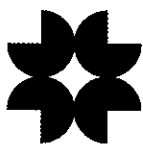


centro de estudos da metrópole



O HORIZONTE DA POLÍTICA QUESTÕES EMERGENTES E AGENDAS DE PESQUISA

ADRIAN GURZA LAVALLE
(org.)

© 2011 Editora Unesp

Fundação Editora da Unesp (FEU)

Praça da Sé, 108
01001-900 – São Paulo – SP
Tel.: (0xx11) 3242-7171
Fax: (0xx11) 3242-7172
www.editoraunesp.com.br
www.livrariaunesp.com.br
feu@editora.unesp.br

Centro de Estudos da Metrópole

Rua Morgado de Mateus, 615
04015-902 – São Paulo – SP
Tel.: (0xx11) 5574-0399
Fax: (0xx11) 5574-5928
www.centrodametropole.org.br

CIP – BRASIL. Catalogação na fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

H785

Horizonte da política: questões emergentes e agendas de pesquisa /
Adrian Gurza Lavalle (org.). – 1.ed. – São Paulo: Editora Unesp: Cebrap: CEM,
2012.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-393-0256-7

1. Ciência política. 2. Ciências sociais. 3. Sociologia política. I. Gurza
Lavalle, Adrian, 1965-. II. Centro Brasileiro de Análise e Planejamento.
III. Centro de Estudos da Metrópole.

12-4546.

CDD: 320

CDU: 32

Editora afiliada:



Asociación de Editoriales Universitarias
de América Latina y el Caribe



Associação Brasileira de
Editoras Universitárias

SUMÁRIO

Prólogo – O horizonte da política IX

Adrian Gurza Lavalle

Parte I

A política nas instituições políticas 1

1 Que instituições políticas importam e para que importam:
lições dos estudos legislativos no Brasil 3

Argelina Figueiredo, Fernando Limongi

2 Descentralização e autonomia: deslocando os termos do debate 29

Marta Arretche, Daniel Vazquez, Sandra Gomes

3 Os desafios da metrópole: desigualdades sociais,
Estado e segregação na metrópole 63

Eduardo Marques, Renata Bichir, Sandra Gomes,

Renata Gonçalves, Thais Pavez

4 Representação política no Império:

crítica à ideia do falsseamento institucional 97

Miriam Dolnikoff, Francisleide Maia, Herman Lara Saez,
Pedro Paulo Moreira Sales e Vitor Gregório

Parte II

O político e a política emergente 143

5 Para uma Antropologia do Político 145

Paula Montero, José Maurício Arruti e Cristina Pompa

6 A construção política das sociedades civis 185

Adrian Gurza Lavalle, Peter P. Houtzager e Graziela Castello

7 Conexões entre participação, democracia e desenvolvimento:
investigação dos impactos políticos e distributivos
da participação social 237

Vera Schattan P. Coelho e Arilson Favareto

8 Para além da inefetividade da lei: Estado de direito,
esfera pública e antirracismo 261

*Denilson Werle, Evorah Lusci Costa Cardoso, Felipe Gonçalves Silva,
Luiz Sérgio Repa, Maíra Rocha Machado, Marta Rodriguez de Assis
Machado, Priscila Spécie, Rurion Soares Melo e Sérgio Costa*

9 A democratização do Direito: os dilemas da juridização
e o racismo no Brasil 307

*Flávia Portella Püschel, José Rodrigo Rodriguez e Marta Rodriguez
de Assis Machado*

Sobre os autores 343

Referências bibliográficas 349

Política e
alargar a sua
visa a ilumin
preensão da
sa nos quais
crucial – ora
tuem caso cr
estudo da po
mostram con
suscitado at
postas de co
mentos mais
aos quais o c
mais rico e,
explicativos
práticas e at

As agenc
rico acumul
leiro de Aná
trópole (CE
pelo seu din

A DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO: OS DILEMAS DA JURIDIZAÇÃO E O RACISMO NO BRASIL

9

Flávia Portella Püschel
José Rodrigo Rodriguez
Marta Rodriguez de Assis Machado

Introdução: "racismos", projetos de juridificação e liberdade jurisdicional

Falar da relação entre racismo e direito significa discutir a forma de juridificar esse fato social, ou seja, discutir o tratamento jurídico a ele dispensado. Há várias maneiras de regular um mesmo objeto e cada uma delas produz definições e consequências jurídicas diferentes. Os fatos são reconstruídos, requalificados, ressimbolizados pelo direito a partir de uma de suas diversas gramáticas: direito penal, direito civil, direito comercial, direito do trabalho etc. Tal (tais) qualificação(ões) jurídica(s) pode(m) ser feita(s) diretamente pelo Parlamento, que cria normas sobre determinado assunto, ou pelo poder Judiciário, que interpreta e aplica as normas jurídicas existentes para lidar com os conflitos que lhe são apresentados.

É muito difícil, inclusive, afirmar que se trata do "mesmo" fato social regulado de diferentes maneiras pelo ordenamento jurídico. Cada regulação requalifica o fato, selecionando algumas de suas características e não outras (mediante a construção de normas gerais pelo Legislativo ou pela ação dos juízes ao aplicar a lei), e ligando a elas certas consequências jurídicas e não outras.

Nem sempre é necessário criar leis específicas para lidar com determinados problemas sociais, mesmo que eles sejam inéditos. Muitas vezes, as

ento das mobiliza-
verdade que para
processos, ou seja,
adadas no Judiciário
ssário aprofundar
do, de acordo com
os de entrave para
ever os processos
o que importa não
do juiz, mas con-
ter dos processos
tificação permitem
s na esfera publi-
stância que deli-
códigos internos,
debates públicos
to da aplicação e
e das tematiza-
or as demandas
ístico da "inefe-
ão pretendemos
ocacia racial no
cipalmente seus
impedem justa-
e possibilidades
ões e demandas
as palavras, não
or parte das pes-
de deliberação
icação da legis-

normas já existentes são suficientes para municiar as autoridades com os elementos necessários para resolver a questão. Um movimento social interessado em ver determinado interesse reconhecido pela lei pode, em tese, tanto lutar por uma legislação específica quanto buscar ressignificar leis já existentes para obter os efeitos desejados do poder Judiciário. Por exemplo, grande parte dos problemas patrimoniais relacionados à união entre homossexuais vem sendo resolvida pelo poder Judiciário brasileiro por meio de normas já existentes no ordenamento jurídico também aplicáveis a heterossexuais.¹

Nesse segundo caso de ressignificação da legislação existente, a estratégia seria lutar pela qualificação jurídica do racismo, criando raciocínios jurídico-dogmáticos que fundamentem ações a serem propostas ao poder Judiciário. Trata-se de manipular as normas para fazer com que elas acolham interesses sociais determinados. Não vai aqui qualquer sentido pejorativo na palavra "manipulação". O direito sempre trabalha com leis criadas antes da ocorrência dos conflitos. "Manipular" as normas é criar bons raciocínios jurídicos para que se consiga, com o mesmo material, figurar a realidade mutante dos conflitos sociais. É claro que, às vezes, algumas normas podem se tornar imprestáveis para determinados fins, justificando-se, desse ponto de vista, a criação de novas normas jurídicas. No entanto, é difícil avaliar se uma norma já não serve para lidar com a realidade social. Grande parte do trabalho do jurista, do advogado e do juiz é ampliar o alcance das normas para todo e qualquer conflito, o que tornaria extremamente complexo e difícil de operar o ordenamento jurídico.

Qualquer que seja a estratégia da juridificação (criação de lei específica ou manipulação de normas gerais já existentes), é preciso levar em consideração que o procedimento de aplicação das normas jurídicas sempre envolve alguma indeterminação.

Isso significa que é preciso ter sempre em mente que o juiz não é um mero técnico e que faz parte do direito a existência de um espaço de indeterminação das normas: a atividade de aplicar o direito é um espaço para tomada de decisões que, se bem é verdade que encontra limites na lei, não está completamente determinado por ela (Rodríguez, 2002).

¹ Sobre a evolução da jurisprudência nesse tema, ver "O novo direito de família" (Wald, 2000).

Diante disso, fica evidente que o aplicador também exerce poder ao es-
colher uma entre várias decisões possíveis. Numa democracia, todo exercí-
cio de poder pede um controle democrático. Uma vez que a existência desse
espaço de indeterminação não está em questão, todo o problema passa a
ser como se toma a decisão e como podemos controlá-la democraticamente.
Por isso, ao analisar o modo como o poder judiciário aplica as normas a
casos de racismo levados a ele, é preciso ter o cuidado de não denunciar
a liberdade jurisdicional pelo simples fato de ela ser exercida. Esse é um
pressuposto teórico importante adotado neste trabalho.

O ordenamento jurídico é um sistema aberto e móvel (Canaris, 1996),
um conjunto de normas cuja interpretação está em constante movimento.
A fixação de sentido é sempre provisória e se modifica a partir de atos inter-
pretativos diversos, que variam a ênfase atribuída a esta ou àquela norma,
compreendida sempre em sua relação com as outras normas jurídicas do
ordenamento. Esses atos interpretativos são praticados em função de pro-
blemas constituídos pelos vários agentes sociais envolvidos em conflitos.
O pensamento jurídico-dogmático movimenta-se, ou seja, reconstrói seus
sentidos e suas fronteiras, em função dos problemas que lhe são apresenta-

A estratégia de manipular normas existentes representa a opção por to-
mar parte direta e abertamente nesse "duelo de interpretações" caracteris-
tico da atividade de aplicação de normas jurídicas.² Enquanto a estratégia
de criar uma nova lei específica, por sua vez, apresenta ainda uma pecu-
liaridade, pois cada norma nova, vindo a fazer parte do sistema, deverá ser
aplicada tendo em conta suas relações com o resto do ordenamento jurídico.
Por essa razão, é impossível saber de antemão em que medida a aplicação
da norma introduzida corresponderá à intenção ou aos objetivos que moti-
varam a sua criação.

Diante de tudo isso, talvez seja mais correto falar, do ponto de vista do
direito, de vários "racismos", ou seja, de diversas possibilidades de quali-
ficar juridicamente fatos socialmente considerados "racismo"; seja a partir

2 Sobre o tema das relações entre dogmática jurídica, poder judiciário e democracia, ver J.
R. Rodríguez, R. Portella Püschel e M. Rodríguez de Assis Machado, "O raciocínio jurí-
dico-dogmático e suas relações com o funcionamento do poder judiciário e a democracia",
texto apresentado no 3º Congresso Latino-Americano de Ciência Política, promovido pela
Alacip - Associação Latino-Americana de Ciência Política, Campinas/Brasil, 4/9/2006.

de leis que tratem especificamente do racismo ou, com a mediação do raciocínio dogmático, de outras existentes no ordenamento.

Aparentemente, a estratégia dos movimentos sociais no que diz respeito ao racismo tem sido a de reivindicar normas específicas. A demanda por leis específicas, por sua vez, toca em outros pontos importantes. De um lado, tal demanda parece estar relacionada com a necessidade de reconhecimento dos movimentos sociais, que desejam ver seus interesses regulados especificamente: querem a “sua” lei. A conquista de uma regulação específica, aparentemente, garantiria um tratamento “especializado” a determinado problema social, além de conferir-lhe um *status* simbólico superior.

A aposta pelo papel simbólico da lei também está presente quando vemos que, além de reivindicar uma regulação específica para o racismo, tal reivindicação se faz primordialmente em referência a uma das gramáticas do Estado de direito: o direito penal.

Pode-se dizer que a reivindicação de leis penais que tratem do racismo faz parte de um fenômeno maior, que não distingue classe ou ideologia: uma demanda social crescente pela criminalização das condutas. O direito penal se expande cada vez mais, regulando os mais diversos assuntos como se fosse a única gramática capaz de dar à sociedade uma percepção de segurança. Ou como se o tratamento penal fosse uma forma de comunicar o quanto a sociedade estima certos “bens” ou “valores”, estabelecendo-se uma espécie de escala em que são diretamente proporcionais a gravidade da sanção e o valor atribuído a determinados bens ou valores. Aparentemente, apenas a criminalização leva a sociedade a crer que, efetivamente, “alguma coisa está sendo feita pelas autoridades”. No caso de muitos movimentos sociais, essa relação é explícita: a criminalização de condutas discriminatórias aparece como essencial na luta por direitos e reconhecimento social para minorias.

No caso do movimento negro, o discurso antirracista em favor da criminalização de condutas surgiu praticamente junto com a organização do movimento. Essa estratégia de regulamentar juridicamente o conflito social se refletiu, como veremos, no desenvolvimento da nossa legislação desde a primeira lei antirracista na década de 1950.

Nesse processo, outras possibilidades de regulação – sancionatórias ou não – ficaram por muito tempo obscurecidas, relegadas a segundo plano, e não receberam atenção dos cidadãos ou dos movimentos sociais. Outras estratégias de juridificação do racismo, como a implementação de cotas e

outros mecanismos, apenas recentemente foram incorporadas ao debate público. A tendência que descreveremos a seguir parece reproduzir a lógica de que tudo tem que se resolver por meio da gramática penal. Se ela funciona bem, ou seja, se há cidadãos condenados ou presos por crime de racismo, isso significaria que o direito está ligado prioritariamente à demanda por novas leis. Apenas recentemente e de modo ainda incipiente, as organizações têm valorizado o campo de atuação jurisdicional e desenvolvido algumas estratégias a partir da produção de interpretações dogmáticas das leis vigentes. Embora ainda não exista um estudo mais profundo da advocacia em defesa dos direitos de igualdade racial, percebemos que a incorporação desse campo de atuação à luta dos movimentos não foi ainda capaz de generalizar, no âmbito do próprio movimento, a aceitação da premissa, exposta anteriormente, de que no campo da atividade jurisdicional – campo este em disputa pelo trabalho dogmático – há uma margem de liberdade para a decisão.

Este texto pretende tratar das seguintes questões: primeiro, analisar a estratégia de juridificação do combate ao racismo no direito brasileiro por meio de leis específicas que privilegiam respostas punitivas. Pretende-se explicitar que essa é uma entre outras possíveis estratégias de juridificação; e que a relação entre racismo e direito – entre direito e sociedade – é muito complexa, tanto no que diz respeito às estratégias de juridificação quanto aos atos de aplicação em si mesmos. Em seguida, este texto descreverá também como o racismo está juridificado por normas não específicas, na esfera civil, por meio das regras gerais de responsabilidade civil. Pretendemos contribuir, dessa forma, para ampliar os elementos a serem levados em consideração na reflexão sobre a escolha do projeto de juridificação a ser defendido na esfera pública.

Adiante, analisaremos acordos do TJSP, tanto em casos de aplicação das leis penais específicas sobre racismo, como de aplicação de leis gerais de responsabilidade civil, utilizadas para fundamentar demandas indenizatórias em razão de condutas classificadas como racistas. A partir desse último conjunto de falhas, observaremos como tem se desenvolvido uma estratégia de regulação do racismo alternativa à da demanda pela criação de leis específicas e de criminalização de condutas. Isto é, também veremos como tem se dado a aplicação de sanções ao racismo quando se emprega o

caminho da ressignificação de leis gerais já existentes para obter os efeitos desejados junto ao Judiciário.

Além disso, pretendemos mostrar que a análise da aplicação da lei pelo Judiciário deve levar em conta não só o que acontece em outras áreas do direito, mas também uma série de fatores que são questionados no momento da aplicação e que podem converter-se em obstáculos à sua aplicação. Ou seja, um diagnóstico que afirme a "efetividade" do direito a partir do número de condenações ignora questões específicas internas do sistema jurídico e não aponta caminhos para aprofundar a discussão sobre o uso de instrumentos jurídicos na luta antidiscriminatória, suas limitações e possibilidades.

Estratégia legislativa antirracista

Como observamos no Capítulo 8, "Para além da inefetividade da lei: Estado de direito, esfera pública e antirracismo", neste volume, o tema da juridificação do racismo ganhou relevância após o fim da Ditadura Vargas, com a articulação de organizações e instrumentos de imprensa ligados ao movimento negro e o surgimento de demandas públicas por um tratamento jurídico do tema, em especial por uma *legislação penal antirracismo* (Fullin, 2000, p.21).³

O marco legislativo nesse sentido foi a promulgação da Lei 1.390/51, conhecida como "Lei Afonso Arinos", que tipificou como contravenções penais condutas relativas à *recusa, negação de atendimento ou acesso de pessoas a estabelecimentos públicos ou privados, por preconceito de cor ou raça*.

Tal lei foi, sem dúvida, o instrumento legal mais importante⁴ até que a ratificação pelo Brasil da Convenção da ONU (1968) trouxe novamente

³ É ilustrativo a esse respeito o teor do Manifesto à Nação Brasileira, documento resultante das deliberações empreendidas na Convenção Nacional do Negro Brasileiro (1945 e 1946), que exigia expressamente "inserir a discriminação racial na Constituição como crime de lesa-pátria" e "uma lei antidiscriminatória, acompanhada de medidas concretas para impedir que esta constituísse somente uma proclamação jurídica, vazia de sentido." (Nascimento, 1980, p.190 apud Fullin, 2000, p.21).

⁴ Fora dessa lei houve referências laterais ao tema em alguns documentos legais, como a vedação de difusão de campanhas ou pronunciamentos discriminatórios contidos no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62), no Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65) e na Lei n. 5.250/67, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e da informação.

luz ao tema. A partir dela, definiu-se no direito penal nacional a incitação ao ódio ou à discriminação racial como crimes contra a segurança nacional (Lei n. 6.620/78). Na área cível, a novidade veio com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85), que autorizava o Ministério Público a propor ações civis públicas em defesa de minorias étnicas.

O tratamento jurídico do racismo sofreu mudanças significativas com a Constituição de 1988. As organizações e os ativistas do movimento negro, que tiveram atuação importante nos debates constituintes, compartilhavam de uma posição bastante crítica frente à Lei Afonso Arinos. As críticas partiam de um diagnóstico de pouca aplicação dessa lei e identificavam a própria conformação desse diploma como uma das causas do problema: criticava-se a estratégia de tipificação das condutas, que eram consideradas muito específicas e detalhadas, dificultando sua caracterização. Criticava-se, ainda, a pouca gravidade da qualificação jurídica dos atos discriminatórios como contravenção e não como crime (Prudente, 1989).⁵ Em vista disso, surgiram, naquele período, demandas mais incisivas de criminalização, como a de tornar o racismo um "crime inafiançável e imprescritível", o que veio efetivamente a ser incorporado no artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal de 1988.

Com esse dispositivo tem-se um agravamento significativo do tratamento do racismo e uma sinalização clara de que a via da penalização seria um caminho privilegiado de tratamento do tema. A atividade legislativa que se seguiu à Constituição preocupou-se basicamente com a regulamentação do racismo como crime. Essa é a função da Lei n. 7.716/89 (Lei Caó), que estabeleceu os novos tipos penais ligados ao tema. Tipificou condutas que englobaram as contravenções da lei anterior, ampliou o rol de condutas e estabeleceu penas bem mais elevadas — da prisão simples de três meses a um ano, passaram a ser de reclusão em todos os casos, com previsões de um a três e de dois a cinco anos.

5 Essa foi a conclusão das discussões havidas na Segunda Semana de Cultura Negra, que culminaram no Projeto de Lei n. 1.661, encaminhado ao Congresso Nacional em 1983, que previa a "criminalização" da discriminação racial e sua tipificação de forma mais ampla. Esse projeto foi rejeitado, mas algumas reivindicações foram levadas em consideração em posterior momento de reforma legislativa.

Essa lei foi modificada pelas leis n. 8.081/90 e 8.882/94, que criaram novos tipos penais⁶ e, posteriormente, pela Lei n. 9.459/97, de autoria do então deputado Paulo Paim, que tinha como um de seus principais objetivos, nos termos da própria justificativa do projeto, "atacar a impunidade".

Nesse sentido, as mudanças mais relevantes deram-se, primeiro, com a modificação do artigo 20: em vez de enumerar condutas e fornecer-lhes descrição detalhada, o tipo passa a fornecer uma caracterização mais genérica para o crime de racismo, descrito como "praticar, induzir ou incitar discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional"; em segundo lugar, a lei acrescentou ao artigo 140 do Código Penal, uma forma agravada de injúria (com pena de reclusão de um a três anos e multa), "se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem".

Esse último dispositivo visava a corrigir, segundo a justificativa do projeto de lei, um dos pontos apontados como problemáticos na aplicação da regulamentação anterior: o fato de que as ofensas à honra baseadas na raça e na cor continuavam a ser enquadradas pelos tribunais como crimes contra a honra individual (injúria simples), bem mais leve que o de racismo. Isso implicava também serem processadas mediante ação privada. Exceção do sistema geral de acusação pública, a ação penal de iniciativa privada obedece a uma série de limites: tem requisitos formais bastante rígidos, prazo de seis meses para ajuizamento da ação, pagamento de custas processuais, e exige a contratação de advogado.

É curioso notar que, ao final da tramitação, esse projeto acabou por incluir a injúria racial como uma forma qualificada de injúria, submetendo-a, portanto, ao mesmo regime de processamento.

Na proposta inicial do Projeto de Lei 1.240/95 constava a inclusão do tipo da injúria racial na Lei Caó, o que refletia uma preocupação presente na justificativa do projeto de que essa conduta fosse considerada "crime de racismo". Aparentemente, também, não se pretendia que seu processamento se desse por meio de ação penal de iniciativa privada. Na confor-

6 A primeira tipificou a prática, incitação ou indução de atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional pelos meios de comunicação ou por publicação; e a segunda, o crime de fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

mação final do texto da lei, essas condutas deixaram de integrar um tipo autônomo da Lei Caó e passaram a figurar como uma forma mais grave de injúria (§ 3º do artigo 140 do Código Penal), ficando sujeitas a uma pena menor que a prevista no projeto e ao tratamento próprio a esse tipo de crime contra a honra subjetiva (a ação penal privada). Pela análise elaborada até o momento, não está claro o que ocasionou essa mudança no projeto. Em suma, o resultado final do projeto acabou não resolvendo o problema, antes apontado, decorrente das dificuldades criadas pelo regime de acusação privada. A distinção entre racismo e injúria racial e sua submissão a regimentos processuais distintos é um fator que, como veremos adiante, tem consequências relevantes na aplicação da lei.

Até aqui, vê-se que o movimento negro centrou suas demandas ao legislador em estratégias que ampliassem, endurecessem ou aperfeiçoassem a criminalização de atos discriminatórios e preconceituosos e que, em grande medida, teve suas demandas acatadas pelo poder Legislativo. Resultado disso é que a legislação brasileira antirracismo está fortemente baseada em um instrumento da sanção penal.⁷ Discussões sobre outras formas de intervenção e outros campos de ação dentro do direito adquiriram importância apenas recentemente com a discussão de medidas afirmativas.

A partir das mobilizações em torno da participação do Brasil na Conferência contra o Racismo promovida pela ONU em 2001, em Durban, ganhou espaço na discussão pública, na pauta das agências estatais⁸ e também no âmbito do Legislativo uma plataforma antirracismo baseada em políticas de ação afirmativa.

7 Nesse mesmo sentido vai a análise de Fullin (2000, p.34): "a saída punitiva parece sobressair-se como forma de dar relevância social ao problema do racismo. As demandas pela criminalização do racismo e por penas mais severas parecem corresponder à visão, segundo a qual, quanto maior a pena prevista, maior o grau de relevância social da infração cometida". São exemplos dessas medidas, a adoção por diversos ministérios de um sistema de cotas para a promoção de funcionários; a instituição do "Programa de Ações Afirmativas", em maio de 2002, que visava ao incremento da participação de negros, mulheres e portadores de necessidades especiais em cargos de chefia em todas as universidades federais; a instituição de um sistema de cotas em algumas universidades. Além disso, depois que o Supremo Tribunal Federal se manifestou pela constitucionalidade do princípio da ação afirmativa, até mesmo o Judiciário adotou a exigência de um percentual mínimo de negros empregados nas empresas prestadoras de serviço à Justiça.

ue criaram
autoria do
ais objeti-
unidade".
etro, com
reecer-lhes
mais ge-
ou incitar
ocedência
ódigo Pe-
tres anos
es a raça,
a do pro-
cação da
s na raça
es contra
mo. Isso
eção do
da obe-
s, prazo
ssuais, e
por in-
endo-a,
ção do

Como apontado no Capítulo 8 deste volume, essa discussão coincide com a produção de reflexões críticas – tanto no âmbito acadêmico como no âmbito do próprio movimento negro – a respeito das insuficiências do tratamento do racismo por meios meramente sancionatórios, argumentando-se a favor da implementação de outras respostas por parte do direito capazes de diminuir as desigualdades sociais motivadas pelo racismo (Jaccoud; Beghin, 2002, p.18; Fullin, 2000, p.34; Gomes, 2001, p.20; Schecaira, 2003, p.416).

O tema da ação afirmativa foi levado ao Parlamento com mais ênfase na discussão sobre a lei de cotas sociais e raciais em universidades federais e estaduais (Projeto de Lei do Senado Federal 73/99, de autoria da deputada Nice Lobão, com suas diversas emendas e apensos, que ainda tramita na Câmara dos Deputados) e sobre o Estatuto da Igualdade Racial (Projeto de Lei do Senado Federal 213/03), projeto de autoria do senador Paulo Paim (PT-RS), que está em tramitação no Congresso Nacional desde 1998. Esses projetos têm seu foco no estabelecimento de um conjunto de ações afirmativas que envolvem “programas e medidas especiais adotados pelo Estado para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades” (Projeto de Lei do Senado Federal 213/03). Marca, assim, uma mudança de foco de uma política legislativa que tinha por característica central a vedação de condutas, sob ameaça de sanção, para uma política centrada no estabelecimento de uma série de medidas positivas a serem adotadas pelo Estado, que têm por escopo corrigir distorções e desigualdades e promover a “participação dos afro-brasileiros, em condições de igualdade de oportunidades, na vida econômica, social, política e cultural do País”.⁹

9 Mais especificamente, o art. 4º do Projeto 213/03 prevê que: “A participação dos afro-brasileiros, em condições de igualdade de oportunidades, na vida econômica, social, política e cultural do país será promovida, prioritariamente, por meio de: I – inclusão da dimensão racial nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social; II – adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa; III – modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades raciais decorrentes do preconceito e da discriminação racial; IV – promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação racial e às desigualdades raciais em todas as suas manifestações individuais, estruturais e institucionais; V – eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade racial nas esferas pública e privada; VI – estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades raciais, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos e contratos públicos; VII – implementação

Para
para a
dos lev
se indi
de dad
Tribun
(quanc
Dos 2
manua
aplica
penal,
Po
que ha
te dos
“pou
ao po
nação
uma
no pr
acess
a atu
No q

Judiciário e direito penal

Para a análise das decisões judiciais neste trabalho utilizaremos, tanto

para a responsabilidade penal quanto para a responsabilidade civil, os dados levantados no Capítulo 8 sobre a jurisprudência do TJSP.¹⁰ Conforme se indica naquele capítulo, as decisões analisadas foram extraídas do banco de dados do TJSP por meio do mecanismo de busca disponível no site do Tribunal, em pesquisa realizada com o termo *racismo*, no período de 1998 (quando o Tribunal tornou disponíveis on-line as suas decisões) a 2005. Dos 266 acórdãos identificados inicialmente, após uma série de filtragens manuais que excluíram repetições e acórdãos que não tinham por objeto a aplicação da legislação antirracismo, restaram 41 casos, dos quais 27 da área penal, 13 da área civil e 1 Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Podemos assumir – o que se expôs mais amplamente no Capítulo 8 – que há um discurso comum tanto aos movimentos sociais como a uma parte dos operadores do direito no sentido de que a legislação antirracista é “pouco eficaz”, de que “não encontrou a aplicação que se esperava junto ao poder Judiciário (Abreu, 1999), uma vez que há poucos casos de condenação criminal (Piovesan; Guimarães, 1998). Faz parte desse diagnóstico uma série de elementos que compõem um sistema de filtros e obstáculos no processamento das demandas ligadas ao tema (que envolvem questões de acesso à justiça de várias ordens, mas também a falta de assessoria jurídica, a atuação das autoridades policiais, a inércia do Ministério Público etc.). No que diz respeito ao Judiciário, fala-se frequentemente em impermeabi-

de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades raciais nas esferas da educação, cultura, esporte e lazer, saúde, trabalho, mídia, terras de quilombos, acesso à justiça, financiamentos públicos, contratação pública de serviços e obras e outras. Os programas de ação afirmativa constituíram-se em medidas imediatas iniciais reparatórias, destinadas a iniciar a correção das distorções e desigualdades raciais derivadas da escravidão e demais práticas discriminatórias racialmente adotadas, na esfera pública e na esfera privada, durante todo o processo de formação social do Brasil e poderão utilizar-se da estímulos de cotas para a consecução de seus objetivos”.
10 Este levantamento se refere ao total de acórdãos disponíveis no banco de dados do TJSP. O levantamento foi posteriormente complementado e ampliado com os casos disponíveis no banco de dados da Associação de Advogados de São Paulo (www.aasp.org.br). Os resultados dessa ampliação foram apresentados em: Machado (2009) e Machado; Puschel; Rodrigues (2009). No momento em que o presente artigo foi escrito não tínhamos acesso ainda a esses resultados. Entretanto, todas as conclusões se mantêm.

ssão coincide
nico como no
cias do trata-
mentando-se
to capazes de
oud; Beghin,
003, p.416).
ais ênfase na
es federais e
da deputada
a tramita na
(Projeto de
Paulo Paim
1998. Esses
ões afirma-
do Estado
ualdade de
ca, assim,
aracterísti-
ma política
serem ado-
igualdades
igualdade
o País”.

dos afro-bra-
tal, política e
da dimensão
ção de me-
uras institu-
dades raciais
normativos
em todas as
s obstáculos
idade racial
as oriundas
combate às
rios de con-
leментação

lidade ou insensibilidade dos juízes ao problema do racismo. Nas palavras de uma importante organização do movimento negro, “a livre interpretação dos fatos pelo/a juiz/a geralmente é influenciada pelas teorias sociais que menosprezam a gravidade da violência racista – seja real ou simbólica – carnavalizando as relações raciais e alimentando o ideário da democracia racial” (Observatório Negro, 2004).

Os dados colhidos em levantamento realizado no TJSP em acórdãos de 1998 a 2005 permitem relativizar esse diagnóstico.

Dos 26 acórdãos da área penal,¹¹ três deles trataram de questões meramente processuais. Dos 23 casos restantes, em 6 tem-se resposta definitivamente negativa à demanda antirracista: em 2 dá-se a absolvição por falta de provas e em 4 os desembargadores analisam propriamente o mérito e se pronunciam pela não configuração do crime. Argumentam no sentido de que o ofensor não agiu com dolo ou má-fé, não obstante a ocorrência de ofensas com elementos raciais e o fato de que seus termos não sejam contestados pelo acórdão. Em 17 acórdãos encontramos, de alguma forma, manifestação positiva dos desembargadores em relação à qualificação jurídica dada aos fatos – 14 qualificando os fatos como injúria racial, 3 como racismo.

O que chamamos de “alguma forma de manifestação positiva” inclui decisões que versam sobre o mérito do caso concreto após o término da instrução processual em primeira instância, geralmente proferidas em âmbito de recursos de apelação, e nesse grupo temos apenas quatro condenações por injúria racial e nenhuma por racismo como pronunciamento “provisório”, em que, devido ao momento processual em que a demanda chega à segunda instância, os desembargadores se manifestam sobre a adequação em tese dos fatos narrados aos tipos de racismo ou de injúria racial, mas não sobre o reconhecimento de sua configuração concreta. Ou seja, essas decisões não envolvem a análise das circunstâncias específicas do caso e do conjunto probatório, nem um pronunciamento definitivo sobre a ilicitude do caso concreto e a atribuição de responsabilidade.

Nesse grupo de casos, em que há – digamos assim – o “reconhecimento fraco da ilicitude”, está a maioria dos pronunciamentos analisados: dez casos em que se reconheceu em tese injúria racial e três casos de racismo.

11 Excluímos um acórdão que tinha por objeto discriminação em razão da religião.

Não podemos deixar de considerar que, dentre esses casos, há decisões de diferentes tipos e consequências.

Das decisões que reconhecem a injúria racial, quatro são decisões inter-mediárias e têm como consequência o prosseguimento da instrução processual em primeira instância para averiguar definitivamente se há a configuração do crime no caso concreto.

Em seis casos, entretanto, o reconhecimento da injúria, decorrente de

uma reclassificação do caso pelo Tribunal, acarretou o subsequente encerramento dos casos. Em sua decisão, o Tribunal reviu a qualificação jurídica de racismo anteriormente atribuída, afirmando que o caso deveria ser enquadrado sob o tipo penal de injúria racial. Acontece que no momento em que o Tribunal altera a qualificação dada ao fato, isso tem como efeito prático o reconhecimento da decadência do direito de oferecer ação penal privada (cinco casos) ou decretação de nulidade do processo que tramitava como ação penal pública (um caso). Isso acontece pela diferença de regimes de processamento em cada um dos casos: o racismo é processado por meio de ação penal pública, ou seja, por meio de denúncia oferecida por membro do Ministério Público. Já a injúria racial, como afirmamos anteriormente, deve ser processada por meio de ação penal privada, iniciada pelo ofendido assistido por advogado, dentro de um prazo de seis meses a partir da data em que o ofendido toma ciência da autoria das ofensas (o que muito frequentemente coincide com a data em que os fatos ocorreram).

A diferença de regimes desses dois crimes, envolvidos nas divergências acerca da qualificação jurídica dada aos casos que envolvem elementos racistas, determina uma situação bastante problemática: toda vez que a reclassificação de racismo para injúria racial acontecer após o prazo de seis meses que mencionamos, haverá já ocorrido a decadência do direito de propor a ação penal. Ou, ainda, se a decisão for proferida deixando pouco tempo para que o ofendido viabilize a queixa-crime, esse será um fator relevante para aumentar a probabilidade de ocorrência desse mesmo desfecho ou, ao menos, para dificultar a preparação da ação a ser proposta.

Em outras palavras, a reclassificação do caso nessas condições, ainda que envolva um pronunciamento positivo por parte do Tribunal sobre a relevância e a possível ilicitude do caso, a ser averiguada, acaba tendo como resultado prático o encerramento do caso. Se, de um lado, não é possível saber se a intenção dos desembargadores ao reconhecer a injúria era justa-

palavras
interpreta-
s sociais
bólica -
ocracia
daos de
mes me-
sta de-
olvidço
nente o
tam no
a ocor-
os não
alguma
qualifi-
racial,
incli
da ins-
mbito
nações
provi-
hega à
uação
l, mas
essas
o e do
cidade
men-
s: dez
ismo.

mente alcançar tal resultado prático, de outro lado, não é possível desconsiderar as dificuldades que o próprio arcabouço de regras do direito positivo representa para a solução desses casos.

Em primeiro lugar, a questão da qualificação jurídica dos fatos não é simples. Antes da mudança introduzida pela Lei 9.459/97, a disputa estava em classificar as ofensas que continham elementos racistas como injúria simples ou como racismo. A qualificação como injúria simples desprezava totalmente o elemento racial da conduta, enxergando-a exclusivamente como uma ofensa à honra individual. Em contrapartida, a qualificação como racismo desconsiderava a ofensa ao indivíduo concreto, tratando como juridicamente relevante somente o aspecto da conduta que pudesse ser interpretado como discriminação racial. Na época, diagnosticou-se que o Judiciário escolhia, de forma majoritária, a primeira postura, excluindo a incidência do tipo do art. 20 da Lei 7.716/89. Uma explicação dogmática dada para essa posição dizia: diante do tipo genérico de discriminação possivelmente aplicável, prefere-se a aplicação do tipo de injúria, pois neste a conduta em questão se encontra mais detalhadamente descrita que pelo verbo genérico "discriminar". Essa seria uma possível aplicação de um princípio jurídico de interpretação que atua em um campo penal quando há dúvida quanto à norma mais adequada ao caso, que é o da especialidade. Uma norma é especial em relação à outra, e por isso é preferencialmente aplicada, quando lhe acrescenta requisitos específicos. É preciso dizer que o específico de cada norma pode ser interpretado de formas diferentes – pode ser a descrição mais detalhada da conduta, como se disse aqui; mas poderia também ser o elemento racial, o que jogaria a favor da classificação como discriminação.

Ou seja, se esse primeiro posicionamento é juridicamente defensável, havia também elementos para se argumentar dogmaticamente a favor dessa segunda posição. Ela defende que o tipo genérico de "praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" pode absorver, dentre suas possibilidades de conformação concreta, a ofensa com conteúdo racial. Em outras palavras, a ofensa que utiliza elementos raciais poderia ser considerada uma forma de discriminação. Essa posição aproveita-se da generalidade dos verbos desse tipo penal e defende a possibilidade de ampliar sua abrangência por meio de equiparação de uma série de condutas ao ato de "discriminar". Não é de se ignorar que essa solução gerou, no âmbito do sistema jurídico-penal, uma série de

controvérsias
in malam
interpreta
do réu, se
incrimina

Foi ex
mas que
uma form
essa form
seja, esse
contemp
como o c

Dian
ficação o
terpretat
deve ser
pode ser
júria, co
mento r
natória
adequa
desse p
racismo

Não
ser enc
ofensas
levados
gumen
penal p
mento,

Evi
tações.
defend
os dois

Ess
utiliza

controvérsias diante do princípio da legalidade e da proibição da analogia *in malam partem* vigentes no direito penal, que se referem ao fato de que a interpretação de tipos penais deve ser sempre restritiva, se piorar a situação do réu, sendo também vedada a ampliação da área de incidência da norma incriminadora.

Foi exatamente a fim de corrigir esse conflito sobre a aplicação de normas que a alteração legislativa posterior criou o tipo "injúria racial", como uma forma mais agravada de injúria. Em tese, a pena mais grave cominada a essa forma de injúria tem por fundamento justamente o elemento racial. Ou seja, esse novo tipo, a ser aplicado a casos de insultos com elementos raciais, contemplaria tanto o desvalor da conduta no que tange à honra individual, como o desprezo e a discriminação voltados ao grupo em função da raça.

Diante desse novo tipo, ficou mais difícil argumentar a favor da classificação da conduta como racismo simplesmente. Segundo o princípio infitativo que mencionamos antes, em caso de dúvida, a norma especial deve ser aplicada em detrimento da geral. Nesse sentido, a injúria racial pode ser compreendida como uma norma especial tanto em relação à injúria, como ao racismo. Acrescenta à injúria o requisito particular do elemento racial. E ao racismo, o requisito especial de que a prática discriminatória em questão é concomitante à ofensa à honra. Tendo em vista que a adequação ao tipo especial afasta a incidência do tipo geral, a observância desse princípio afastaria as qualificações jurídicas concorrentes de injúria e racismo em prol da injúria racial.

Não queremos dizer com isso que depois da criação desse tipo deveria ser encerrada a disputa pela qualificação jurídica dos fatos que envolvem ofensas de cunho racista (conduta objeto da maioria dos casos analisados levados a julgamento). Apenas estamos mostrando que ela dificultou a argumentação para a classificação como racismo, crime processado por ação penal pública, além de não ter resolvido o problema do regime de processamento, que permaneceu privado, como o da injúria simples.

Evidentemente, continuou sendo possível articular distintas interpretações. Sobre tudo atores especializados do movimento negro têm tentado defender diante dos tribunais a classificação dos fatos simultaneamente sob os dois tipos – o de injúria racial e o de racismo.

Esse argumento de defesa, em primeiro lugar, que o ato de ofender alguém utilizando elementos raciais seja subsumível ao tipo genérico do artigo 20.

vel desconsi-
eito positivo

os não é sim-

ita estava em

injúria sim-

sprezava to-

mente como

ção como ra-

como juridi-

ser interpre-

o Judiciário

a incidência

ada para

ssivelmente

conduta em

bo genérico

pio jurídico

da quanto à

orma é espe-

quando lhe

ico de cada

a descrição

mbém ser o

iminação.

defensável,

favor dessa

induzir ou

o ou proce-

informação

ofensa que

discrimina-

tipo penal

de equipa-

e se ignorar

ma série de

Duarte (2003), advogada do SOS Racismo, construiu uma interpretação do conceito "discriminar", articulando-o com a definição da Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial,¹² ratificada pelo Brasil, de modo a abarcar a ofensa racial da seguinte forma:

[...] o evidenciamento ofensivo pelo famoso jargão "negro safado", entre outros, por exemplo, é distingui-lo, caracterizá-lo ofensivamente, não somente como indivíduo, mas como pertencente a um grupo racial determinado, restringindo a população negra do direito fundamental à sua identidade racial, livre de comparações e apelidos discriminatórios. (Duarte, 2003)

Assim, o conflito aparente de normas entre a injúria racial e o racismo deveria ser resolvido identificando-se a incidência simultânea dos dois crimes, pois, com a mesma ação, o autor atinge a honra pessoal, mas também "vincula necessariamente a ideia depreciativa ao grupo étnico-racial a que este alguém faz parte". ▲

Essa solução seria também possível em nossa legislação penal e se chama "concurso formal de crimes" (i.e. nos termos do artigo 70 do Código Penal: "quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes"). Entretanto, poderia ser invocado ainda outro princípio do direito penal em desfavor dessa posição: o *ne bis in idem*, ou seja, a proibição de que alguém seja condenado ou prejudicado duas ou mais vezes pelo mesmo fato. Em nosso caso, o elemento racista da conduta estaria sendo julgado duas vezes: uma para agravar a injúria simples, ou seja, fazendo que ela seja enquadrada na modalidade qualificada de injúria racial e, ao mesmo tempo, para caracterizá-la como discriminação racial, elemento central do crime do artigo 20.

Esses elementos intrínsecos ao sistema de argumentação jurídica mostram que a classificação dessas condutas como injúria racial pelo Tribunal, embora não seja a única possibilidade de interpretação dogmática, é

12 De acordo com esse texto, discriminar "significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública" (art. 1º, inciso I).

adequada
proibição
vimos, esp
princípios

Além d
vante na a
mente, o
tante para
dos fatos
quem, na
tação con
afirma qu
processac
uma lacu
que esse
violência
aos dema
blica. A
seara per
problem

Tal p
um pont
passíveis
mudand
ver o pr
"motiva
trata-se
mo, hor
racismo

Em
princíp

[...]
sado

13 Essa
no C

adequada de acordo com os princípios da legalidade, da especialidade e da proibição do *bis in idem*. No caso, a criação da injúria racial levantou, como vimos, especificamente, constrangimentos em relação a esses dois últimos princípios.

Além disso, é preciso considerar o que talvez seja o elemento mais relevante na aplicação da legislação antirracista: como já levantamos anteriormente, o regramento processual da questão desempenha um papel importante para o desfecho insatisfatório das demandas em que há reclassificação dos fatos pelos tribunais. Isso também é reconhecido por Duarte (2003), quem, na tentativa de sanar essa questão, acaba defendendo uma interpretação *contra legem*, o que, a nosso ver, limita seu alcance nos tribunais. Ela afirma que a não previsão legal de que a injúria qualificada do § 3º deveria ser processada mediante ação penal de iniciativa pública se trata, na verdade, de uma lacuna da lei (especificamente do art. 145 do Código Penal), uma vez que esse tipo de injúria seria equiparável à figura da injúria qualificada pela violência ou vias de fato, para a qual é previsto, explicita e excepcionalmente aos demais casos de crime contra a honra, o procedimento de iniciativa pública. A dificuldade de sustentação de uma solução como essa, ainda mais na seara penal, talvez mostre que nesse ponto específico estamos diante de um problema que seria melhor resolvido por meio de uma mudança legislativa.¹³ Tal projeto é interessante para os nossos fins, pois lida exatamente com um ponto que discutimos antes: os casos em que há duas ou mais normas passíveis de serem aplicadas aos fatos. Se a criação da injúria racial acabou mudando os termos do debate injúria *versus* racismo (embora sem resolver o problema), esse projeto tenta resolver disputas semelhantes, em que a "motivação" racista está presente na prática de um crime "comum". Assim, trata-se de conflitos que envolvem outros pares: lesão corporal *versus* racismo, homicídio *versus* racismo, maus-tratos *versus* racismo, ameaça *versus* racismo, abuso de autoridade *versus* racismo etc.

Em sua justificativa, o senador Paulo Paim, reconhecendo a força do princípio da especialidade na lógica interna do direito penal, explica:

[...] cabe a seguinte indagação: quando um ato de discriminação racial (analisado no seu aspecto substantivo) encontrar referência num outro tipo penal,

13 Essa questão, diga-se de passagem, é objeto do Projeto de Lei n. 36-b, de 1999, que tramita no Congresso Nacional.

como, por exemplo, o crime de lesões corporais (art. 129 do CP), como ele deverá ser punido? Segundo alguns autores, a *motivação* racista, como elemento subjetivo que dá especial coloração aos crimes raciais, não é suficiente para decidir qual é a conduta especial. O grau de detalhamento da conduta, sim, funcionaria como o “fiel da balança” do princípio da especialidade. Resultado: um sem número de condutas, embora facilmente identificadas no senso comum como prática de racismo, deixam de caracterizar a infração do *caput* do art. 20 da Lei n. 7.716, de 1989, uma vez que sujeitas a disposições penais mais específicas.

Como solução a essa situação, o projeto “adota outra estratégia criminalizadora”: redefine o tipo genérico de discriminação racial, oferecendo uma descrição mais detalhada das práticas que o consumam. Dentre outras coisas, tenta resolver a questão do conflito entre normas por meio da criação de tipos específicos para os casos em que a discriminação racial coincidir com a prática de homicídio, lesões corporais, maus-tratos, ameaça ou abuso de autoridade. ■

Em suma, tentamos retratar a gama de questões envolvidas na análise dos dados do Judiciário, que envolvem um mergulho nas próprias formulações legislativas e nos arranjos cada vez mais intrincados que sucessivas leis acabam por formar, nas possibilidades de interpretações dogmáticas que essas leis oferecem, na lógica interna do sistema jurídico e no diálogo contínuo entre interpretações e teses argumentativas distintas, passíveis de serem articuladas a partir de uma mesma norma.

O que buscamos mostrar é que uma interpretação fácil dos resultados obtidos no Tribunal de Justiça está desde logo descartada. Ou seja, não é possível, a partir desses dados, afirmar a insensibilidade do Tribunal em relação a conflitos envolvendo elementos racistas. Podemos, ao contrário, afirmar que o Tribunal, na maioria dos casos, reconheceu de alguma forma a ilicitude de atitudes racistas, quer enquadrando-as como injúria racial, quer como racismo. Outra questão é averiguar o resultado concreto desse pronunciamento, que envolveu quatro condenações por injúria racial, seis decisões a favor do prosseguimento do processo para apurar injúria racial ou racismo (tratava-se de decisões anteriores ou no curso do processo) e seis absolvições.

Não é possível explicar esse resultado sem atentar aos obstáculos do próprio sistema jurídico. Isto é, a existência de divergência entre a qualifi-

cação jurídica dada ao fato – sendo que a reclassificação feita pelo Tribunal é uma forma plenamente justificável de decidir sobre essa divergência e a diferença de regimes entre os crimes que concorrem pela tipificação, que leva ao problema da decadência ou da nulidade, o que não aconteceria se tivéssemos em mãos dois crimes de ação pública. Ou seja, nesse ponto não é possível desconsiderar o efeito paradoxal que a diferença de previsão de regime provoca na discussão sobre a classificação do caso. Além disso, das absolvições verificadas, duas deram-se por ausência de provas, o que significa que uma crítica a respeito da adequação ou não dessa decisão só seria possível a partir de uma análise qualitativa dos autos, considerando o princípio do livre convencimento do juiz.

Para analisar esses dados é importante atentar para alguns pontos. É normal para o direito a possibilidade de se “frustrar” a intenção do legislador no momento de aplicação da norma. Na verdade, como se disse, o problema está em pensar que, entre a criação da lei e sua aplicação, não haja espaço para interpretação. O erro está em imaginar a possibilidade de uma *coincidência hermeneutica* perfeita entre edição e aplicação da lei.¹⁴ O processo de aplicação tem demandas específicas que se relacionam às circunstâncias do caso concreto e à relação de um texto normativo e todos os outros textos já existentes no ordenamento. A autoridade competente por aplicar a lei deve levar em conta as especificidades do caso e, para esse fim, pode e deve buscar compreender sistematicamente as normas, relacionando-as umas com as outras. Assim, o aplicador irá escolher a norma que considera adequada ao caso, conferindo-lhe certa interpretação.¹⁵

De qualquer forma, se *coincidência hermeneutica* perfeita entre o texto da lei e seu enunciado pelo processo de aplicação é uma quimera, pode-se falar da possibilidade de uma certa *congruência*. Pode-se falar da possibilidade de que, da aplicação, resulte algum grau de semelhança entre o texto da norma

14 A formulação mais sofisticada da independência do momento de aplicação das normas jurídicas está em K. Günther (1993), *The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law*.

15 Não há espaço aqui para aprofundar essa descrição, mas é importante mencionar que o processo de “escolha” de uma norma, muitas vezes, pode ser descrito como uma atividade de “construção”, pois nem sempre o material normativo traz claros os enunciados a serem aplicados e é preciso reconstruir um grande manancial de leis e outras espécies normativas para que se possa formular uma proposição jurídica inteligível. Para uma descrição didática, mas bastante completa desse processo, ver English (1988).

o ele deve-
ento sub-
ura decidir
funciona-
o: um sem
um como
20 da Lei
específicas.

na crimi-
erecendo
re outras
a criação
coincidir
ou abuso

a análise
s formu-
cessivas
gmáticas
diálogo
síveis de

resultados
a, não é
nal em
ontrário,
a forma
a racial,
to desse
cial, seis

ia racial
(o) e seis
qualifi-

e sua enunciação posterior em função dos casos concretos. Tal *congruência hermenêutica* é essencial, pois a autoridade não pode simplesmente ignorar o texto da norma e julgar sem qualquer parâmetro. Franz Neumann chega a afirmar que o papel da pesquisa empírica sobre a aplicação das normas pelos juízes é, justamente, vigiar seu espaço de indeterminação, preenchido pelo processo de aplicação. Constatada uma flagrante *incongruência hermenêutica* entre lei e aplicação da lei, é papel do pesquisador, diz Neumann, sugerir que a matéria saia da alçada do Judiciário, ou, acrescentaríamos nós, que sejam realizadas reformas legislativas ou reformas na própria estrutura do Judiciário; em seu modo de julgar (Rodriguez, 2006).

Para os fins deste texto, pode-se dizer que os movimentos sociais afirmam que, por não haver condenações penais por racismo em grande proporção, há uma *incongruência hermenêutica* tal entre a lei e sua aplicação que a ação do poder Judiciário fica comprometida.¹⁶ Buscamos mostrar, entretanto, que essa avaliação geral da *incongruência hermenêutica* das leis sobre racismo feita pelos movimentos sociais desconsidera circunstâncias jurídico-dogmáticas específicas do direito penal. Nesse caso, o aplicador tem que se haver com uma variedade de categorias (“racismo”, “injúria racial”, princípio da legalidade, da especialidade e da proibição da analogia) que aumentam as possibilidades de interpretação, ampliando a indeterminação das normas.

Mais do que isso, levantamos a hipótese de que a introdução da categoria “injúria racial” produziu um efeito paradoxal: ao tentar restringir o espaço de interpretação da autoridade aplicadora com a edição de uma norma especial, terminou por ampliar a indeterminação do direito e, assim, aumentou o espaço de poder dos juízes, contribuindo para a impressão de total *incongruência hermenêutica* entre lei editada e lei aplicada. Nesse ponto, talvez seja o caso de avaliar a reforma legislativa como uma solução ao problema. Mesmo assim, podemos dizer que, apesar dessa dificuldade jurídico-dogmática, o Judiciário não é completamente indiferente ao racismo. Há algum grau de congruência entre as leis sobre racismo e sua aplicação. Podemos

16 É importante dizer que não vamos falar aqui de *efetividade* da lei, isto é, da questão dos efeitos reais produzidos por ela na sociedade, pois esse conceito demandaria verificar, além da execução das sentenças condenatórias, se essa resposta modificou ou não a situação de fato. Vamos analisar apenas se o poder Judiciário, ou mais especificamente o TJSP, tem se mostrado sensível à questão do racismo no momento da aplicação da lei.

afirmar isso, a princípio, a partir do fato de que a maioria dos julgamentos resulta no reconhecimento de que a prática de racismo é ilegal e de que essas condutas devem ser averiguadas. Esse reconhecimento por si mesmo torna possível ir além de um diagnóstico pessimista e generalizador de que juízes são racistas ou de que nosso Judiciário é insensível à luta por igualdade para aprofundar a investigação sobre os elementos do próprio sistema que contribuem para a ausência de respostas consideradas satisfatórias.

Por isso, discordar desse diagnóstico geral não impede que levantemos uma série de questões que merecem ser aprofundadas, a fim de produzir uma crítica consistente às instituições do direito. É o caso, por exemplo, da questão da exigência da prova. Como veremos a seguir, esse problema se revelou ainda mais grave nos casos de responsabilidade civil, pois foi bastante alto o número de casos em que não houve responsabilização por falta de provas.

Essa questão foi também objeto de menção específica pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil* (OEA, 1997):

[...] a Lei 7.716 mostrou ser de difícil aplicação, já que não cria mecanismos que facilitem a prova de efetiva prática desse crime. Por outro lado, ao tornar necessário provar a intenção discriminatória, conduz a situações de prova em que a palavra do agressor compete com a do agredido e faz evidenciar a ofensa objetiva.

Esse é um ponto que efetivamente merece ser melhor investigado. Não sabemos, por exemplo, se as dificuldades com a prova decorrem de processos mal instruídos (o que pode ser sanado com medidas que melhorem a qualidade dos serviços de advocacia e da atividade investigatória e instrutória da polícia), se decorrem de uma concepção dogmática ultrapassada que vê na categoria "dolo" a necessidade de comprovação de nexos psicológicos (cabendo aí disputar pela prevalência de outra compreensão dos elementos do delito), se se trata de "excesso de exigência" do Judiciário ou alguma espécie de predisposição para absolver (o que certamente deve ser objeto de controle democrático e crítico, mas que só poderia ser afirmado mediante mais estudos empíricos) ou, ainda, se decorre da própria natureza dos casos, que dependem em sua maioria de prova oral. Defendemos, enfim, a necessidade de uma análise mais detida do problema, assim como uma con-

congruência
mente ignorar
mann chega
das normas
, preenchi-
congruência
c, diz Neu-
escentaria-
na própria
(6).
sociais afir-
rande pro-
aplicação
s mostrar,
ca das leis
instâncias
aplicador
injúria ra-
analogia)
adetermi-
categoria
o espaço
ma espe-
umentou
tal incon-
o, talvez
problema.
ico-dog-
da algum
podemos
SP, tem se

consideração cuidadosa de suas possíveis soluções, antes de se propor diretamente a solução de se criar a modalidade culposa para os crimes de racismo, como consta da proposta de emenda feita pela ONG Observatório Negro no "Parecer do Projeto de Lei do Senado n. 309 de 2004".

Compreender a dinâmica e a lógica do sistema jurídico contribui também para ver as possibilidades e limitações de cada instrumento jurídico, no momento de avaliar e decidir por estratégias jurídicas de atuação a serem adotadas tanto diante do Parlamento, como do Judiciário. Ou seja, quando se trata de demandar regulação pela via penal, estratégia que, como vimos, tem sido frequente no caso do movimento negro, há uma série de fatores a serem levados em consideração, como o de que o sistema penal tem requisitos constitucionais de aplicação mais estritos e que, em sua atual configuração, dispõe de respostas sancionatórias também limitadas. Respostas que estimulem o diálogo entre autor e vítima e o reconhecimento da alteridade estão, pelo menos por enquanto, fora das leis e dos projetos que examinamos.

Além disso, a avaliação da sensibilidade do poder Judiciário à questão do racismo precisa levar em conta outras estratégias de juridificação, além da lei penal, como é o caso das ações interpostas na esfera cível, com base nas normas gerais de responsabilidade civil, que analisamos abaixo.

A responsabilidade civil

Embora a via penal tenha sido aquela adotada preferencialmente pela legislação específica, o direito brasileiro oferece outros caminhos para a sanção jurídica de atos de racismo na legislação geral sobre a responsabilidade civil. Trata-se, nesse caso, de uma regulação sancionatória, porém cível, e não voltada especificamente à sanção do racismo. Justamente por isso, trata-se de um quadro fragmentado, uma vez que não há lei específica para a responsabilidade civil pela prática de atos de racismo: há responsabilidade segundo o Código Civil (CC), a Constituição Federal (CF), o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Lei de Ação Civil Pública. Já as ações podem, conforme o caso, ser propostas perante a Justiça Comum Estadual, a Justiça Federal ou a Justiça do Trabalho.

D
do ili
respo
com
crim
P
pode
sileir
dem
será
com
de re
N
meir
que,
direi
ato i
norm
fica
I
racis
excl
cen
repa
(
púb
do (
par
A
ain
mic
resp
qua

Denomina-se responsabilidade civil o dever de reparar um dano causado ilícitamente. A responsabilidade civil é, em princípio, independente da responsabilidade criminal. Assim, é possível haver responsabilidade civil, com dever de reparar, independentemente de o fato poder ser considerado crime.¹⁷

Primeiro, será feita uma breve descrição do quadro normativo no qual pode se inserir a responsabilidade civil por atos de racismo no direito brasileiro e dos diferentes caminhos que as ações de responsabilidade civil podem seguir no poder Judiciário. Uma vez traçado esse quadro normativo, será feita uma breve comparação entre as responsabilidades civil e penal, com o objetivo de evidenciar as diferenças e semelhanças entre os dois tipos de regulamentação jurídica.

No que se refere ao quadro normativo da responsabilidade civil, em primeiro lugar, existe o Código Civil que, em seu art. 186, determina: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". O artigo 927 desse mesmo código, por sua vez, completa essa norma ao estabelecer: "aquele que, por ato ilícito [...], causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Isso significa que se alguém causa danos a outrem por meio de atos de racismo pode ser condenado a reparar o dano, ainda que tal prejuízo seja exclusivamente moral. Também a pessoa que abuse de seus direitos, exercendo-os de modo que possa ser considerado racista, pode ser condenada a reparar os prejuízos (artigo 187 do Código Civil).

Conforme a Constituição Federal, se o ato é praticado por um agente público por ocasião do serviço público, há responsabilidade civil do Estado (CF, artigo 37, parágrafo 6º), responsabilidade que não exige culpa por parte do mesmo.

Além disso, conforme as circunstâncias do caso, pode-se argumentar, ainda, pela aplicação de regulamentação especial. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se às relações entre consumidores e fornecedores e prevê uma responsabilidade mais rigorosa do que a do Código Civil para casos nos quais o defeito de um produto ou serviço provoca um dano.

17 Note-se, por sua vez, que o fato de uma ação constituir crime implica ilicitude na esfera civil, de modo que, se da prática de um crime resulta dano, há também responsabilidade civil.

propor direta-
s de racismo,
atório Negro

contribui tam-
nto jurídico,
atuação a se-
to. Ou seja,
ia que, como
uma série de
sistema penal
em sua atual
itadas. Res-
ecimento da
projetos que

io à questão
ção, além da
om base nas

mente pela
nhos para a
responsabili-
a, porém ci-
ne por isso,
efica para
nsabilidade
Código de
já as ações
m Estadual,

Assim, se por ocasião da prestação de um serviço o fornecedor (ou seu funcionário) injuria o consumidor com expressões racistas, pode-se considerar o serviço prestado de forma defeituosa, de modo a afetar a dignidade, o direito à igualdade racial e/ou a honra, bem como a incolumidade psíquica do consumidor, sujeitando o fornecedor a reparar os prejuízos, independentemente da apuração de culpa¹⁸ (CDC, artigo 14, *caput*). Nesse caso, as possibilidades de defesa do fornecedor são bastante limitadas (CDC, artigo 14, § 3º).

Outro fundamento para a sanção jurídica do racismo na esfera civil é a ação civil pública (regulada pela Lei n. 7.347/85), uma ação judicial coletiva de responsabilidade civil por danos morais e patrimoniais causados a interesses coletivos e difusos.¹⁹

A igualdade racial pode ser considerada um interesse difuso, protegido pela Constituição Federal.²⁰ A característica essencial dos interesses difusos é a impossibilidade de individualizar seus titulares: o interesse é de todos os membros da coletividade, sem que seja possível determinar quanto cabe a cada um. Assim, enquanto as ações individuais de responsabilidade civil podem ser ajuizadas pelas vítimas individuais de atos de racismo, tendo em vista a reparação de seus prejuízos pessoais, pode-se considerar que a prática desse tipo de ilícito causa danos não apenas aos indivíduos diretamente atingidos, mas a todos os membros da sociedade.

Como se destina a reparar os danos causados a todos, a legitimidade para propor ação civil pública é especial, podendo ajuizá-la o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os estados e o Distrito Federal, os municípios, autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e associações constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre as suas finalidades a defesa da igualdade racial (Lei 7.347/85, artigo 5º).

18 Apenas a responsabilidade dos profissionais liberais permanece vinculada à apuração da ocorrência de culpa (CDC, art. 14, § 4º).

19 A Lei de Ação Civil Pública não se refere expressamente à proteção da igualdade racial, mas esta pode ser considerada incluída no âmbito da lei pelo inciso V do seu artigo 1º: "Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] V – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo [...]".

20 Expressamente, nos artigos 3º, IV, art. 4º, VIII, e como consequência de outros dispositivos, especialmente, do art. 1º, II, art. 3º, I, e art. 5º, *caput*. Além disso, o fato de a Constituição prever o crime de racismo resulta que, se de sua prática resultar dano – seja ele patrimonial ou moral –, há ato ilícito também civil, como já se disse anteriormente.

Outra característica que decorre da sua finalidade de proteção a interesses difusos é o destino dado ao valor pago a título de reparação. Enquanto nas ações individuais a indenização é destinada à vítima, na ação civil pública o valor é encaminhado a um fundo federal ou estadual. Os valores depositados nesses fundos de defesa de interesses difusos são destinados a financiar projetos variados, conforme estabelece a lei que os regulamentam. Na esfera federal, o fundo é regulamentado pela Lei n. 9.008/95 e pelo Decreto Presidencial n. 1.306/94, os quais estabelecem que seus recursos deverão ser destinados prioritariamente à reparação do dano causado em atividades relacionadas à natureza da infração ou do dano, mas também na promoção de eventos educativos e científicos, na edição de material educativo etc.²¹

Do ponto de vista institucional, o caminho da ação de reparação é normalmente a Justiça Comum Estadual, assim como acontece com as ações criminais. No entanto, o processo e o procedimento são diferentes para cada um dos tipos de responsabilidade. Além disso, no TJSP há seções especializadas em direito criminal, direito privado e direito público. Em primeira instância, a situação varia conforme a comarca. Em certas comarcas, há várias especializadas, mas em muitas comarcas cada juiz julga todos os tipos de casos, independentemente de se tratar de responsabilidade penal ou civil. Tratando-se de dano moral ocorrido no âmbito da relação de emprego, a competência será da Justiça do Trabalho.²² Dependendo da situação, pode ser competente a Justiça Federal, como nos casos em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal for parte na ação.²³

- 21 Para informações sobre o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, na esfera federal, cf. <http://www.mj.gov.br/cdd/>; cf. também, Alves da Silva (2006).
- 22 Constituição Federal, artigo 114, VI. No entanto, pesquisa na base de dados de jurisprudência do site do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região não localizou nenhuma decisão ligada a preconceito racial (www.trt02.gov.br). A busca foi feita pela modalidade "busca precisa" com as seguintes palavras-chave: racismo; raça (com essa palavra-chave foram levantadas três decisões, duas das quais tratavam de discriminação de funcionários por deficiência física e pelo fato de serem aposentados, e apenas uma tinha como parte pessoa jurídica cujo nome continha a palavra "raça"); injúria racial; racial; e indenização.
- 23 A competência da Justiça Federal está prevista no artigo 109 da Constituição Federal. Pesquisa feita na base de dados de jurisprudência do Tribunal Regional da Terceira Região (abrangendo São Paulo e Mato Grosso do Sul) não localizou nenhuma decisão ligada a preconceito racial (www.trt3.gov.br/juris/pesquisa/pesquisa.php3). A pesquisa foi feita com as seguintes palavras-chave, nos campos "ementa" e "pesquisa livre no texto": racismo ou raça ou injúria racial.

cedor (ou seu
pode-se con-
etar a digni-
acolumidade
os prejuízos,
(*caput*). Nes-
ite limitadas
fera civil é a
judicial cole-
causados a
protegido
esses difusos
de todos os
anto cabe a
idade civil
o, tendo em
que a pra-
diretamente
idade para
io Público,
os municí-
economia
uam entre
tígo 59).

No que se refere às distinções entre as responsabilidades penal e civil, é preciso notar, em primeiro lugar, que para que haja responsabilidade civil – ao contrário da responsabilidade criminal – não é necessário que exista dolo (intenção); basta a simples culpa, caracterizada por negligência, imprudência ou imperícia.

Além disso, o Código Civil prevê (artigo 932) hipóteses de responsabilidade civil por ato de terceiro, sendo possível responsabilizar os pais pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, ao tutor e ou curador pelos pupilos que se encontrarem nessas mesmas condições, ao empregador ou comitente pelos seus empregados, serviçais e prepostos, aos donos de hotéis e outros estabelecimentos por seus hóspedes, moradores ou educandos, o que não é possível quando se trata de responsabilidade penal.

Outra diferença interessante em relação à responsabilidade criminal é que, na esfera civil, não há nenhuma restrição à responsabilização de pessoas jurídicas. Já a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas é restrita aos casos especificados em lei, o que não ocorre com os crimes de racismo, nem de injúria racial. Um dado interessante a esse respeito é que dos onze casos de responsabilidade civil decididos pelo TJSP que analisamos, sete são ações movidas contra pessoas jurídicas. Todas as quatro condenações do TJSP foram em casos cujos réus eram pessoas jurídicas.

Além dessas, há outras diferenças relevantes. Como se indicou anteriormente, o processo e o procedimento são diversos conforme se trate de uma ação penal ou civil. Sem entrar em detalhes procedimentais, há características do processo civil que importam destacar para apontar algumas das distinções mais marcantes entre as responsabilidades. Entre elas, destaca-se a diferença no papel da vítima. No processo civil, nas ações individuais, há maior participação da vítima, enquanto a participação da vítima no âmbito penal está restrita à possibilidade de levar à autoridade policial a notícia da ocorrência do crime, à atuação facultativa como assistente do Ministério Público (sendo que este continua sendo o titular da ação) ou, nas ações penais de iniciativa privada (como é o caso daquela cabível em caso de crime de injúria racial), à apresentação da queixa-crime. A participação da vítima é essencial no processo civil, já que é autora da ação e dela depende o andamento do processo. Isso, por sua vez, implica a possibilidade de a vítima desistir da ação no decorrer do processo ou realizar um acordo com o réu (transação), o

que também é possível nos casos de injúria racial, processados por meio de ação penal privada, mas não nos processos criminais por racismo.

Uma dificuldade para mover uma ação civil de reparação por danos consiste na necessidade de advogado. Há uma exceção a essa exigência no direito brasileiro: a ação proposta perante o Juizado Especial Civil (JEC).

O JEC²⁴ tem competência para julgar causas com valor igual ou inferior a quarenta salários mínimos e a dispensa de advogado existe para causas de valor não superior a vinte salários mínimos.

Por fim, resta referir uma tendência identificável em alguns tribunais, que consiste em atribuir um caráter punitivo à responsabilidade civil em caso de danos morais.

Em princípio, como se disse, a sanção aplicada ao responsável na esfera civil tem apenas a função de reparar um prejuízo: o artigo 944, *caput*, do Código Civil estabelece: "a indenização mede-se pela extensão do dano".

No entanto, no caso de dano moral, a aplicação dessa norma não é fácil. Devido à sua própria natureza, esse dano é muito difícil de ser avaliado e o tema da sua quantificação é um dos mais intrincados e polêmicos da responsabilidade civil.

Não há previsão expressa em lei sobre como calcular o valor de danos morais, ficando a cargo da jurisprudência estabelecer tais critérios. Isso abriu espaço para que se desenvolvesse em parte da doutrina²⁵ e da jurisprudência²⁶ brasileiras uma tendência a empregar critérios relacionados ao objetivo de punir para calcular o montante a ser pago a título de reparação. Dentre os acordãos que tratam de responsabilidade civil por racismo no TJS²⁷ podemos identificar dois exemplos desse fenômeno.

- 24 A competência dos JECs está prevista na Lei n. 9.099/95, artigo 3º. A dispensa de advogado para as causas de até vinte salários mínimos é prevista pelo artigo 9º do mesmo diploma legal. Entre os autores que manifestam opinião favorável ao reconhecimento de uma função punitiva da responsabilidade civil por danos morais citam-se, entre outros: J. Martins-Costa (2002, p. 408-46); C. A. Bittar, (1999, p. 233); A. Jeová Santos (2003, p. 157); T. Ancona Lopez (2004, p. 139). Entre as opiniões contrárias destaca-se a crítica veemente de H. Theodoro Jr. (2001, p. 64-5). No direito francês (que teve grande influência no desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência sobre responsabilidade civil no Brasil) destaca-se a obra clássica de B. Stark (1947) sobre o tema. Dentre as mais recentes, destaca-se a obra de S. Carvalho (1995). Embora não haja dados empíricos que nos permitam quantificar essa tendência jurisprudencial nos vários tribunais brasileiros, ela parece estar consolidada em alguns deles, inclusive no STJ. Trata-se de jurisprudência que se desenvolveu antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Embora já houvesse reconhecimento doutrinário da regra de que a indenização deve ser medida pela extensão do dano, o Código Civil de 1916 não tinha regra expressa equivalente ao atual artigo 944, *caput*.
- 25
- 26

nal e civil, é
bilidade civil –
e exista dolo
a, imprudên-
responsabi-
os pais pelos
companhia, ao
ismas condi-
viçais e pre-
as hóspedes,
da de respon-
e criminal é
ação de pes-
cas é restrita
de racismo,
ue dos onze
ismos, sete
condenações
ou anterior-
rate de uma
característi-
nas das dis-
destaca-se a
viduais, há
a no âmbito
a notícia da
nistério Pu-
ções penais
ime de in-
vítima é es-
andamento
desistir da
ansação), o

O primeiro é a Apelação Civil 072692-4/3, de 1999, em que se lê que o valor da reparação “vai funcionar para suavizar a dor da ofensa moral vivenciada pela autora, servindo igualmente *como medida pedagógica ao infrator*.” (grifo nosso). O outro acórdão é a Apelação Civil 1040564/8, de 2000, em que se lê que “o arbitramento deve corresponder, assim, a um resultado que [...] *não seja insignificante, de modo a estimular a prática do ato ilícito*, e [...] não represente um enriquecimento indevido do ofendido.” (grifo nosso).

Corrigir a conduta do autor do ilícito não é um meio para atingir o objetivo de reparar o prejuízo sofrido pela vítima. De fato, trata-se de um objetivo normalmente relacionado à teoria da pena: a prevenção especial, isto é, o objetivo de evitar que o condenado volte a praticar atos ilícitos. Nesse caso, supõe-se que a sanção punitiva, funcionando como um mal que se inflige ao condenado, vai intimidá-lo, afastando-o da prática de novos ilícitos.

Do mesmo modo, evitar que a condenação a um valor baixo a título de reparação se torne um estímulo à prática do ilícito tampouco se relaciona com o prejuízo da vítima e sua reparação. Também nesse caso, identifica-se um objetivo normalmente atribuído à pena: a prevenção geral, isto é, o objetivo de evitar que o ato praticado pelo condenado seja repetido por outros membros da sociedade. Nesse caso, supõe-se que a aplicação de sanção punitiva àquele que delinuiu é capaz de intimidar as pessoas em geral e afastá-las da prática de ilícitos.

Nesse ponto, identificamos uma transformação interessante no modo como a prática de ilícitos civis (dos quais os danos decorrentes de atos de preconceito racial são um caso) é, às vezes, tratada pelo direito na esfera civil, pois, como dito acima, o objetivo tradicionalmente atribuído à sanção civil é apenas reparar o dano sofrido pela vítima, e não punir o autor do dano. Nos casos em que se atribui um caráter punitivo à responsabilidade civil, ela pode desempenhar, em certa medida, algumas das funções normalmente atribuídas à pena na responsabilidade penal.

Judiciário e direito civil

Traçado o panorama da regulação no campo da responsabilidade civil, resta-nos analisar como tem se dado a aplicação desse arcabouço normativo. Isso se fará a partir da análise das decisões do TJSP em casos de respon-

sabili
aplic
ou p
um t
respo
tante
F
sanç
cam
mos
decis
E
para
N
dênc
por s
C
sulta
tro c
imp
C
dent
tro c
prob
rênc
sofr

sabibilidade civil. Ainda que não seja possível extrair conclusões acerca da aplicação da legislação por outros tribunais estaduais, pela Justiça Federal ou pela Justiça do Trabalho²⁷ a partir da observação da jurisprudência de um único Tribunal, parece-nos que a análise dos acórdãos do TJSP sobre responsabilidade civil por racismo pode lançar luz sobre questões importantes para a reflexão acerca da regulação jurídica do racismo no Brasil. Foram analisados onze acórdãos.²⁸ Para apurar se as possibilidades de sanção ao racismo na esfera civil estão sendo aplicadas no Tribunal, verificamos se houve ou não condenação a reparar em cada um dos casos. Fizemos essa análise tanto para a decisão de primeira instância, quanto para a decisão do TJSP.

Em primeira instância verificou-se que houve quatro condenações a reparar e sete julgamentos de improcedência do pedido de reparação. No Tribunal houve quatro condenações, seis julgamentos de improcedência do pedido de reparação e uma declaração de incompetência do TJSP por se tratar de fato ocorrido no âmbito da relação de emprego.

O Tribunal reformou algumas decisões de primeira instância, mas o resultado final foi o mesmo número de condenações. Foram reformadas quatro decisões de primeira instância: duas condenações e duas sentenças de improcedência do pedido.

Quanto aos fundamentos das decisões do TJSP que julgaram improcedente o pedido de reparação, a falta de provas foi a que mais ocorreu (quatro ocorrências). Além disso, foram citados também: o fato de o conjunto probatório inocentar o réu (uma ocorrência); a ausência de dolo (uma ocorrência); ausência de danos, pelo fato de tratar-se de meros aborrecimentos sofridos pela vítima (uma ocorrência).

27 Lembra-se de que pesquisa feita na base de dados de jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região e do Tribunal Regional da Terceira Região não localizou nenhuma decisão ligada a preconceito racial, como se apontou acima.

28 O levantamento feito por Werle et al. (Capítulo 8 deste volume) indicava inicialmente treze acórdãos na área civil. Dentre estes, optamos por excluir dois da nossa análise: um porque nele, embora o racismo fosse mencionado, o juiz apenas indicava que não poderia analisar o problema devido ao fato de este não haver sido indicado inicialmente como causa para pedir a ação de responsabilidade civil; no outro caso, porque não se tratava de ação movida por vítima de racismo contra o autor da ofensa, mas de ação ajuizada pelo acusado da prática de racismo contra as pessoas que o acusaram.

n que se lê que o
usa moral viven-
tica ao infrator.”
/8, de 2000, em
m resultado que
ato ilícito, e [...]
(grifo nosso).

a atingir o obje-
e de um obje-
pecial, isto é, o
os. Nesse caso,
ue se inflige ao
ilícitos.

nexo a título de
co se relaciona
so, identifica-
geral, isto é, o
pedido por ou-
ção de sanção
as em geral e

nte no modo
es de atos de
to na esfera
buido à san-
ur o autor do
onsabilidade
ções normal-

idade civil,
co normati-
de respon-

Como dissemos anteriormente, ao tratar das decisões criminais, é muito difícil avaliar o significado da não responsabilização do réu por falta de provas, uma vez que não é possível ter acesso às mesmas para análise da decisão do Tribunal. Além disso, é preciso levar em conta a aplicação do princípio do livre convencimento do juiz com relação à prova. O que se pode perceber em vários acórdãos é que a comprovação dos fatos se faz principalmente por meio de prova testemunhal.

Do ponto de vista da dogmática da responsabilidade civil, são interessantes os casos nos quais o fundamento da decisão pela não responsabilização foi a ausência de dolo por parte do réu e a ausência de danos.

Começando pelo caso da ausência de danos (Ap. Civ. 124820-4/1, de 2002), é preciso notar que este não foi o único fundamento da decisão. Houve também a falta de provas. O Tribunal entendeu que “não restou comprovado que os fatos tenham ocorrido como estão narrados, com tintas fortes, na petição inicial”, tendo levado em consideração para o julgamento apenas o fato de o autor da ação judicial ter ficado retido pelo sistema de segurança da porta giratória da agência bancária. De modo que, no caso concreto, a questão da inexistência do dano se mescla com o problema da falta de provas.

De todo modo, uma vez que citado pelo Tribunal, parece-nos valer a pena analisar o argumento da falta de dano, do ponto de vista da dogmática jurídica, para verificar em que medida ele se sustenta quando confrontado com a própria lógica interna do direito e quanto espaço existe para a disputa dogmática pelo sentido das normas jurídicas nesse caso.

No acórdão em análise, a razão de não haver danos indenizáveis era o fato de o autor da ação judicial haver sofrido apenas um aborrecimento corriqueiro.

Para começar, é preciso esclarecer que o dano é um dos requisitos da responsabilidade civil referente, em princípio, a todas as suas espécies (Aguiar Dias, 1983, p.792).

A própria sanção prevista pela lei para a prática do ilícito civil – a reparação – leva a essa conclusão, afinal, não há o que reparar onde não há prejuízo.²⁹

29 Ressalve-se a esse propósito a tendência, referida anteriormente, de dar à responsabilidade civil uma função punitiva, pois, nesse caso, a relação entre dano e sanção reparatória fica prejudicada.

Esse
problem
Em prin
a ser rep
desafian
podem,
uma coi
nio da v
situaçõe
morais i
rais não
Em out
colocar
rido, ne
é conde
morais
obtenh
Daí se
paração
Alé
rispruc
os dan
sofrim
cias ne
trimôn
vítima
família
traduz
É in
na juri
corriq
nos m
cabem
de enf
Jr., 20
No
-se ho

Esse entendimento tradicional e solidificado no nosso direito torna-se problemático quando se fala de responsabilidade civil por danos morais. Em princípio, também no caso de danos morais seria preciso haver um dano a ser reparado. No entanto, os danos morais possuem características que desafiam essa ideia. A primeira delas é o fato de que os danos morais não podem, via de regra, ser propriamente indenizados. Enquanto a perda de uma coisa, como um automóvel, pode ser reparada de modo que o patrimônio da vítima seja recolocado (ainda que de modo aproximado) na mesma situação em que estaria caso o ilícito não tivesse ocorrido, no caso dos danos morais isso não é possível. Por isso se diz que, rigorosamente, os danos morais não se indenizam (ou reparam), mas apenas podem ser compensados. Em outras palavras, pela própria natureza dos danos morais, é impossível colocar a vítima na situação em que ela estaria caso o ilícito não tivesse ocorrido, nem de modo aproximado. Diante disso, o valor que o autor do ilícito é condenado a pagar à vítima a título de responsabilidade civil por danos morais serve para compensar a vítima pelo dano sofrido, permitindo que obtenha, por exemplo, uma satisfação que amenize o desconforto sofrido. Daí se percebe que, quanto aos danos morais, a relação entre prejuízo e reparação é especial.

Além disso, é preciso notar que não há acordo na doutrina nem na jurisprudência acerca da própria definição de dano moral. Historicamente, os danos morais surgiram em nossa cultura jurídica ligados à ideia de dor e sofrimento. Desse ponto de vista, são os desdobramentos e as consequências negativas de um ato ilícito sobre uma pessoa, que não atingem seu patrimônio. Por exemplo, o dano moral seria a vergonha e a dor sofridas pela vítima de racismo ao ser exposta a uma situação degradante diante de sua família, amigos, conhecidos ou do público; ou, ainda, o sofrimento psíquico traduzido em um quadro de depressão.

É importante nos referir também à existência, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, da ideia de que meros dissabores, como aborrecimentos corriqueiros do dia a dia, não são graves o suficiente para caracterizar danos morais indenizáveis. A ideia é que existem riscos inerentes à vida que cabem a cada um: o risco de ficar preso na porta giratória do banco etc. (Theodoro Jr., 2001, p. 6-8).

No entanto, essa visão limitada sobre a natureza do dano moral encontra-se hoje bastante criticada entre os juristas brasileiros. Uma visão mais ampla

a responsabilidade
ção reparatória fica

ar onde não há
to civil – a re-

spécies (Aguilar
quisitos da res-

aborrecimento
denizáveis era o

e para a disputa
do confrontado

ta da dogmática
rece-nos valer a

o problema da
do que, no caso

pelo sistema de
ra o julgamento

ados, com tintas
que “não restou

nto da decisão.
124820-4/1, de

anos.
responsabiliza-

vil, são interes-
mente por meio

o pode perceber em
o do princípio do

nalise da decisão
por falta de pro-

minais, é muito

e mais moderna do que seja dano moral considera-o como a própria violação a direitos de personalidade. Sendo assim, qualquer violação a um direito personalíssimo enseja dano moral, independentemente da dor ou sofrimento que porventura venha a causar à vítima. Diante disso, a prática de racismo, ao violar a dignidade humana da vítima e seu direito à igualdade, ensejaria por si mesma o dano moral. Essa linha de pensamento implica uma mudança importante na dogmática da responsabilidade civil porque equipara o dano à própria violação do direito, isto é, ao próprio ato ilícito.³⁰

Pode-se dizer, então, que no acórdão analisado o TJSP adotou uma visão mais antiga sobre o que seja dano moral, visão esta já criticada no âmbito da própria dogmática jurídica, mas que ainda pode ser considerada uma posição defensável, uma vez que tem como ponto de partida a tradição que relaciona dano moral ao sofrimento e que o nosso Código Civil, em seu artigo 927, *caput*, determina que quem pratica um ato ilícito fica obrigado a *reparar o dano*, sem distinguir entre danos morais ou materiais.

Essa decisão nos dá a dimensão da complexidade do processo que vai da criação da lei até a sua aplicação ao caso concreto. A dogmática jurídica funciona com base na tradição e as mudanças normalmente acontecem paulatinamente, na medida em que uma nova posição vai se impondo à outra. No caso da definição de dano moral, é possível dizer que estamos em um período de transição em que há duas posições sendo aplicadas pelo Judiciário e defendidas pela doutrina. Isso se verifica em todos os casos de danos morais, e não apenas em caso de racismo. O acórdão em análise pode, nesse panorama, ser descrito como uma decisão baseada em posição dogmática razoável, ainda que criticável do próprio ponto de vista jurídico-dogmático.

Por fim, resta analisar o caso decidido com base na falta de dolo por parte do réu (Ap. Civ. 2493284/8-00, de 2005). A decisão nesse caso é mais criticável do ponto de vista jurídico-dogmático.

Conforme consta no acórdão, "o apelado não negou que tivesse proferido as palavras descritas pela apelante, entretanto, rebateu que em momento algum referidas palavras foram ditas com intuito discriminatório, tudo não tendo passando de um mal-entendido".

30 Uma posição intermediária entende que não se trata de dispensar a exigência de dano, mas de dispensar sua *prova* no caso dos danos morais, já que estes se passam no foro íntimo do indivíduo. Cf. nesse sentido, Theodoro Jr. (2001, p.8).

O T
"apesar
palavra
qual nã

Dol
do deve
anterio
digo C
compar
um hor
vezes a
sabili

O d
júria ra
fato ser
quisito
haver i
respon
racism
de hum
direito
suficie
artigo

Ao
na aus
diverg

Conc

Est
do rac
criaçã

31 É o
de

O Tribunal, referindo-se à sentença de primeira instância, afirma que "apesar de ter havido um péssimo emprego de palavras (especialmente da palavra 'preta'), não se vislumbra dolo na atitude do apelado, razão pela qual não há como se concluir pela existência do ato ilícito [...]".

Dolo é a intenção de produzir um resultado ilícito, é a violação consciente

do dever jurídico (Cavaliere Filho, 2007, p. 31). No entanto, como dissemos anteriormente, o ilícito civil não exige dolo. Conforme o artigo 186 do Código Civil, basta a culpa, isto é, a imprudência, a negligência ou a imperícia,

comparando-se a conduta em questão com os cuidados normais que tomaria um homem-médio ideal na mesma situação. Dependendo do caso, muitas

vezes a lei aplicável até mesmo dispensa culpa para caracterização da responsabilidade civil. Fala-se, nesses casos, de responsabilidade civil objetiva.³¹

O dolo é necessário para caracterização dos crimes de racismo e de injúria racial. No entanto, a caracterização do ilícito civil não depende de o

fato ser também ilícito penal. Se determinada conduta não preenche os requisitos do tipo penal (faltando, por exemplo, o dolo), pode, ainda assim,

haver ilícito civil (Código Penal, artigos 66 e 67, III). Nesse caso, haveria responsabilidade civil não pelos danos decorrentes da prática dos crimes de

racismo ou injúria racial, mas por danos decorrentes da violação à dignidade humana e ao direito à igualdade racial. A simples violação culposa desses

direitos constitucionais seria normalmente considerada suficiente diante dos pressupostos da responsabilidade civil enunciados no

artigo 186 do Código Civil.

Ao fundamentar a decisão pela não responsabilização do réu com base

na ausência de dolo, o TJSP adotou, nesse caso concreto, uma posição que diverge da tradição de interpretação das normas de responsabilidade civil.

Conclusão

Este capítulo propôs-se a examinar algumas estratégias de juridificação do racismo no Brasil. A estratégia tem sido principalmente voltada para a criação de leis específicas e penas. Esse padrão aparentemente corresponde

31 É o caso do Código de Defesa do Consumidor, quando trata de responsabilidade por vícios e defeitos de produtos e serviços, entre várias outras leis.

própria violação
m direito per-
so sofrimento
a de racismo,
ade, ensinar-
uma mudança
para o dano à
ou uma visão
da no âmbito
siderada uma
tradição que
il, em seu ar-
a obrigado a

o processo que vai

ática jurídica

ntecem pau-

ndo à outra.

mos em um

elo Judicial-

os de danos

e pode, nesse

o dogmática

-dogmático.

olo por par-

caso é mais

esse profiri-

m momento

o, tudo não

a de dano, mas

foro íntimo do

às demandas dos movimentos sociais que formulam seu discurso sempre em torno da demanda por criminalização.

Uma hipótese a ser verificada é se essa demanda se alimenta do poder simbólico encerrado na gramática penal, ponto sobre o qual não se debruçou este trabalho.

Apesar disso, no exame dos casos propostos no TJSP a respeito de racismo, verificou-se que a par das demandas penais havia um número significativo de ações de responsabilidade civil, em relação ao número total de casos.

Tais ações fundam-se em normas que não tratam especificamente do racismo, o que mostra ser possível qualificar juridicamente condutas racistas por meio de normas já existentes na área cível.

Tal constatação faz pensar que seja possível ampliar a estratégia de juridificação do racismo para incluir outras possibilidades. Além de criar leis penais específicas, é possível utilizar as normas já existentes para propor ações que canalizem interesses sociais antirracistas.

Este capítulo cogita que tal estratégia deve ser pensada no contexto do que chamamos de "efeito paradoxal da criação de leis específicas". Parece razoável afirmar que novas leis podem desestabilizar interpretações já existentes e criar novas possibilidades interpretativas, aumentando a indeterminação do ordenamento jurídico.

Outra conclusão importante deste capítulo refere-se à sensibilidade do TJSP à questão do racismo. Para fazer um diagnóstico desse tipo é necessário, em primeiro lugar, incluir a área cível e outras não pesquisadas por nós. Esse é um diagnóstico que, no debate público atual, tem se resumido à discussão do número de condenações penais. Em segundo lugar, no que se refere à ação do poder Judiciário, deixam de ser considerados outros elementos ligados à racionalidade do direito. Pode-se dizer que há o reconhecimento da ilicitude da grande maioria dos fatos levado a seu juízo. Isso significa que o Tribunal não considera tais fatos juridicamente irrelevantes.

Na área cível, esses fatos têm sido qualificados juridicamente como hipóteses de responsabilidade civil e, na área criminal, como injúria racial e racismo. Na área cível houve 40% de condenações. Na área penal, embora haja apenas quatro condenações por injúria racial e nenhuma por racismo, isso não permite concluir a insensibilidade do Tribunal à questão do racismo.

Em ap
ma as c
A dista
de con
Un
vesse t
casos,
em det
O resu
sem le
quais
aumen
propu
a edic
propo
dicas
pelo c
No
sos en
para a
usou
em u
dentr
apon
estrat
tente
C
à pre
tada,
rídica
dos p
que
direi
ou se
ma,

Em aproximadamente 74% dos casos o Tribunal qualificou de alguma forma as condutas racistas como ilícitas por meio de decisões de tipos diversos. A distância entre essa declaração de ilicitude e a obtenção de um resultado de condenação envolve uma miríade de questões, como já visto.

Um problema importante foi a criação da injúria racial, sem que se tivesse uniformizado o regime de propositura da ação. Em grande parte dos casos, verificou-se que a interpretação do Tribunal a favor da injúria racial em detrimento do racismo é justificável do ponto de vista interno ao direito. O resultado prático indesejável desse tipo de decisão não pode ser avaliado sem levar em consideração as dificuldades processuais penais apontadas, as quais podem ser um indicio de que a criação da lei específica resultou em aumento da complexidade do sistema sem dar conta do problema que se propunha a solucionar. Diante do quadro atual, parece-nos que, nesse caso, a edição de uma lei que resolva o problema da duplicidade do regime de propositura da ação poderá impedir que a divergência de qualificações jurídicas entre os demandantes e o Tribunal resulte na perda do direito de ação pelo decurso de tempo, evitando o encerramento precoce das demandas.

No que se refere às ações cíveis, verificou-se que, na maior parte dos casos em que não houve condenação, o fundamento apontado pelo Tribunal para a não condenação foi a falta de provas. Às vezes em dois casos a decisão usou argumentos criticáveis do ponto de vista interno do direito, sendo que em um deles a posição adotada pelo Tribunal pode ser considerada aceitável dentro das possibilidades de interpretação das normas aplicadas. Esse fato aponta para o tipo de dificuldade envolvida na adoção do segundo tipo de estratégia de juridificação apontado, isto é, a utilização de normas já existentes e não específicas para a solução de problemas novos.

Concluindo, a discussão da juridificação do racismo não pode se limitar à preocupação com as condenações penais. Seja qual for a estratégia adotada, se ela tiver como elemento a necessidade de aplicação de normas jurídicas – seja por um juiz ou por outras autoridades – é impossível escapar dos problemas de incongruência entre a norma e sua aplicação. Isso implica que a estratégia de um movimento social que pretenda levar em conta o direito precisa tematizar, refletir e atuar no campo da dogmática jurídica, ou seja, precisa participar da luta pela determinação do significado da norma, um terreno certamente moveidíssimo para especialistas e não especialistas.

curso sempre

enta do poder

ção se debru-

respeito de ra-

um número sig-

um número total

mente do ra-

duas racistas

atéria de ju-

de criar leis

para propor

contexto do

"cas". Parece

ações já exis-

do a indeter-

bilidade do

tipo é neces-

quisadas por

se resumido

agar, no que

s outros ele-

a o reconhe-

juízo. Isso

relevantes.

como hipó-

a racial e ra-

embora haja

racismo, isso

do racismo.

É importante lembrar que a indeterminação do direito é um fenômeno normal, que permite sua adaptação a novos fatos sociais e que a possibilidade de sua interpretação pelas autoridades é sinônimo de democracia. Uma das primeiras ações dos Estados autoritários é suprimir essa autoridade e submeter a aplicação das normas a princípios absolutos e editados de cima para baixo, suprimindo a possibilidade da disputa democrática pelo sentido das normas jurídicas.³²

32 Sobre a relação entre autoritarismo e poder do juiz, ver Neumann (1986) e Silveira (1946).

ADRI

P

d

E

ARG

I

I

C

C

ARI

CRI

DA