

A função comunicativa da responsabilidade civil: evidências a partir de um caso de impunidade*

Flavia Portella Püschel

Resumo:

A partir do caso de uma ação declaratória de responsabilidade civil proposta por vítimas da última ditadura brasileira, este texto discutirá a função comunicativa da responsabilidade civil. A tese defendida é de que ainda que nenhuma das funções tradicionalmente atribuídas à responsabilidade civil – reparação da vítima, prevenção, punição do autor do ilícito, distribuição de riscos e danos – possa ser atingida por meio dessa ação, ela é admissível e exerce uma função social importante. O artigo demonstra que uma sentença judicial declarando que o réu praticou os atos de que é acusado constitui ato performativo, o qual comunica aos autores, ao réu e à sociedade que aqueles fatos ocorreram, eram ilícitos e que, conforme o direito brasileiro, o réu é considerado seu autor. Desse modo, conta-se a história das agressões sofridas não como um acaso, como golpe do destino, como consequência de atos das próprias vítimas ou como decorrência de processos sociais supra-individuais, mas como atos de autoria do réu, individualmente.

Desse modo ficará demonstrado que a imputação de responsabilidade pode por si mesma ser um elemento relevante no processo de dar conta do passado autoritário do país, constituindo ao mesmo tempo um elemento da busca pela verdade (afinal, a verdade sobre as torturas, mortes e desaparecimentos inclui informações sobre os indivíduos que praticaram a violência, e não apenas sobre quem a sofreu) e um elemento da busca por justiça. Este é um dado importante a ser considerado tanto no julgamento de outras ações declaratórias de responsabilidade civil, quanto na regulamentação da recém-criada Comissão Nacional da Verdade, cuja lei instituidora prevê, em seu art. 3º., II que faz parte dos objetivos da Comissão “promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua *autoria*” (grifo nosso).

Palavras-chave: justiça de transição / ditadura militar brasileira / responsabilidade civil

* Versões preliminares deste texto foram apresentadas no “2008 Joint Meeting of the Law and Society Association and the Canadian Law and Society Association”, em 01/06/2008 e no Congresso Brasil-Alemanha “Responsabilidade e Pena no Estado Democrático de Direito”, em 07/10/2009. A autora agradece às críticas e comentários recebidos por ocasião dessas apresentações, bem como pela leitura atenta e sugestões apresentadas pelos membros do Núcleo Direito e Democracia do Cebrap. Agradecimento especial é devido a José Rodrigo Rodriguez e Marta Rodriguez de Assis Machado, interlocutores constantes. Naturalmente, este trabalho reflete apenas a posição da própria autora, que assume total responsabilidade pelos vícios que eventualmente permaneçam.

The Communicative Function of Civil Liability: Evidence from a Case of Impunity

Summary:

Based on the discussion of a civil liability law suit in which victims of the last Brazilian dictatorship ask only that the court declare that the defendant has wronged them, this paper will discuss the communicative function of civil liability. It will show that, although none of the functions traditionally ascribed to civil liability – compensation of losses suffered by the victim, deterrence, punishment of the wrongdoer, risk distribution – can be attained through this kind of lawsuit, it is admissible and has an important social function. The paper shows that a sentence declaring that the defendant did what he is accused of is a performative action, which communicates to the plaintiffs, to the defendant and to society that a wrongdoing actually happened and that according to Brazilian law the defendant is considered its author. This way, the story of the aggressions suffered by the victims is told not as the result of chance, as a cruel twist of fate, as a consequence of the victims' own doing or of collective social processes, but as a consequence of the actions of the defendant, as an individual.

The attribution of responsibility can itself play a relevant part in the process of dealing with the country's authoritarian past, for it is at the same time an element of the search for truth (since the truth about torture, killings and kidnappings include information about the individuals who perpetrated these violent acts, and not only about those who suffered them) and an element of justice. This is an important aspect to be considered in the works of the recently created National Truth Commission in Brazil. The statute that created the National Truth Commission determines, in its art. 3, II, that it is part of the goals of the Commission "to promote the clarification of the circumstances of cases of torture, death, kidnappings, and concealment of dead bodies and their *authorship*".

Key words: transitional justice / Brazilian military dictatorship / civil liability

I- Introdução

Durante o período da ditadura militar no Brasil, opositores do governo estiveram sujeitos a diversos tipos de sanções jurídicas como a suspensão de direitos políticos, a perda de mandato político, a expulsão de escolas públicas, o exílio e a prisão. Além disso, embora a pena de morte nunca tenha sido aplicada de modo oficial, muitos opositores foram torturados e mortos por agentes do Estado. Até hoje, grande número de opositores continuam desaparecidos, sem que tenha sido possível localizar seus corpos.

Em 1979, no âmbito de um processo de redemocratização conduzido pelo próprio regime militar, foi promulgada uma lei de anistia por meio da qual extinguiu-se a possibilidade de

sanção por crimes políticos ou com motivação política praticados até aquela data, tanto pelos opositores do regime, quanto pelos agentes do próprio Estado¹.

A Lei de Anistia, tendo sido elaborada ainda no âmbito do regime autoritário, foi estabelecida nos termos desejados pelos militares e seu objetivo foi principalmente o restabelecimento das relações entre o governo e a oposição, de modo a permitir o processo de abertura política. Não fazia parte dos objetivos do governo o estabelecimento da verdade acerca dos abusos praticados ou a punição dos agentes estatais que haviam violado direitos humanos².

Duas outras leis, a chamada Lei dos Desaparecidos (Lei nº. 9140, de 1995) e a Lei nº. 10559, de 2002, criaram um sistema de reparação das vítimas da ditadura militar, determinando o pagamento de indenização por parte do Estado, além de outras medidas, como o reconhecimento da morte das pessoas desaparecidas durante a ditadura.

Para o pagamento dessas indenizações foi instituída a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), formada por representantes do governo, das Forças Armadas, do Ministério Público Federal, familiares de mortos e desaparecidos e da Câmara de Deputados.

Com isso, pode-se dizer que foi estabelecida uma responsabilidade do Estado pelos atos de violência praticados por seus agentes, mas preservou-se a idéia de irresponsabilidade individual dos próprios agentes estatais.

De modo que, em suma, o processo de anistia iniciado em 1979, embora tenha evoluído do limitado objetivo inicial de permitir o diálogo com a oposição e a transição para a democracia para o reconhecimento de responsabilidade estatal e a reparação das vítimas, não incluiu um esforço para identificar³ e/ou punir os indivíduos que perpetraram as violações de direitos humanos que caracterizaram o regime autoritário. De maneira geral, pode-se dizer que a tônica do processo de anistia brasileiro continuou sendo a conciliação.

É preciso notar que, excluindo-se alguns grupos bastante ativos, especialmente de vítimas e parentes de vítimas da ditadura, não se pode dizer que – pelo menos até o momento - tenha

¹ A questão polêmica acerca da aplicabilidade da Lei de Anistia aos agentes estatais que praticaram tortura foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com o julgamento da ADPF nº. 153 de 29/04/2010, no sentido da impossibilidade de responsabilização criminal de tais agentes. Se o julgamento excluiu também a possibilidade de responsabilidade civil permanece, no entanto, em aberto.

² Cf. Glenda Mezarobba. 25 anos de anistia: um processo inconcluso. In: *Novos Estudos*, 70 (2004), p. 22.

³ O trabalho de reconstrução da verdade realizado pela CEMDP, por meio da publicação do livro “Direito à Memória e à Verdade”, de 2007, por exemplo, não incluiu a individualização dos autores das violações de direitos humanos ali registradas. Pode-se dizer que o esforço feito pela Comissão em busca da verdade resultou em uma história contada na voz passiva: o livro traz informações apenas sobre quem foi sequestrado, torturado ou morto, mas não esclarece quem os sequestrou, torturou ou matou.

havido na sociedade brasileira em geral um movimento de revisão dos termos da interpretação original da anistia política, confirmada recentemente pelo STF⁴, no sentido de que esta favorece também os agentes estatais.

Foi diante desse pano de fundo que em 2005⁵, cinco membros de uma mesma família propuseram na Justiça uma ação muito intrigante do ponto de vista jurídico⁶.

Conforme as alegações dos autores, em dezembro de 1972 agentes estatais sob o comando do réu – então major do exército - prenderam dois dos autores, marido e mulher, juntamente com um amigo destes. Todos foram levados a um prédio do exército na cidade de São Paulo, onde foram submetidos a sessões contínuas de tortura. No dia seguinte, policiais prenderam os demais autores: a irmã da mulher – que estava grávida - e os dois filhos do casal, que à época tinham cinco e quatro anos de idade. Levados ao mesmo local que os demais, a autora grávida foi também torturada. As crianças, mantidas confinadas no prédio do exército, foram usadas como meio para torturar psicologicamente os pais, além de terem sido obrigadas a ver os pais feridos em decorrência da tortura. Os adultos permaneceram presos por períodos que variaram de quatro meses a cinco anos⁷.

Como qualquer ação, mesmo civil, que pedisse a condenação do réu correria grande risco de ser extinta sem julgamento de mérito⁸, devido à polêmica sobre a interpretação da Lei de Anistia, os autores propuseram uma “ação declaratória de responsabilidade civil”, por meio da

⁴ Cf. Glenda Mezarobba, *op. cit.*, p. 22 e 26. Mais recentemente, a questão passou a ocupar algum espaço na imprensa, tendo havido também iniciativas voltadas a rever os limites da interpretação tradicional da Lei de Anistia, como a citada ADPF n. 153 e uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra dois antigos agentes do regime. Além disso, no que se refere à busca da verdade, em 2007 a Secretaria Nacional de Direitos Humanos publicou o já mencionado livro “Direito à memória e à verdade”. Houve também a abertura de alguns arquivos do período ditatorial, inclusive a localização de certos arquivos que se julgavam perdidos, bem como a promulgação da Lei n.º. 12528/2011, a qual criou uma Comissão Nacional da Verdade, “com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos” praticadas no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição de 1988 “a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional” (art. 1.º. da Lei n.º. 12528/2011).

⁵ Lembre-se que na época da propositura da ação, não havia ainda o julgamento da ADPF n. 153 pelo STF. A interpretação de que a Lei de Anistia aplicava-se aos torturadores prevalecia, mas era disputada.

⁶ Proc. 583002005202853-5/SP.

⁷ Em sua defesa, o réu alega que é parte ilegítima, pois atuava como agente do exército brasileiro, podendo a responsabilidade, caso exista, ser atribuída apenas ao exército, que não há interesse processual, devido à anistia, e que a ação declaratória não pode ser usada para os fins pretendidos pelos autores. No mérito, alega que os três autores adultos à época dos acontecimentos eram procurados pelos órgãos de segurança nacional do Estado, de modo que ao prendê-los apenas cumpria as leis vigentes na época. Alega que as crianças foram levadas juntamente com a tia para que não ficassem sozinhas. Quanto às alegações de tortura, o réu nega que tais eventos tenham ocorrido sob seu comando e afirma nunca ter participado de sessões de tortura.

⁸ Recentemente, parentes de um jornalista morto em 1971 propuseram ação semelhante contra o mesmo major (hoje coronel reformado). Cf. *Folha de São Paulo*, 13/04/2008, p. A10. Neste caso, o TJSP, acolhendo por maioria o recurso de agravo de instrumento proposto pelo réu, determinou a extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir (Agr. Instr. 568.587.4/5-00). Segundo o voto do Relator, as autoras pretendiam a declaração de existência de *fato* e não de relação jurídica, o que não é admissível, segundo o art. 4.º. do CPC. Sobre esta tese, ver nota 9, abaixo.

qual não pedem nenhuma indenização, mas apenas que o Poder Judiciário brasileiro *declare* que o réu os torturou⁹.

Em primeira instância, a ação foi julgada procedente em relação aos pais e à tia e improcedente em relação aos filhos (por falta de provas)¹⁰.

Recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a decisão de primeira instância¹¹. Mas, independentemente do resultado final do processo, a simples propositura desta ação é suficiente para provocar a curiosidade do jurista. Que sentido pode ter uma sentença declaratória de responsabilidade civil, especialmente diante do risco de que jamais se admita a *condenação* dos agentes do Estado que violaram direitos humanos durante a ditadura a *reparar* os danos causados às suas vítimas?

Aparentemente, nenhuma das funções tradicionalmente atribuídas à responsabilidade civil – reparação da vítima, prevenção, punição do autor do ilícito, distribuição de riscos e danos – pode ser atingida por meio dessa ação. Então, que função pode ter uma ação desse tipo, tanto para seus autores e para o réu, quanto para a sociedade?

Defenderei que – ainda que se pressuponha a interpretação tradicional da Lei de Anistia em sua versão mais favorável aos agentes do Estado – a declaração de responsabilidade civil é admissível e exerce uma função social importante.

Procurarei demonstrar que o caso da ação declaratória de responsabilidade civil por tortura coloca em evidência uma função social presente - embora obscurecida - em todos os casos de responsabilidade civil e comum a todas as formas de responsabilidade jurídica (não apenas civil, portanto). Para isso, analisarei as funções e justificativas tradicionalmente invocadas para a imputação de responsabilidade civil. Este exercício demonstrará que estão todas associadas diretamente e de modo essencial apenas com a *sanção* atribuída ao responsável pela prática de um ato ilícito (II). Em seguida, identificarei outra função para a responsabilidade civil, independente da aplicação de qualquer tipo de sanção, com base na

⁹ A rigor, como o direito brasileiro não admite ação declaratória de mero fato, a não ser no caso excepcional de autenticidade ou falsidade de documento (CPC, art. 4º.), o que os autores da ação pedem é que seja declarada a existência de relação jurídica de responsabilidade civil. Como tal relação consiste no efeito da prática de um ato ilícito, o deferimento do pedido implica necessariamente uma afirmação de que o réu praticou um ato ilícito, no caso, que causou danos aos autores por meio de tortura.

¹⁰ O juiz de primeira instância, na fundamentação da sentença, interpreta a Lei de Anistia como tendo atingido apenas a responsabilidade criminal e não a responsabilidade civil. Não é demais registrar, no entanto, que o deferimento do pedido declaratório não depende desta interpretação e seria admissível mesmo diante da interpretação mais abrangente da anistia concedida pela lei e ainda que se considere que, de todo modo, qualquer pretensão a indenização contra o réu estaria prescrita. Basta que se considere que a anistia impede apenas a imposição da *sanção* jurídica e que a prescrição atinge tão somente a *pretensão* a indenização, e não o direito subjetivo correspondente, comprometendo apenas a possibilidade de exigir o seu cumprimento, mas não a existência da relação jurídica de responsabilidade civil em si mesma.

¹¹ TJSP - Apelação nº 0347718-08.2009.8.26.0000 – Rel. Rui Cascaldi – julgado em 14/08/2012.

teoria da responsabilidade de Klaus Günther, e demonstrarei que esta é a função característica da responsabilidade, a qual distingue a responsabilidade civil de outros institutos jurídicos que realizam aquelas mesmas funções que lhe são tradicionalmente atribuídas. Tal função, a função comunicativa de autoria, é que permite enxergar o sentido e a importância da ação declaratória de responsabilidade civil analisada (III).

II- As funções tradicionalmente atribuídas à responsabilidade civil e sua relação com à sanção

Do ponto de vista de políticas públicas, as decisões sobre atribuição de responsabilidade civil a uma ou outra pessoa, estabelecendo-se responsabilidade com culpa ou sem culpa, assim como a própria utilização da responsabilidade em cada tipo de situação – diante da possibilidade de regulação por meio de outros instrumentos – justificam-se com base em certos objetivos sociais que se busca atingir e para os quais se considera que a responsabilidade civil seja um meio mais ou menos adequado.

Tais objetivos sociais são o que chamarei aqui de funções da responsabilidade civil, as quais são, tradicionalmente: (i) a reparação de um prejuízo; (ii) a prevenção da ocorrência de prejuízos; (iii) a punição do autor de um ilícito (função normalmente associada à função de prevenção, como se verá abaixo); (iv) a distribuição de riscos e prejuízos.

Não pretendo dizer que são essas as únicas funções possíveis para a responsabilidade civil (ao contrário, este artigo pretende justamente mostrar que existe pelo menos mais uma), mas são certamente aquelas consideradas centrais e mais discutidas na literatura.

Algumas delas podem ser tão centrais a ponto de servirem para definir a responsabilidade civil. No Brasil, a responsabilidade civil é normalmente definida como o dever de reparar um dano causado ilicitamente¹², o que não apenas dá um caráter central à função de reparação da vítima, como a converte na própria essência da idéia de responsabilidade, com todas as conseqüências daí derivadas, especialmente a fixação de uma certa visão de política pública sobre a regulação de danos.

Trata-se, além disso, de funções polêmicas e muito discutidas na literatura especializada. Não é objetivo deste texto esgotar as possibilidades de discussão dessas

¹² Segundo Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 2), por exemplo, em sentido jurídico, o vocábulo responsabilidade “designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico”.

questões, nem tampouco traçar um quadro completo do estado atual desse debate. Pelo contrário, o texto trará apenas *exemplos* de argumentos específicos.

Tampouco é objetivo deste trabalho discutir os valores por trás dos vários argumentos. Não se discutirá, por exemplo, se a distribuição de riscos e prejuízos é um valor em si mesmo ou apenas um meio para atingir outro valor, como uma certa alocação de recursos, ou se a alocação de recursos de modo a que o preço de um bem reflita seu custo de produção é uma meta a ser perseguida ou não.

O objetivo deste parágrafo é apenas traçar as linhas gerais dos argumentos geralmente propostos, para verificar se uma ação declaratória de responsabilidade civil faria algum sentido nos termos dessa discussão e por quê.

Naturalmente, a separação das funções como apresentada abaixo não significa que elas não se relacionem, que não haja influências de umas sobre as outras, nem que sejam sempre conciliáveis.

i) *Função de reparação*

Uma das funções atribuídas à responsabilidade civil é a reparação de danos, isto é, a função de transferir o ônus de arcar com um prejuízo dos ombros de quem o sofreu para os ombros de outrem.

A discussão com relação a esta função da responsabilidade civil refere-se às circunstâncias em que tal transferência deve ser feita e inclui argumentos de justiça e argumentos econômicos. Às vezes a reparação da vítima aparece como um objetivo em si mesmo e às vezes como um meio para atingir outro objetivo.

Assim, por exemplo, do ponto de vista de uma certa concepção de justiça, devemos ser considerados responsáveis por todos os prejuízos que causamos por nossa culpa.¹³ Nesse caso, a reparação da vítima é um objetivo em si mesmo, uma exigência de justiça nos casos em que o causador do dano agiu com culpa.

Do ponto de vista econômico, um exemplo de argumento para a transferência do ônus de reparar da vítima para outra pessoa é o fato de que a atribuição deste ônus à vítima resultaria em uma distorção do custo do exercício de atividades, uma vez que tais custos não

¹³ Sobre a relação entre a noção de responsabilidade civil e a idéia moral de culpa no desenvolvimento histórico dos direitos europeus de tradição continental, cf. Michel Villey. *Esquisse historique sur le mot "responsable"*. In: *Archives de Philosophie du Droit*, t. 22, 1977.

seriam assumidos pelas pessoas que as exercem. Nesse caso, a reparação da vítima é um meio para alcançar um objetivo de alocação de recursos¹⁴.

Em todo caso, e é isso que propriamente interessa demonstrar, para que a atribuição de responsabilidade civil atinja de fato o objetivo de reparar a vítima, é preciso que alguém *pague*, não sendo suficiente para tanto que o causador do dano seja *declarado* responsável. Se a responsabilidade civil deve servir como meio de reparação, o responsável deve ser obrigado a pagar pelos danos.

Isso mostra que o objetivo de reparação depende essencialmente da sanção que se aplique ao responsável. A associação da responsabilidade civil ao seguro, como forma de diminuir o risco de insolvência do responsável, bem como a existência de sistemas de reparação de danos acidentais que prescindem totalmente da idéia de responsabilidade (como o existente na Nova Zelândia¹⁵) mostram, por outro lado, que a função de reparação de danos não é exclusividade da responsabilidade civil, mas também pode ser buscada – muitas vezes com maior segurança para a vítima e maior eficiência – por meio de outros mecanismos jurídicos.

ii) *Função de prevenção da ocorrência de prejuízos*

A responsabilidade civil também é comumente encarada como um mecanismo para evitar a ocorrência de danos. Nesse caso a idéia é que, atribuindo-se a responsabilidade por danos a quem os causa, cria-se um incentivo para que as pessoas desenvolvam meios mais seguros de praticar certas atividades ou abandonem a sua prática, em favor de atividades que gerem menos prejuízos¹⁶.

Mais uma vez, o objetivo depende de que o responsável *pague*, ou seja, o efeito preventivo da responsabilidade é esperado em função do fato de o responsável ser forçado a arcar com os custos de sua atividade, sem o que a idéia do incentivo não se realiza.

iii) *Função de punição do autor de um ilícito*

¹⁴ Cf. R. Cooter e T. Ullen. *Law & Economics*, 4ª ed., Boston: Pearson Addison Wesley, 2004, p. 310.

¹⁵ Cf. J. Manning. Reflections on Exemplary Damages and Personal Injury Liability in New Zealand. *NZ Law Review*, 2002, p. 143-184.

¹⁶ Conforme Guido Calabresi (*The Costs of Accidents*, New Haven, Yale University Press, 1970, p. 27), "...a idéia de que a compensação das vítimas é uma das principais funções da regulação de danos acidentais (*accident law*) é na verdade um modo bastante enganador, embora às vezes útil, de formular este objetivo 'secundário' da redução de custos de acidentes", isto é, o objetivo de "...reduzir os custos sociais resultantes de acidentes" (tradução nossa).

A função de punição do autor de um ilícito praticamente não se considera uma função em si mesma, mas um modo de atingir a prevenção de prejuízos. De todo modo, no entanto, trata-se de uma maneira peculiar de prevenção, pois se baseia na idéia de que infligir um sofrimento ao autor de um dano é capaz de evitar a ocorrência de danos no futuro.

Essa função da responsabilidade civil recebe destaque nos sistemas que aceitam a responsabilidade civil punitiva, isto é, em sistemas que aceitam que o valor a ser pago pelo responsável possa ser calculado não em relação estrita ao dano causado, mas com vistas a um valor alto o suficiente para representar um desestímulo à prática do ilícito¹⁷.

Se a idéia de punição está ligada ao sofrimento, no caso da responsabilidade civil este consistiria na perda de patrimônio, de modo que também a função punitiva da responsabilidade civil depende da imposição da sanção.

iv) *Função de distribuição de riscos e prejuízos*

A função de distribuição de riscos e prejuízos, por vezes, é defendida com um argumento de justiça. Nesse caso, diz-se genericamente que distribuir o ônus de um prejuízo entre um grande número de pessoas diminui o fardo individual, sendo, por essa razão, mais justo do que deixar que a vítima arque sozinha com a totalidade do dano.

Do ponto de vista dos argumentos econômicos, diz-se, por exemplo, que tirar uma grande soma de dinheiro de uma pessoa tem maior probabilidade de resultar em deslocamento econômico e, assim, em perdas secundárias¹⁸.

Também neste caso é evidente que a realização da função social em questão depende necessariamente da atribuição ao responsável do dever de *pagar* pelos prejuízos, ou seja, depende, como todas as demais funções apontadas, da sanção que se lhe impõe.

Da breve análise acima, podemos tirar uma conclusão importante para a discussão a que nos propusemos: as ditas funções da responsabilidade civil são indissociáveis da *sanção* que se aplica ao responsável, sendo, portanto, funções dessa sanção.

¹⁷ Sobre a responsabilidade civil punitiva no direito brasileiro, v. Flavia Portella Püschel. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. In: *Revista Direito GV*, 3, 2007, p. 17-23 e Flavia Portella Püschel (coord.). A quantificação do dano moral no brasil: justiça, segurança e eficiência. In: *Série Pensando o Direito*, 37, 2011, p. 9-52.

¹⁸ Guido Calabresi. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. In: *The Yale L. J.*, 70, 1961, p. 517.

Todas elas, aliás, podem ser perseguidas por outros meios jurídicos – como seguros, previdência, sanção penal ou administrativa¹⁹, etc. - não sendo, portanto, exclusivas da responsabilidade civil.

Diante disso, pode-se afirmar que nenhuma das funções tradicionais analisadas é propriamente uma função da imputação de responsabilidade em si mesma, a qual pode ser substituída – para tais fins - por outros instrumentos.

III- A função comunicativa da responsabilidade civil

Se as funções sociais da responsabilidade civil estão de fato ligadas especificamente à *sanção* jurídica aplicada ao responsável, não há sentido em atribuir responsabilidade a alguém quando não é possível aplicar-lhe nenhuma sanção, como no caso da ação declaratória descrita acima, e resta o problema de explicá-la. Desse ponto de vista, teria sido um erro do juiz aceitar tal ação para julgamento, sendo a mobilização do Poder Judiciário para esse fim nada mais do que um grande desperdício.

No entanto, como procurarei demonstrar a seguir, as funções sociais da sanção aplicada ao responsável não se confundem com a função social própria da imputação de responsabilidade. Para isso, vou me basear na teoria da responsabilidade elaborada por Klaus Günther²⁰, a qual demonstra que a imputação de responsabilidade constitui uma prática social com sentido próprio quando as regras de imputação têm legitimidade democrática.

Partindo da observação das situações em que se fala de responsabilidade – não apenas no âmbito do direito – Günther conclui que em todas elas é possível observar duas características constantes: uma certa estrutura formal e uma função social que dela decorre.

As situações de responsabilidade envolvem sempre a atribuição de certas ações ou omissões e suas conseqüências a uma pessoa para que esta preste conta do ocorrido perante

¹⁹ Note-se que quando se diz que a responsabilidade civil pode ser substituída pela responsabilidade penal ou administrativa na persecução dos objetivos de prevenção e punição (e mesmo de reparação da vítima, nos casos em que tal seja a sanção penal aplicada, como no art. 297 do Código de Trânsito - Lei n.º 9.503/97), trata-se da substituição de uma sanção por outra: também no caso das responsabilidades penal e administrativa, o efeito preventivo e punitivo depende especificamente da aplicação das respectivas *sanções*, sendo, portanto, também nestes casos funções das sanções.

²⁰ Sobre o que se vai dizer acerca da teoria da responsabilidade de Klaus Günther, cf., deste autor: Verantwortung in der Zivilgesellschaft. In: S. Müller-Doohm (org.). *Das Interesse der Vernunft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000, p. 465-485. Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson. In: H. Brunkhorst and P. Niesen (org.). *Das Recht der Republik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999, p. 83-104. Todos esses artigos tem tradução para o português publicada em: Flavia Portella Püschel e Marta Rodriguez de Assis Machado (orgs.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito – Textos de Klaus Günther*, São Paulo: Saraiva, 2009.

outras pessoas. Nisso consiste sua estrutura formal. As regras que determinam essa atribuição variam conforme o caso - são diferentes para a responsabilidade por crimes e por ilícitos civis, por exemplo – mas a estrutura formal de base é constante.

Da estrutura formal decorre, por sua vez, a função social da responsabilidade: por meio dessa prática social escolhe-se, dentre o novelo obscuro e confuso de relações de causalidade e probabilidade que envolve os acontecimentos, aquelas que serão relevantes para explicar o ocorrido. Por meio da responsabilidade, estrutura-se o fluxo infinito dos acontecimentos, interrompendo a busca por relações de causalidade em um ponto específico: uma pessoa agente, a quem o acontecimento em questão será atribuído como sendo de sua autoria.

O significado da atribuição de responsabilidade a uma pessoa fica claro quando lembramos que ela se dá sob o pano de fundo de explicações alternativas: um acontecimento pode ser atribuído às circunstâncias, à sociedade, à natureza, ao destino, etc.

Em suma, a responsabilidade, nos vários contextos em que aparece, estrutura a comunicação social sobre problemas, conflitos, riscos, etc., de modo que estes sejam atribuídos a pessoas e não – como também seria possível – a processos supra-individuais.

As regras de imputação de responsabilidade variam conforme o contexto e seu conteúdo é definido politicamente. Ao decidir politicamente sobre as regras de responsabilidade a que estarão sujeitos, os cidadãos assumem o que Günther denomina de “responsabilidade pela responsabilização”, um processo que ele explica com referência à teoria da democracia deliberativa de Jürgen Habermas.

A idéia de responsabilidade, aponta Günther, encontra-se já inserida nas próprias relações comunicativas elementares, pois dentre as disposições e aptidões pressupostas pela teoria do discurso estão a capacidade e a disposição de prestar contas de seus próprios proferimentos lingüísticos.

Um falante, ao levantar uma pretensão de validade precisa estar disposto a deixar-se vincular à pretensão levantada, defendendo-a com razões convincentes. Se o falante não assume responsabilidade pelo próprio proferimento, não faz sentido para o ouvinte reagir à pretensão de validade levantada criticando-a e respondendo a ela com contra-razões.

O ouvinte precisa supor que o falante esteja em condições de se comportar de maneira crítica em relação não apenas aos proferimentos alheios, mas também às próprias pretensões de validade que levanta. Nas palavras de Günther, "essa capacidade de autocrítica e autocorreção é a base da capacidade de responder pelos próprios proferimentos perante

outrem, de tornar-se o autor responsável de um proferimento relevante do ponto de vista da validade. Em suma: essa capacidade é a base da imputabilidade do falante"²¹.

Esse pressuposto da imputabilidade do falante migra para a prática legislativa democrática estruturada juridicamente com base em um procedimento de caráter discursivo: o conceito de cidadão pressupõe igualmente a capacidade e a disposição para a autocrítica e para a autocorreção. Sendo assim, o cidadão que se responsabiliza pela determinação das regras de imputação é, necessariamente, uma *pessoa deliberativa*.

O procedimento legislativo democrático exige que a norma jurídica seja resultado de procedimentos decisórios públicos, fundados em razões, dos quais todos os cidadãos têm o direito de participar. Disso decorre (e depende) o caráter vinculante do direito. Em suma, a legitimidade das regras de imputação deriva do fato de serem decididas pelos próprios cidadãos e de que tal decisão é racional, ou seja, ocorre no âmbito de uma competição pública pelas melhores razões, da qual todos podem tomar parte.

Em outras palavras, em uma democracia, os cidadãos assumem dois papéis diferentes no que se refere ao direito: são autores das normas e também seus destinatários. Quando são autores das normas, estão na posição própria de *cidadãos*. Quando na situação de destinatários do direito vinculados pelas normas estão no papel de *peçoas de direito*. Segundo Günther, é essa troca de papéis que determina a força vinculante da norma jurídica e localiza a possibilidade de dissenso ao momento do debate político. O que ambos os papéis têm em comum é a imputabilidade no sentido da teoria do discurso.

Uma outra característica importante do procedimento democrático de criação de normas jurídicas é que, ao contrário dos discursos, eles são organizados para permitir que se chegue, num espaço de tempo limitado, a uma decisão majoritária. Os cidadãos têm um direito e não um dever de participar do debate público, de modo que normas jurídicas podem passar a valer e vincular as pessoas mesmo que nem todas tenham, de fato, feito uso de sua capacidade deliberativa e mesmo que não se tenha chegado a um acordo unânime.

O que funda o dever de respeitar a norma jurídica, então, não é o fato de ter realmente participado do debate público, mas apenas o direito e a possibilidade igual de participação. Nas palavras de Günther, "são a *capacidade* de posicionamento crítico, atribuída à pessoa deliberativa, e o *direito* subjetivo igual ao exercício eficaz dessa capacidade em

²¹ Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito. In *Revista Direito GV*, 3 (2006), p. 224.

procedimentos democráticos institucionalizados juridicamente que, em conjunto, fundamentam a pretensão de vinculação do direito positivo”²².

O caráter vinculante da norma jurídica significa que a pessoa pode discordar dela no seu papel de cidadão, isto é, no debate público pela melhor razão. No papel de pessoa de direito, ao contrário, poderá discordar internamente da norma, ou seja, no interior de sua consciência, mas deverá portar-se segundo ela, sob pena de vir a responder por seu comportamento.

A legitimação democrática do direito, afirma Günther, distingue-se de qualquer outra forma de legitimação justamente por permitir a comunicação entre o cidadão e a pessoa de direito (por meio do conceito de pessoa deliberativa) sem eliminar a diferença entre esses dois papéis.

Ao decidir deliberativamente sobre a responsabilidade, os cidadãos não definem apenas normas de conduta, mas também as circunstâncias em que o descumprimento dessas normas poderá ser-lhes futuramente imputado, quando estiverem na posição de destinatários das normas. Portanto, a “responsabilidade pela responsabilização” inclui o estabelecimento das capacidades e incapacidades, do limite da liberdade que deve fazer parte do conceito de pessoa responsável a ser usado para a imputação de responsabilidade. Em outras palavras, a decisão deliberativa acerca das regras de imputação de responsabilidade implica a definição do que determinada sociedade considera ser uma pessoa responsável.

A atribuição de responsabilidade feita desse modo, isto é, com base em regras e em um conceito de pessoa responsável publicamente reconhecidos pode ser compreendida como uma ação social com *sentido próprio*, como um ato *performativo*. Tal ato performativo se conclui com o proferimento da sentença, independentemente da sanção que seja eventualmente aplicada à pessoa considerada responsável.

Como ato performativo, uma sentença condenatória, por exemplo, tem pelo menos quatro significados. Comunica ao delinqüente, à vítima e à sociedade a mensagem de que a norma violada permanece válida. Ao delinqüente, a sentença condenatória comunica que o ato ilícito foi um erro seu, que não pode ser atribuído às circunstâncias, à natureza, à sociedade, etc. À vítima, comunica-se que o que ela sofreu não foi resultado de ação sua, ou resultado de má sorte, do destino, etc. À sociedade, por fim, a sentença condenatória comunica que o ocorrido não lhe pode ser atribuído, nem tampouco ao azar, à natureza, etc., mas à autoria de uma pessoa responsável.

²² Qual o conceito de pessoa, *op. cit.*, p. 230.

É por essa comunicação, fundada na determinação pública das regras de responsabilização, que a responsabilidade cumpre sua função de estruturação dos acontecimentos, estabelecendo que acontecimentos serão explicados como decorrência das ações de uma pessoa, de outra pessoa ou de ninguém.

Voltando ao caso da tortura, a ação declaratória de responsabilidade civil julgada procedente comunica que o réu tem um dever de reparar como consequência de ter sido *autor* de um *ato ilícito*, ainda que não o condene a reparar o prejuízo.

Já ao simplesmente declarar a existência da relação jurídica de responsabilidade civil, o juiz, portanto, comunica tanto às vítimas, quanto ao réu, quanto à sociedade, que a tortura a que foram submetidas as vítimas foram *ilícitas* e que os danos sofridos por elas não foram mero golpe do destino ou consequência de suas próprias escolhas e atitudes, mas decorrência de atos de autoria do réu. Com isso, *constrói-se* um pedaço faltante da verdade sobre o que aconteceu às vítimas. Sua história recebe qualificação jurídica, pois apenas o Poder Judiciário tem o poder de dizer definitivamente se os atos em questão eram ou não ilícitos. Além disso, esta história passa a ser narrada também na voz ativa: deixa de ter apenas vítimas e passa a incluir também seu algoz.

O sentido de uma ação declaratória de responsabilidade civil agora fica claro. Fica claro também que tal sentido é completamente independente da aplicação de uma sanção de reparar ou de qualquer outra sanção.

IV – Conclusão: a função comunicativa da imputação e seu papel em decisões de políticas públicas sobre como lidar com as violações de direitos humanos praticadas por agentes da ditadura

O argumento desenvolvido neste texto permite perceber que é a função comunicativa da imputação de responsabilidade o que permite dar sentido à ação declaratória proposta pelas vítimas de tortura: uma sentença judicial declarando que o réu praticou os atos de que é acusado é um ato performativo, o qual comunica aos autores, ao réu e à sociedade que aqueles fatos ocorreram, eram ilícitos e que, conforme o direito brasileiro, o réu é considerado seu autor. Desse modo, conta-se a história das agressões sofridas não como um acaso, como golpe do destino, como consequência de atos das próprias vítimas ou como decorrência de processos sociais supra-individuais, mas como atos de autoria do réu, individualmente.

Dáí justificar-se realmente o temor manifestado pelo advogado do réu em sua defesa, ao afirmar que a declaração do juiz seria uma maneira oblíqua de condenação. De fato, a declaração não é um ato sem consequência, ainda que a ela não se siga nenhuma sanção.

Na verdade, como dito acima, a ação declaratória de responsabilidade nos permite vislumbrar claramente algo que faz parte de toda ação de responsabilidade civil²³ e que não enxergamos normalmente por estarmos muito acostumados a entender a imputação apenas como o requisito para a aplicação de uma sanção e não como um ato performativo com sentido próprio.

Uma vez que a aplicação de sanção nos casos de responsabilidade civil sempre pressupõe a imputação do ilícito, o efeito comunicativo aqui descrito apresenta-se sempre, em todas as sentenças, apenas complementado, conforme o caso, pelos efeitos da sanção.

Isso nos permite concluir que perseguir os objetivos de reparação, prevenção, punição e distribuição por meio da responsabilidade civil ou por outros meios que dispensam a imputação de autoria dos atos danosos – como seguro ou previdência - não é apenas uma questão de grau, pois há algo que apenas a responsabilização pode realizar, nomeadamente a comunicação acerca da autoria do ilícito e dos danos.

Tratar da reparação e distribuição de certos prejuízos por meio da instituição de seguros, por exemplo, não gera esse efeito comunicativo. A companhia de seguros é obrigada a reparar prejuízos por força do contrato celebrado e esse dever independe do estabelecimento da autoria do prejuízo a ser indenizado. Certamente, o fato de a companhia de seguros ser obrigada a pagar o conserto do automóvel segurado não significa que foi a companhia seguradora quem provocou o acidente de trânsito²⁴.

Se o objetivo é tratar da questão da autoria, isto é, se é importante comunicar que, conforme o direito, determinado indivíduo ou grupo de indivíduos é (ou não é) a causa relevante de certo prejuízo ou ato ilícito, a imputação de responsabilidade é necessariamente o instrumento a ser utilizado. Não há substituto para a responsabilidade nesse caso. O caso da anistia política no Brasil demonstra claramente que o problema da autoria está muito longe de ser irrelevante.

²³ Assim como dos demais casos de responsabilidade, como a responsabilidade penal, por ilícito administrativo, etc.

²⁴ No seguro de responsabilidade civil a autoria é estabelecida, mas em virtude da responsabilidade civil, não do seguro. E, de todo modo, o fato de a companhia de seguros pagar os prejuízos continua a não significar que tenha sido ela a autora do dano.

Não é meu objetivo defender que a simples declaração de responsabilidade individual seja suficiente para dar conta do passado autoritário do país e das terríveis violações de direitos humanos que o caracterizaram.

Mas espero ter demonstrado que a imputação de responsabilidade pode por si mesma cumprir um papel relevante nesse processo, constituindo ao mesmo tempo um elemento da busca pela verdade (afinal, a verdade sobre as torturas, mortes e desaparecimentos inclui informações sobre os indivíduos que praticaram a violência, e não apenas sobre quem a sofreu) e um elemento da busca por justiça.

Este é um dado importante a ser considerado tanto no julgamento de outras ações declaratórias de responsabilidade civil, quanto na regulamentação da recém-criada Comissão Nacional da Verdade, cuja lei instituidora prevê, em seu art. 3º., II que faz parte dos objetivos da Comissão “promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua *autoria*” (grifo nosso).

Bibliografia:

CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents*, New Haven: Yale University Press, 1970.

_____. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. In: *The Yale L. J.*, 70, 1961, p. 499-553.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

COOTER, Robert e ULLEN, Thomas. *Law & Economics*, 4ª ed., Boston: Pearson Addison Wesley, 2004.

GÜNTHER, Klaus. Verantwortung in der Zivilgesellschaft. In: S. Müller-Doohm (org.). *Das Interesse der Vernunft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000, p. 465-485.

_____. Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson. In: H. Brunkhorst and P. Niesen (org.). *Das Recht der Republik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999, p. 83-104.

MANNING, J. Reflections on Exemplary Damages and Personal Injury Liability in New Zealand. In: *NZ Law Review*, 2002, p. 143-184.

MEZAROBBA, Glenda. 25 anos de anistia: um processo inconcluso. In: *Novos Estudos*, 70 (2004), p. 19-30.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. In: *Revista Direito GV*, 3, 2007, p. 17-36.

PÜSCHEL, Flavia Portella (Coord.). A quantificação do dano moral no brasil: justiça, segurança e eficiência. In: *Série Pensando o Direito*, 37, 2011.

VILLEY, Michel. Esquisse historique sur le mot "responsable". In: *Archives de Philosophie du Droit*, t. 22, 1977.