

RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CRIMES RACIAIS: UMA ATUALIZAÇÃO NECESSÁRIA DO CONCEITO JURÍDICO DE RACISMO

Lucas de Oliveira Cerqueira¹

RESUMO

O presente artigo busca analisar o conceito de racismo e seus reflexos penais e civis. É necessário analisar o conceito adotado pela Constituição Federal, as legislações que versam sob o tema e a interpretação adotada pelos Tribunais. O aspecto penal é relevante porque esta é a seara preferencial escolhida pelo constituinte e o legislador. Porém, por tratar-se de um dano, requer necessariamente a compensação cível. Por isso, o conceito de racismo precisa ser revisado para que os efeitos jurídicos sejam minimamente proporcionais aos danos que trazem prejuízos sociais e econômicos imensuráveis.

Palavras Chaves: Racismo. Racismo estrutural. Injúria Racial. Responsabilidade Civil.

CIVIL LIABILITY IN RACIAL CRIMES: A NECESSARY UPDATE OF THE LEGAL CONCEPT OF RACISM.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the concept of structural racism and its penal and civil reflexes. It is necessary to analyze the concept adopted by the Federal Constitution, the laws that deal with the theme and the interpretation adopted by the Courts. The penal aspect is relevant because this is the preferred area that was chosen by the constituent. However, because it is a damage, it necessarily requires civil compensation. For this reason, the concept of racism needs to be revised so that the legal effects are minimally proportional to the damages that bring immeasurable social and economic losses.

Keywords: Structural Racism. Racism. Racial Injury. Civil Responsibility.

¹ Bacharelado em Direito. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7479246306808727>

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país onde imperou por 388 anos a escravização de pessoas indígenas e negras enquanto modo de produção de toda a economia do país. Apenas 100 depois com a Constituição de 1988 que começaram a ser pensadas medidas compensatórias a este crime contra a humanidade. Porém, ainda existe muita resistência, justamente porque o fim do regime escravista não finalizou a discriminação do negro, pelo contrário. Novas tecnologias de dominação, fundamentada no racismo estrutural, atualizaram novos métodos de segregação da maioria da população brasileira.

Atualmente com uma nova mentalidade, deve-se pensar medidas condenatórias e compensatórias à luz da Constituição Federal. Porém, até a eficácia destes direitos dependem de uma construção doutrinária e jurisprudencial para que torne efetiva a mudança material da sociedade.

Dentro desta problemática, a responsabilidade civil se torna fundamental. Apesar desta não ser um ponto de chegada, mas um ponto de partida, a discriminação racial significa um evidente aspecto danoso que refletem as condições materiais, econômicas e financeiras.

O racismo estrutural impacta no processo de empobrecimento da população negra, e as estatísticas demonstram isso. Em 2019 o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou os dados do informativo “Desigualdades Sociais por Cor e Raça no Brasil”² com base em estudos realizados ao longo do ano de 2018. Foram analisados os dados de cor e raça relacionados ao mercado de trabalho, distribuição de renda e condições de moradia, educação, violência e representação política mostrando a disparidade entre brancos e negros em diversas áreas no país. Relacionado ao mundo do trabalho os negros, e entendemos aqui como a junção de pretos e pardos, receberam menos. Mensalmente a renda de pessoas brancas chegou a ser 73,9% superior à renda mensal de pessoas negras. Pretos e pardos representavam 64,2% de desocupação em 2018 e 66,1% estavam subutilizados. A informalidade também tem cor e raça, 47,3% da população negra estava em empregos informais naquele ano, em comparação aos 34,6% de brancos na mesma situação.

² COORDENAÇÃO DE POPULAÇÃO E INDICADORES SOCIAIS (Rio de Janeiro). IBGE (ed.). **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. 12 p. v. 1.

Devido a isto, a reparação financeira torna-se essencial, tanto dos indivíduos que sofrem discriminação quanto dos grupos historicamente estigmatizados. Porém, para isto é necessária uma profunda construção doutrinária do próprio conceito de racismo e responsabilidade civil.

1 O RACISMO NA SOCIABILIDADE BRASILEIRA

O conceito de racismo estrutural, analisado pelo jurista Silvio Almeida, versa sob a discriminação histórica, constituída na formação dos Estados nacionais, especialmente nos países colonizados cuja a hierarquização social se fundou no aspecto racial, produzindo discriminações e privilégios sistemáticos a determinados grupos de acordo com sua origem racial.

Por ser estrutural, significa que não é apenas individual, mas funciona a partir da construção da normalidade, tornando natural o tratamento diferenciado, especialmente pelo Estado. O racismo como fenômeno social fundamental, se manifesta na Política, no Direito, na Ideologia e na Economia. Desta maneira, segundo o autor, não é possível pensar o racismo sem sua dimensão nestas quatro áreas, tampouco essas áreas se constituem sem o fator raça em seus aspectos fundamentais.

No Direito existem vários exemplos históricos da existência do racismo em seu aspecto fundamental. Primeiramente, a escravização de pessoas negras por 388 anos, sendo algo legal por todo este período. Posteriormente com a proclamação da República, os negros eram perseguidos pelos Códigos Criminais e pela Constituição de 1891, no qual era crime a prática das suas culturas e conseqüentemente resultou numa criminalização social e jurídica da pobreza. Essa população foi impedida de exercer o direito ao voto (e por conseguinte de serem votados). Tais políticas foram influenciadas pelas teorias eugênicas, muito influentes no Brasil de acordo com Lilia Schwarcz (2005) especialmente nas faculdades de Direito.

Atualmente, as teorias desenvolvidas principalmente por nomes como Lombroso na criminologia e Nina Rodrigues na medicina legal ainda orientam as ações policiais e de segurança pública e privada, ocasionando em diversos crimes e violações a dignidade das pessoas negras, sejam em casos emblemáticos como o recente assassinato de Beto Freitas pela Carrefour, e em processos maiores denunciado pelos movimentos sociais negros.

Em finais da década de 1970 a obra “O Genocídio do negro brasileiro: Processo de um Racismo Mascarado” de Abdias do Nascimento foi um marco que denunciou o genocídio em curso da população negra brasileira buscando reunir importantes conceitos e elementos que

justificam a tese do autor. Outro importante ponto a ser levantado é o encarceramento em massa da população negra brasileira, processo que está ligado ao racismo estrutural, como aponta Juliana Borges (2018) e colocou o Brasil no ranking de países de maior população carcerária mundial.

Apenas com o governo Vargas as relações de trabalho foram sistematicamente regulamentadas, fato que “beneficiou” especialmente as pessoas negras que constituíam a maior força de trabalho do país (ANDREWS, 2007). Foi, no entanto, contraditório pois africanos foram proibidos de embarcar no Brasil neste período e a Constituição de 1934 impôs a necessidade da educação eugênica, declaradamente racista.

Já a ditadura civil militar representou um momento de inflexão política, cerceando o pluripartidarismo o que impactou nas possibilidades de superação do racismo. Ao mesmo tempo foi aumentado o aparato bélico militar, iniciando o processo de militarização das favelas que intensificou o genocídio desta população, a maior vítima das ações letais da polícia, dado que permanece até hoje. Dados recentes do relatório da Rede de Observatórios da Segurança mostram que para o estado da Bahia 97% das pessoas assassinadas pela polícia militar baiana foram negras.³

Apenas em 1988 o Direito brasileiro assumiu uma postura ativa frente ao racismo estrutural, com a criminalização do racismo, criação de políticas efetivas de assistência das populações mais vulneráveis, e direitos fundamentais aos quilombolas. Analisaremos com mais detalhes a criminalização do racismo adiante.

2 O COMBATE AO RACISMO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 CRIME DE RACISMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988 marca um novo pacto civilizatório na sociedade brasileira, historicamente influenciada por vícios autoritários e escravistas. A atuação do movimento negro na constituinte foi fundamental, colocando ao texto constitucional direitos inéditos, que demonstram um compromisso na criação de uma nova sociedade e livre de discriminação.

³ Dados inéditos comprovam que negros são o alvo da letalidade policial nos cinco estados monitorados pela Rede de Observatórios. [S. l.], 9 dez. 2020. Disponível em: <http://observatorioseguranca.com.br/cor-da-violencia-negros-sao-o-alvo-da-letalidade-policial/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

A partir dos anos 1980, notamos a articulação do Movimento Negro no interior da política partidária e institucional e, principalmente a partir de 1985, mobilizado para influenciar no processo Constituinte realizando ou inserindo-se em debates sobre o tema.

Tal postura nos revela que de fato o movimento reconhecia a importância deste momento histórico para suas lutas. Fala-se no contexto da relevância da Constituição para a “criação de um país novo” que levasse em “conta os anseios e necessidades da população negra”. Ao longo do trabalho, notamos a incidência de termos como “segunda abolição”, “lei complementar a Lei Áurea”, e “resgate de cidadania” para designar a Constituição Federal ou seu papel para os/as negros/as.

De fato, o ano de 1988 para o Movimento Negro representava a possibilidade de ruptura, o “momento da nossa verdade” e a coincidência da reforma constitucional com o Centenário da Abolição (citado pontualmente em falas nas audiências públicas) conferia a este momento um caráter histórico (NERIS, 2018, p 220).

Dentre estes compromissos, muitos se “constitucionalizaram” enquanto Direitos Fundamentais.

Os Direitos Fundamentais são aqueles positivados no texto constitucional que sob a égide do neoconstitucionalismo possuem força normativa suprema perante todos os atos da administração, perante as leis e decisões judiciais. Estes Direitos são essenciais, porque constituem as bases do Estado democrático de direito. São também cláusulas pétreas, não podendo ser modificados nem por emendas, e por último tem caráter principiológico (ALEXY, 2015), podendo ser utilizados para o próprio controle substancial das leis infraconstitucionais.

De acordo com os doutrinadores Rodolfo Pamplona Filho e Claiz Maira Pereira Gunça dos Santos:

com o advento do neoconstitucionalismo, a Constituição, compreendida como norma suprema e fundamental, passa a ser dotada de impositividade e força normativa, assumindo posição de centralidade no ordenamento jurídico. Sendo assim, os direitos fundamentais possuem força normativa e, alicerçados na dignidade da pessoa humana, consubstanciam os valores éticos incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país. (PAMPLONA FILHO, SANTOS, 2020, p 25).

Os Direitos Fundamentais estão concentrados nos Títulos I e II da Constituição Federal. Porém, existem os direitos fundamentais em outras partes do texto constitucional, como a anterioridade tributária, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao título de propriedade coletiva e tombamento dos territórios quilombolas e muitos outros. Para além destes existem os direitos fundamentais implícitos como o Direito Fundamental à Desconexão, importante nas novas relações de trabalho remoto. Contudo, de acordo com a cláusula de abertura material, outros Direitos Fundamentais também reconhecidos para além do texto,

como os dos Tratados de Direitos Humanos e outros decorrentes daquelas garantias já previstas no texto.

Ademais, os DFs tem aplicabilidade imediata conforme o §1º do Art.5º.

Art. 5º CF

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)). (Atos aprovados na forma deste parágrafo: [DLG nº 186, de 2008](#), [DEC 6.949, de 2009](#), [DLG 261, de 2015](#), [DEC 9.522, de 2018](#)).

Com relação ao racismo, a Constituição repudia este tipo de prática, considerando este repúdio como um objetivo fundamental de toda a República:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

No artigo dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivas, onde se situa a concentração dos Direitos Fundamentais da Constituição, o racismo se mostra como um crime grave, que cabe sérias consequências jurídicas, sendo isto um reflexo do repúdio que o constituinte destinou a este histórico escravista da sociabilidade brasileira.

Art. 5º

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Por se tratar de um crime inafiançável e imprescritível, é uma demonstração de que é um crime grave. Os crimes imprescritíveis são aqueles mais graves, no qual o agente pode ser processado a qualquer momento, como a ação de grupos civis armados ou militares, e contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Os inafiançáveis são os que não se cogita o pagamento de fiança e consequente liberdade provisória do indivíduo que o pratica. Por fim, a sujeição a pena de reclusão significa que o sujeito pode cumprir a pena em regime inicial

fechado.

2.2 O COMBATE AO RACISMO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NA JURISPRUDÊNCIA

A Lei que disciplina sobre os crimes de racismo é a **Lei nº 7.716/1989**, que estabelece as seguintes hipóteses:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes **resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional**.

Nos artigos seguintes, a Lei estabelece diversas situações específicas de discriminação, como privação de acesso a espaços, a empregos, divulgação de símbolos de caráter racialmente discriminatório.

Ao longo do tempo, a doutrina e jurisprudência criaram uma “anarquia” interpretativa, criando uma diferenciação entre racismo e injúria. A injúria, crime disciplinado no Código Penal, tem como bem jurídico a honra da vítima. Como consequência, o crime de racismo se passava impune, pois ao considerar a injúria racial nos casos de racismo, o fato se tornava atípico, e tinha como consequência a absolvição do acusado, concordando o artigo de opinião⁴ “Decisão do STJ que considera injúria racial imprescritível é correta”

É puramente artificial diferenciar ontologicamente “injúria racial” de “racismo”. A punição mais branda da chamada “injúria racial” relativamente ao “racismo” implica menoscabo ao repúdio constitucional ao racismo.

Cabe notar que não foi o legislador quem “criou” essa absurda diferenciação. Foram os tribunais que a inventaram. A Lei de Racismo não tinha um tipo penal como o de injúria, a ser considerado como “injúria racial”. A Lei 8.091/90 acrescentou a ela, em seu artigo 20, a conduta de “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou o preconceito”^[3] de raça, religião, etnia ou procedência nacional como crime. Posteriormente, a Lei 9.459/97 alterou a redação do artigo 20, adicionando o termo “cor”, diferenciando assim as discriminações por “raça” e “cor” (o que reforça o conceito de racismo social afirmado pelo STF). [...]

⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Decisão do STJ que considera injúria racial imprescritível é correta. Consultor Jurídico, [S. l.], p. 1, 24 jan. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-24/decisao-stj-considera-injuria-racial-imprescritivel-correta>. Acesso em: 9 dez. 2020.

Posteriormente a Lei nº 9.459/1997, alterou o Código Penal incluindo no Art. 140 (Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro) § 3º a seguinte redação:

Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem: Pena: reclusão de um a três anos e multa.

Entende-se que tal alteração significa um arrepio à Constituição, pois nunca houve uma diferenciação entre injúria ou racismo, criando uma antinomia jurídica frente ao texto constitucional que celebra o combate ao racismo enquanto um objetivo fundamental.

As consequências destas alterações foram que a injúria é prescritível e cabe fiança. Ademais, o racismo viola a dignidade da pessoa humana, pois trata-se de um direito fundamental, enquanto que a injúria atinge simplesmente a honra. Consequentemente, não há uma diferenciação entre racismo e preconceito. O racismo significa a discriminação de um grupo historicamente discriminado. O preconceito é *sui generis*, e qualquer um pode ter. Por isso, pessoas negras e indígneas que foram escravizadas são os titulares legítimos deste direito, enquanto que na injúria, até as pessoas que exercem discriminação podem eventualmente acionar grupos discriminados por injúria.

A doutrina entende que a injúria significa uma mera ofensa a honra, enquanto que o racismo significa um aspecto discriminatório, o que não tem qualquer cabimento pois a própria Lei de Racismo estabelece não só a discriminação por razão de cor, mas também o preconceito: Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Também é difundido na doutrina que a injúria diz respeito a uma pessoa e o racismo diz respeito a um grupo, o que também não é razoável, como se houvesse uma diferenciação entre ambos. O ato de discriminar atinge não só a honra, mas toda a comunidade que se sente representada por este signo ligado à raça. O racismo também não se manifesta apenas de forma ativa, mas também omissiva. Por estas razões, isto implica o desconhecimento da própria dinâmica do racismo estrutural, que se revela também de forma sutil e implícita.

Outra consequência é que na injúria racial a ação penal pública é condicionada a representação da vítima e seu prazo decadencial é de 6 meses. Já o racismo deve uma ação penal pública condicionada, podendo prender um parlamentar em flagrante por exemplo.

Na prática ocorre que o crime de racismo geralmente não é considerado pelos juízes, especialmente pela tipificação enquanto injúria. Portanto, estrategicamente os advogados buscam enquadrar o crime enquanto injúria, logrando maiores chances de êxito e reparação civil pelo dano à honra, sendo mais fácil a comprovação do dolo.

A impunidade contra o crime de racismo dilapida o objetivo da Constituição e dos deveres fundamentais de tolerância. Na prática, a doutrina e jurisprudência e posteriormente a Lei foram responsáveis por criar uma situação de insegurança jurídica, hermeneuticamente simples de ser resolvida por uma breve análise gramatical, sistemática e teleológica do texto constitucional.

Cabe ressaltar que a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça corrigiu parcialmente o problema jurisprudencial referente às consequências dos crimes de injúria, equiparando a imprescritibilidade e o caráter inafiançável do crime de injúria racial como uma espécie de crime de racismo.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INJÚRIA RACIAL. ART. 140, § 3º, DO CP. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 107, IV, 109, V, E 117, I, TODOS DO CP. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. 1. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, com o advento da Lei n. 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão (AgRg no AREsp n. 686.965/DF, Ministro Ericson Maranhão (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 31/8/2015) - (AgRg no AREsp n. 734.236/DF, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 8/3/2018). 2. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp: 1849696 SP 2019/0348392-4, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 16/06/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/06/2020).

Após o estudo sobre os crimes de racismo, seu caráter e relevância constitucional, como se pensar a reparação civil a estes crimes?

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade significa a assunção de consequências por determinado ato. Existe uma diferença entre responsabilidade moral e jurídica. Aquela não impõe uma obrigação institucionalmente organizada nem é monopólio do Estado, diferente desta (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO; 2019, p.46).

A responsabilidade civil também difere da responsabilidade criminal, porque apesar de ambas significarem uma sanção decorrente de atos ilícitos, a natureza do ilícito e as consequências são diferentes. No Direito Penal, a violação ilícita ocorre frente a ordem

jurídica, enquanto que o ilícito civil o nível de perturbação social é menor. A consequência penal é a detenção ou restrição de direito, enquanto que no civil geralmente é a restrição patrimonial (salvo exceções como prisão por execução de alimentos, que apesar de ocorrer prisão não é uma prisão penal, sendo a natureza da sanção diferenciada). (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO; 2019, p.48).

Cabe ressaltar que a sanção penal não necessariamente exclui a sanção civil. A sanção civil via de regra, significa a reparação patrimonial do dano ilícito, e é nesta seara que incide o estudo da responsabilidade civil.

Entende-se como responsabilidade civil, a atividade obrigacional no qual um agente que provocou determinado dano ilícito à um bem jurídico tenha a obrigação de reparar pecuniariamente. Conforme Pamplona e Souza,

a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilícitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual) subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). p 51

No Código Civil, é disciplinado o conceito de ato ilícito no seu artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, e o Art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Como consequência do ato ilícito, vem o dever de reparar conforme o Código Civil:

TÍTULO IX Da Responsabilidade Civil
CAPÍTULO I Da Obrigação de Indenizar
Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187),
causar dano a outrem, fica obrigado a
repará-lo.

3.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil não se confunde com a responsabilidade penal e administrativa. A responsabilidade civil respeita a necessidade dos 3 elementos:

- a) conduta;** (positiva ou negativa), que substitui o chamado ato ilícito⁵
- b) dano;** ao bem jurídico de outrem

Este é uma Lesão à um interesse juridicamente tutelado, o que difere de um mero aborrecimento. Existem tais espécies de dano: Material, Moral, Emergente e Lucro cessante, Imagem e outros construídos jurisprudencialmente como Estético, Existencial e Morte.

Código Civil
CAPÍTULO II Da Indenização
Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Hoje se discute sobre reparação que vai além do aspecto pecuniário. Mas comumente a reparação vem como sinônimo.

c) nexó de causalidade; associação fática entre a ação ou omissão e o dano, representado pelo dolo ou culpa nos casos de responsabilidade civil subjetiva.

Existem também as espécies de Responsabilidade Civil (subjetiva e objetiva).

3.2 ESPÉCIES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

a) Subjetiva

Decorre do dano causado por conduta dolosa ou culposa. O dano, empresta uma ação voluntária e consciente de provocar o dano, ou uma omissão frente à um dever legal de ação (garante). A culpa, entretanto, apesar de não emprestar uma ação, geralmente se remete à uma omissão fruto de negligência, imprudência ou imperícia.

O problema da responsabilidade subjetiva é a dificuldade de comprovação da culpa ou dolo, sendo este um aspecto subjetivo. Este é o caso dos crimes de racismo que analisaremos adiante.

A responsabilidade civil contratual, que também é subjetiva, significa o inadimplemento da obrigação prevista no contrato, ou seja, não é cumprida alguma cláusula pactuada entre as partes. (PAMPLONA E SANTOS, 2020, p 59). Na responsabilidade subjetiva, o elemento de prova, culpa ou culpa presumida (contratual) são essenciais.

⁵ A substituição ocorre devido a existência de excludentes de ilicitudes (Art. 188. CC). Ou seja, não basta a conduta ser simplesmente ilícita, ela deve ser juridicamente relevante. Assim como existe um grau de condutas humanas que provocam danos que não são disciplinados no código, o que pode gerar responsabilização ocorrendo dolo no caso da responsabilidade subjetiva. Também existe na responsabilidade objetiva a não necessidade de conduta, mas apenas o dano, assim como na responsabilidade contratual pode haver culpa presumida (PAMPLONA E SANTOS, 2020, p48).

b) Objetiva

Exclui o nexo de causalidade, cujo agente responde pelo resultado (dano) independente de culpa ou dolo. Ocorre especialmente no Direito do Consumidor no qual a “falha no serviço” pode gerar o dever de indenizar. Ocorre também na prestação de determinadas atividades econômicas essencialmente arriscadas (risco da atividade), no caso de transporte urbano. Existe responsabilidade objetiva também na conduta danosa dos agentes do Estado.

Art. 37 § 6º 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.

Conforme considerado, a responsabilidade civil requer a reparação do dano causado, o que não exclui a responsabilização nas esferas administrativa e penal. Para além destes motivos, a responsabilidade civil também tem uma função social conforme segue: “Assim, na vereda de tais ideias, três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação Civil: compensatória do dano à vítima: punitiva do ofensor e desmotivação social da conduta lesiva” (PAMPLONA E SOUZA, 2020, p. 59).

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM CRIMES DE RACISMO

A responsabilidade civil decorrente do racismo é subjetiva. Com a delimitação entre injúria racial e racismo, permanece em dúvida as consequências civis, especialmente no que se refere à natureza do dano.

No crime de racismo, a violação recai sobre a Dignidade da Pessoa Humana, Fundamento da República e do Estado Democrático de Direito (Art. 1º III), enquanto que a injúria recai sobre a Honra, que trata-se de um Direito Fundamental: CF88/Art 5º X - “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O crime de racismo infringe toda a ordem constitucional democrática, enquanto que a injúria viola a honra do indivíduo. Como vimos, a natureza do dano influi sobre a natureza da reparação. Ademais, cabe ressaltar que a jurisprudência tem considerado tanto na injúria como no racismo a espécie do dano como dano moral.

Segue um caso de racismo julgado pelo TRT-4 RO.

RACISMO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. Comprovada a discriminação racial sofrida pelo empregado, praticada por seu superior

hierárquico, é devida a reparação dos danos extrapatrimoniais.

(TRT-4 - RO: 00155005520095040002, Data de Julgamento: 15/07/2010, 8a. Turma)

ACORDAM os Magistrados integrantes da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: preliminarmente, por unanimidade, não conhecer do recurso ordinário da segunda reclamada no tocante à exclusão da primeira reclamada do pólo passivo da demanda. No mérito, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário da segunda reclamada. Por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso adesivo do reclamante para majorar o valor da indenização por danos morais para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Valor arbitrado à condenação que se acresce em R\$ 13.000,00 (treze mil reais), com custas adicionais de R\$ 260,00 (duzentos e sessenta reais), para os fins legais.

Segue um caso de injúria:

VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. INJÚRIA RACIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Na esteira da jurisprudência consolidada do STF, "cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana e como não há diferenças biológicas entre os seres humanos, na essência são todos iguais, sendo que divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social". Com a definição e o mapeamento do genoma humano, não há falar em subdivisão em raças, pois "só existe uma raça: a espécie humana". No

juízo do HC 824.424, o Ministro Celso de Mello frisou: "aquele que ofende a dignidade de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de cunho racista, ofende a dignidade de todos e de cada um". No voto da Ministra Ellen Gracie há definição de raça presente na Enciclopédia Judaica, na qual "a concepção de que a humanidade está dividida em raças diferentes encontra-se de maneira vaga e imprecisa na Bíblia, onde, no entanto, como já acentuavam os rabinos, a unidade essencial de todas as raças é sugerida na narrativa da criação e da origem comum de todos os homens". No voto do Ministro Cezar há a afirmação de que "A discriminação é uma perversão moral, que põe em risco os fundamentos de uma sociedade livre". Assim, a prática de injúria racial constitui grave vilipêndio da dignidade humana e comporta atuação do Poder Judiciário adequada ao gravame.

(TRT-3 - RO: 00104965020175030013 MG 0010496-50.2017.5.03.0013, Relator: Adriana Goulart de Sena Orsini, Data de Julgamento: 06/06/2018, Decima Primeira Turma, Data de Publicação: 13/06/2018. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 1636. Boletim: Sim.)

Assim, na esteira da jurisprudência consolidada do STF, reputo que graves condutas como a comprovada nestes autos, ofensivas à dignidade da pessoa humana, devem ser duramente reprimidas, ainda mais no local de trabalho, onde devem ser ensinados, incentivados, exercidos e exercitados atos de cidadania. Destarte, reunidos os pressupostos da responsabilidade civil (a ocorrência do dano, a ação dolosa do agente e o nexo causal entre esta ação

e o dano), a reclamada deve ser condenada ao pagamento de danos morais, no valor de **R\$25.000,00**, consoante à gravidade e à extensão do dano, à culpa da empregadora, ao seu porte financeiro (grande porte, com capital social de cerca de 140 milhões - ID bd5386a) e ao caráter pedagógico da reparação.

Cabe ressaltar que, a divisão entre racismo individual, institucional e estrutural são meramente pedagógicas, porém nas relações sociais pautadas da diferenciação de pessoas e oportunidades fundamentada na relação histórica da construção social do signo raça, não há uma diferença entre o aspecto individual e coletivo, pois não existe o negro ou o branco, existem seres humanos que comportam determinados signos que emprestam determinadas relações sociais, de discriminação e privilégio, portanto o racismo é uma relação social.

Portanto, uma delimitação entre individual, institucional e estrutural seja importante, na relação fática existe apenas o fato de que, pessoas negras historicamente estão em determinado local de marginalização, o que reflete as relações de trabalho, de acesso à justiça e às políticas públicas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando esta complexidade, mostra-se necessária uma atualização do conceito jurídico de racismo enquanto sinônimo de uma mera discriminação interindividual.

Em resumo: **o racismo é uma decorrência da própria estrutura social**, ou seja, do modo “normal” com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo o racismo é regra, e não exceção. O racismo é parte de um processo social que “ocorre pelas costas dos indivíduos e lhes parece legado pela tradição. Nesse caso, além de medidas que coíbam o racismo individual e institucionalmente, torna-se imperativo refletir sobre mudanças profundas nas relações sociais, políticas e econômicas.

A viabilidade da produção sistêmica de práticas racistas está na organização política, econômica e jurídica da sociedade. **O racismo se expressa concretamente como desigualdade política, econômica e jurídica**”. Silvio Almeida. *O que é racismo estrutural?* Editora: Feminismos Plurais. Belo Horizonte, MG. 2018. *Páginas 38 e 39.*

A Legislação que criminaliza o racismo é importante, porém a sua efetividade se esbarra na incompreensão do próprio fenômeno do racismo estrutural, o que trás como consequência a incompatibilidade do fenômeno com a aplicação da norma, pois a interpretação da norma obedece à uma visão liberal individual, especialmente na consideração do racismo enquanto injúria.

A modernização conceitual mostra-se necessária para se pensar em representações efetivas ao problema. No caso da responsabilidade civil individual, mostra-se necessária a atualização da doutrina para a consideração do racismo para além da manifestação “clássica”, como a discriminação de pessoas ao verbalizar palavras claramente discriminatórias do ponto de vista racial, pois o racismo também é sutil, e importa significados para além daqueles expressos, mas signos representativos de violência, como ocorreu na criminalização da capoeira no Código Criminal republicano.

Recentemente houve uma decisão do Agravo de Instrumento do Tribunal Superior do Trabalho que fundamentou a decisão no conceito de racismo institucional, condenando uma pessoa jurídica por ter aplicado uma política organizacional de cunho racista, o que coube responsabilidade civil por dano moral. Tal decisão significa um avanço jurisprudencial na proteção aos bens jurídicos violados pelo racismo, considerando também os aspectos discriminatórios sutis das instituições que violam diretamente os direitos da população negra.

I -AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017.DISCRIMINAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Demonstrada possível violação dos arts. 186 e 927 do Código Civil, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II –RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. DISCRIMINAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Consoante se infere do acórdão do Tribunal Regional, a reclamada possui um guia de padronização visual

para seus empregados, no qual não constam fotos de nenhum que represente a raça negra. Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada exclusivamente na cor da pele, raça, nacionalidade ou origem étnica pode ser considerada discriminação racial. No caso, a falta de diversidade racial no guia de padronização visual da reclamada é uma forma de discriminação, ainda que indireta, que tem o condão de ferir a dignidade humana e a integridade psíquica dos empregados da raça negra, como no caso da reclamante, que não se sentem representados em seu ambiente laboral. Cumpre destacar que no atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade, toda a forma de discriminação deve ser combatida, notadamente aquela mais sutil de ser detectada em sua natureza, como a discriminação institucional ou estrutural, que ao invés de ser perpetrada por indivíduos, é praticada por instituições, sejam elas privadas ou públicas, de forma intencional ou não, com o poder de afetar negativamente determinado grupo racial. É o que se extrai do caso concreto em exame, quando o guia de padronização visual adotado pela reclamada, ainda que de forma não intencional, deixa de contemplar pessoas da raça negra, tendo efeito negativo sobre os empregados de cor negra, razão pela qual a parte autora faz jus ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Recurso de revista conhecido e provido.

Para Silvio Almeida:

A concepção institucional significou um importante avanço teórico no que concerne ao estudo das relações raciais. Sob esta perspectiva, o racismo não se resume a comportamentos individuais, mas é tratado como resultado do funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios a partir da raça. (p.29)

Ao considerar como consequência do racismo o dano, dentre os vários (psicológico, financeiro, na saúde, na dignidade, no bem estar, na empregabilidade, na autoestima, na estética e muitos outros), o que é reconhecido nos tribunais como vimos, é basicamente o dano moral.

Ao analisar o aspecto institucional do racismo, percebe-se que é conexo com o Assédio Moral Organizacional, pois aquele se estabelece de forma intencional, reiterada, indistintiva ao grupo racial, abusivo e que faz parte da organização e da política institucional da empresa ou órgão. (PAMPLONA FILHO, SANTOS, 2020).

Nessa senda, o assédio moral por motivos raciais é o conjunto de atos abusivos e reiterados, praticados por meio de palavras, gestos e atitudes, contra trabalhadores que apresentam características fisionômicas relativas a determinada raça ou etnia. Em outras palavras, o assédio moral racial é toda discriminação racial ilegítima, com caráter contínuo, que elege o critério raça como fator de desequiparação (PAMPLONA FILHO, SANTOS, 2020, p. 86)

A conexão do conceito e assédio moral organizacional por motivos raciais e o racismo institucional são dois. O primeiro é que o racismo institucional está associado com o racismo estrutural e o segundo é que o racismo institucional não necessita de expressões de palavras, gestos nitidamente racistas, mas a partir também de signos sutis e condutas omissivas. Como estabelece Silvio Almeida, não basta não ser racista, mas é necessário ter uma ação ativa a partir de ações afirmativas nas instituições, pois a simples omissão significa uma convivência com o racismo estrutural constituído historicamente.

Em 17 de dezembro de 2020, foi nomeada pela Câmara de Deputados uma Comissão com 19 Juristas destinada a avaliar e propor estratégias normativas com vista ao aperfeiçoamento da legislação de combate ao racismo estrutural e institucional no país⁶.

⁶ ATO DO PRESIDENTE DE 17/12/2020. Acesso em: <https://oabce.org.br/wp-content/uploads/2020/12/C%C3%A2mara-dos-Deputados-Comiss%C3%A3o-de-Jurista-s-DCD-18.12.20201.pdf>

A medida representa um avanço e um compromisso ao reconhecer os fenômenos do racismo institucional e estrutural no âmbito legislativo e propor ações específicas para além daquelas do âmbito penal ou de reparação individual.

E a tutela jurídica do racismo estrutural? Do ponto de vista da reparação civil coletiva, cabe um amadurecimento do conceito de “Reparação Histórica”, pois das varidas empresas mais ricas do Brasil acumularam capital ao longo dos anos com a escravidão, como bancos conhecidos e certas empreiteiras. O racismo é imprescritível, e ele não ocorre apenas na discriminação direta, mas na utilização dos recursos frutos da escravidão. É possível falar em reparação civil destes danos à dignidade, mas também que se refletem em ganhos patrimoniais? Este é um importante debate.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Wlamyra R. de. **O jogo da dissimulação: Abolição e cidadania negra no Brasil.** São Paulo- SP: Companhia das Letras, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros Editores. 2ªed. 2015.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é Racismo Estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ANDREWS, George Reid. América Afro-Latina, 1800 - 2000: Amoreamento e Enegrimento, 1930 - 2000. *In:* ANDREWS, George Reid. **América Afro-Latina, 1800 - 2000.** 1. ed. São Paulo: EduFSCar, 2007. v. 1, cap. Capítulo 5, p. 187 - 226.

BORGES, Juliana. **O que é: encarceramento em massa?**. Belo Horizonte-MG: Letramento: Justificando, 2018.

BRANDÃO, Adelino. **O Direito Racial Brasileiro.** 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CUNHA Júnior, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** Ed. Juspodvm. 2016.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes (o legado da "raça branca").** São Paulo. Editora Globo, 2008.

_____, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil. Ensaio de interpretação sociológica.** São Paulo. Editora Globo, 5ª Edição. 2ª Impressão, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil:** obrigações. 20. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 2.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil:** Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; ARCHANJO, Camila Celestino Conceição. **Direitos Fundamentais no Brasil: Teoria geral e comentários ao artigo 5º da constituição federal de 1988.** Editora Dialética; 1ª Edição (27 agosto 2020), Salvador.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NASCIMENTO, Abdias do. **O Genocídio do Negro Brasileiro:** Processo de um racismo mascarado. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1978. 183 p.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. **Assédio Moral Organizacional.** Presencial e Virtual. Editora Saraiva. São Paulo, 2020.

SCHWARCZ, Lilia M. **O Espetáculo das Raças- Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930.** São Paulo: Companhia das Letras, 2005

WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil.** São Paulo: Acadêmica, 1989.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica. Biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte.** Traduzido por Renata Santini. Rio de Janeiro. N-1 edições, 2018.