 de 1995 é taxativa ao reconhecer a responsabilidade do Estado, reconhecendo como mortas para todos os efeitos as pessoas dadas como desaparecidas no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, também definiu no Art. 1, um *quantum* indenizatório para as vítimas atingidas direta e indiretamente por esses atos. Nossos tribunais dentre outros aspectos têm em suas decisões corroborado e destacado a imprescritibilidade das ações indenizatórias por danos morais e materiais, decorrentes dos crimes que lesaram a humanidade.

#### **4 As chances perdidas pelas vítimas do Regime Militar e a (im)possibilidade de reparação do Estado**

A teoria da perda de uma chance tem seu início no Direito Francês (*perte d'une chance*), lá se adotou a ideia de que este instituto seria capaz de atribuir responsabilidades. O primeiro caso julgado na França data de 17 de julho de 1889, onde a Corte de Cassação Francesa aceitou conferir indenização em uma ação pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito mediante o seu normal procedimento<sup>26</sup>.

As decisões da corte de cassação Francesa têm incentivado o desenvolvimento deste instituto em outros países, ademais este posicionamento pode ser usado em diferentes situações jurídicas sendo aceita pelas mais diversas vertentes da responsabilidade: por inadimplemento contratual, ato ilícito, responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Em nosso país a primeira vez que o judiciário apreciou esta matéria foi no julgamento do RE 788459/BA, no qual um participante de um programa de televisão de perguntas e

---

<sup>26</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 10.

respostas ao chegar a fase final do programa perdeu sua chance de ganhar o prêmio de 1 Milhão de Reais, pois as três respostas da última pergunta estavam incorretas.

Os tribunais criaram uma teoria baseada no resultado favorável que alguém alcançaria em razão do desenvolvimento normal de fatos, cujo processo de acontecimentos foi interrompido e a vantagem que se esperava não ocorreu. Com propriedade descreve Rafael Peteffi da Silva:

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estaticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza<sup>27</sup>.

Inicialmente a utilização da teoria se restringia a casos de responsabilidade civil envolvendo profissionais liberais, entretanto houve uma inclusão de outras áreas que envolvem responsabilidade civil, como Direito do Trabalho e Direito Administrativo.

Torna-se imperioso destacar que a objetivação da responsabilidade não ensejou a criação da teoria, mas teve e continua a ter suma importância em sua consolidação, afastando se da culpa e passando a dar mais importância aos prejuízos sofridos pela vítima, do que para quem era o responsável por tais acontecimentos. A teoria veio ampliar as possibilidades de reparação, afastando as obrigações apenas do particular e tornando-as solidárias conforme o caso, buscando a reparação integral da vítima.

A Constituição Federal de 1988 realçou o princípio da dignidade humana fazendo com que este fosse acoplado às bases da República fazendo com que todas as áreas do direito atendam a esse princípio, não ficando excluída logicamente a responsabilidade civil. Nesse contexto tem se que toda ofensa e à dignidade da pessoa humana passa a ser considerada um dano a partir daí uma imensidade de atmosferas se apresentaram contendo diversos interesses que precisam de tutela diante de sua violação dando origem a danos que não existiam no mundo jurídico e agora podem ser ressarcidos.

As circunstâncias que envolvem estes danos são algo que transcende a noção antiga da responsabilidade civil. E isto porque não ocorreram apenas atos de desaparecimento forçado, tortura, ou execução, conforme o tema desse estudo, inúmeras chances foram desperdiçadas, estas chances, que propagaram seus efeitos no futuro, ainda não são objetos de decisões nos nossos tribunais, eis então a razão pela qual se torna tanto necessário, quanto valioso lançar

---

<sup>27</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 13.

mão de uma teoria para rever, se ocupar em cuidar dos mínimos detalhes, de abarcar os demais efeitos danosos destes atos.

O questionamento que sequencia essa linha de raciocínio é quanto à forma de se medir a extensão destes danos e transformá-los em indenizações, já que a perda de uma chance não determina um resultado exato, ele está baseado em probabilidades em especial aos casos relacionados aos casos de atrocidades sofridos pelas vítimas dos regimes militares.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência se deparam com situações e casos que não têm poucos precedentes<sup>28</sup>, daí a complexidade e a dificuldade de se estabelecer um parâmetro adequado para a ausência de existência, o que se torna impossível de materializar. Ainda assim no direito encontramos certo amparo reportando-nos a responsabilidade civil e ao artigo 927 do Código Civil Brasileiro que descreve o conceito amplo de dano.

As questões referentes às sucessões daqueles que foram considerados desaparecidos ou mortos, as famílias foram desestruturadas, principalmente os filhos que deixaram de ter oportunidades, perderam anos, não tiveram condições de estudar, pois precisavam cuidar do sustento, amputaram suas chances de crescimento intelectual, perderam a oportunidade de desfrutar de melhores condições sociais e ainda o mais importante, tiveram interrompido o convívio com seus pais em virtude da ação do Estado.

Comentário de Rocha sobre a situação acima,

[...] não obstante desprovida de certeza acerca do nexo de causalidade da conduta do agente e do prejuízo final, denota um dano injusto, qual seja, o da chance perdida. Diante desta atual concepção do instituto da responsabilidade civil, cria-se a possibilidade do ressarcimento de danos outrora desconsiderados, tais como o da chance perdida<sup>29</sup>.

Os reflexos dos danos, das lesões causadas pelo Estado naquela época de perseguição, de tortura, de desaparecimentos e mortes atingem muito mais que o tempo presente, estas violações aos direitos humanos consequentemente provocaram danos no futuro, além de terem sido privados de viver junto ao seio da sociedade, deixaram de constituir uma família, de desenvolver atividades normais de qualquer homem.

O questionamento que surge após a análise desses fatos é que se torna muito difícil quantificar esses danos, criar parâmetros para indenizações. A análise do caso concreto tem se mostrado a maneira mais acertada para servir como parâmetros, há que se analisar a história, a

---

<sup>28</sup> REsp 788459; REsp 965758; REsp 1079185; REsp 1104665.

<sup>29</sup> ROCHA. Vivian de Almeida Sieben. A responsabilidade civil pela perda da chance no direito brasileiro. Direito e Justiça, Porto Alegre, v. 36, n. 1, p. 50, jan./jun. 2010.

vida pregressa, o entorno, enfim, tudo que envolveu e envolveria a vida da vítima, bem como as possibilidades de crescimento e expansão que envolvem o contexto.

Tratar de danos extrapatrimoniais exige o exame de outros aspectos, que não são os mesmos daqueles usados para medir o *quantum* que envolve um dano exclusivamente material. Não se tem ainda um conceito forte e consistente sobre indenização de danos extrapatrimoniais, contudo a doutrina vem se empenhando em suprir essa falta:

Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance no momento de sua perda tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade<sup>30</sup>.

Essa prestação pecuniária paga pelo estado não recupera o que foi perdido, tem o condão de reparar questões morais, e além disso a função de compensação levando em conta as probabilidades de resultados se as chances não tivessem sido perdidas.

As famílias que sofreram e sofrem com os abusos cometidos pelo estado, encontram nessa teoria uma maneira mais condizente de receberem uma reparação, que seja compatível com a amplitude e com o alcance dos danos sofridos.

As chances perdidas possuem um valor que os danos material e moral, por responsabilização do estado, não puderam abarcar. Assim, faz-se necessário a reparação por meio da teoria da perda de uma chance remetendo ao Estado um amparo devido as vítimas de seus regimes cruéis, à medida que a verdade vem sendo publicizada, novas histórias vêm a tona, nascem novas vítimas e é nessa teoria que pode-se encontrar fundamento para a reparação integral dos danos.

## **6 Considerações Finais**

Observou-se nessa pesquisa que o Estado tem o dever de investigar, punir e reparar as vítimas do regime militar, conforme instrumentos internacionais, destacando-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essas vítimas têm o direito de fazer valer seus direitos, responsabilizando o Estado sobre esses seus atos.

Nesse sentido, a investigação desses fatos é fundamental para constituição da verdade histórica; a punição é fundamental para garantir a proteção dos direitos humanos; e a

---

<sup>30</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por Perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 63.

reparação para assegurar às vítimas indenização justa e adequada pelos danos envolvidos, bem como uma completa reabilitação.

Ocorre que, conforme analisado, a teoria da responsabilidade civil do Estado não dá conta de compensar os danos causados pelo regime, pois esta não abarca as chances perdidas pelas vítimas, ou seja, inúmeras chances foram desperdiçadas, as quais propagaram seus efeitos no futuro. Os reflexos dos danos, das lesões causadas pelo Estado naquela época de perseguição, de tortura, de desaparecimentos e mortes atingem muito mais que o tempo presente, esta violações aos direitos humanos consequentemente provocaram danos no futuro. Essas chances perdidas possuem um valor que os danos material e moral, por responsabilização do estado, não puderam abarcar.

Por fim, avaliou-se então que a teoria da perda da chance pode ampliar as possibilidades de reparação por parte do Estado, buscando uma reparação integral da vítima. A teoria da perda da chance não afasta a responsabilidade civil objetiva do Estado, ela passa a dar mais importância aos prejuízos futuros das vítimas e seus familiares do que para quem era o responsável por tais acontecimentos. Essa teoria condiz com a ampliação das possibilidades de reparação para trazer às vítimas e seus familiares uma maneira mais condizente de receberem uma reparação, que seja compatível com a amplitude e com o alcance dos danos sofridos.

## **7 Referências**

AMARAL, Francisco. *Direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ARAÚJO, Maria Paula. Marcas da Memória: história oral da anistia no Brasil. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. N. 6. Jul-dez.2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Ações Educativas da Comissão de Anistia. Relatório de Gestão 2007-2010. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/anistia/main.asp?View={72590C4A-B0ED-4605-A9D8-5247054336A6}>

BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório Anual da Comissão da Anistia. Brasília. Ano 2007. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/anistia/main.asp?View={72590C4A-B0ED-4605-A9D8-5247054336A6}>.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. LEGISLAÇÃO. Lei 6.683 de agosto de 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivII\\_03/Leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivII_03/Leis/L6683.htm).

BRASIL. PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. CENTRO DE ESTUDOS. BIBLIOTECA VIRTUAL. Artigo 1º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degradant.htm>.

BRASIL. SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à Verdade e à Memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2007.

CHILE. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. 1996.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06) EL DERECHOS A LA VERDAD. Disponível em: [http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/cap2a.2006.sp.htm#\\_ftnref2](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/cap2a.2006.sp.htm#_ftnref2).

CONADEP. COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS. *Nunca Más*. 6 ed. Buenos Aires: Eudeba, 2003.

FIGUEIREDO, Lucas. *Olho por Olho: os livros secretos da ditadura*. Rio de Janeiro: Record, 2009.

FRÜHLING, Michael. *Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación*. In <http://www.iidh.ed.cr/bibliotecadigital>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GUAZZALLI, Cesar B. *História Contemporânea da América Latina: 1960-1990*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, 1993.

LEAL, Rogério G. *Verdade, Memória e Justiça: responsabilidades compartilhadas: morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: de quem é a responsabilidade?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

NÜRNBERGER, Esteban Cuya. Las comisiones de la verdad en América Latina. In <http://www.iidh.ed.cr/bibliotecadigital>.

PAULO, Abrão. Caravanas da Anistia: um mecanismo privilegiado da Justiça de Transição no Brasil. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição. Ministério da Justiça*. Nº 2. Jul-Dez.2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Reio de Janeiro: Forense, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. In: SOARES, I.V.P, KISHI, S.A.S.(Org.) *Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado Democráticos de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

*Revista de Historia Social y Literatura de America Latina*. Vol. 8, nº 3, 2011, 140 – 162. Disponível em: <[www.ncsu.edu/project/acontracorriente](http://www.ncsu.edu/project/acontracorriente)>.

ROCHA, Vivian de Almeida Sieben. *A responsabilidade civil pela perda da chance no direito brasileiro*. *Direito e Justiça*. Porto Alegre, v. 36, n. 1, p. 50, jan./jun. 2010.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SYLVAS, Graciela Aletta. Memória para armar. In: *Revista de História Social y Literatura de America Latina*. Vol. 8, nº 3, 2011, 140 – 162. Disponível em: <[www.ncsu.edu/project/acontracorriente](http://www.ncsu.edu/project/acontracorriente)>. Acesso em 24 out. 2012.

TAVARES, A. R., WALBER, A.M. Justiça Reparadora no Brasil. In: SOARES, I.V.P, KISHI, S.A.S.(Org.) *Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado Democráticos de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TEITEL, Ruti G. *Genealogía de la Justicia Transicional*. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/bibliotecadigital>>.

TOIT, Andre Du. *Los Fundamentos Morales de las Comisiones de Verdad La Verdad como Reconocimiento y la Justicia como Recognition*. Disponível em: <http://www.iidh.ed.cr/bibliotecadigital>. Acesso em: 24 out. 2012.

WASSERMANN, Claudia. O império da Segurança Nacional: o golpe militar de 1964 no Brasil. In: WASSERMANN, Claudia; GUAZZELLI, C.A.B. (Org.) *Ditaduras Militares na América Latina*. Porto Alegre: UFRGS, 2004.