

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

THIAGO CORRÊA FERREIRA

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS CASOS DE
ILÍCITO RACIAL: ESTUDO DE CASOS**

PORTO ALEGRE
2024

THIAGO CORRÊA FERREIRA

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS CASOS DE
ILÍCITO RACIAL: ESTUDO DE CASOS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz

PORTO ALEGRE
2024

AGRADECIMENTOS

Pode parecer clichê, mas é difícil nomear as diversas pessoas que me trouxeram, até aqui, sem ocasionar nenhuma injustiça, mas vamos lá!

Primeiramente agradeço a Deus, essa força que me conecta com o espiritual e pela fé que busco sempre ter. Aos meu pais, Elisângela, Marcos, Maria Helena, agradeço aos meus irmãos, Gabriel, Tata, Nicolas, Emilly, Neguinha, Daiane, Natália e Guilherme, em especial a minha irmã Denise e ao meu cunhado Raimundo, que tem me ajudado muito agradeço por terem me dado um sobrinho incrível, o incansável Enzo.

Este agradecimento é extensivo a toda a minha infindável família e seus diversos núcleos. A minha vó Ana, a tia Terezinha, ao meu saudoso avô Leoni, que perguntava quando eu ia acabar meu doutorado, ingenuamente, pensando que era o título que eu obteria, nessa fase inicial da vida acadêmica, meu avô, um homem negro, que passou por essa vida, muito vibrante e forte, mas que nos deixou durante o transcurso da graduação. Também *in memoriam* agradeço ao meu tio Rodrigo, que me deu o meu primeiro celular.

Agradeço a inumeráveis pessoas, que passaram pela minha vida, agradeço a Elis, ao Leo, na figura deles agradeço a ACOMPAN - instituição onde iniciei minha vida profissional junto ao Banco do Brasil, como menor aprendiz, acredito que os valores e lições que aprendi, foram em parte, a base para poder sonhar mais alto.

Agradeço aos meus professores da Escola Liberato, onde iniciei e terminei meus anos de escola, dei umas passada em outras escolas, mas nada tão significativo, quando a escola do meu bairro, com professores incríveis, que foram amorosos e incentivadores, cujo exercício do ofício, incutiu em mim, a possibilidade de sonhar com a graduação. Em especial gostaria de fazer referência a Prof^a Josi, Prof^o Paulo Sérgio, o primeiro que me trouxe à UFRGS, literalmente. Agradeço a todos os docentes da Escola Municipal de Ensino Básico Dr. Liberato, escola da qual tenho profundo orgulho de ter feito parte, guardo com profundo amor a medalha entregue, quando passei no vestibular da UFRGS, a qual foi entregue pela querida Fabi.

Agradeço aos amigos que fiz no CDL da Defensoria Pública do RS, Luiz, que pagou o boleto do vestibular, a Klari e ao Maurício. Também quero que fique registrado para a posteridade o meu agradecimento às minhas colegas e amigas de graduação: Andreia, Anny, Camila, Jéssica, Mi, Nicole. É claro! Juliana Almeida, querida, amorosa e atenciosa, me aguentava tagarelar durante a espera na parada e no ônibus, uma confidente que quero levar, como amiga para vida toda, assim como o restante do grupo Co-Cotistas. Chegamos Gurias!

Agradeço a Mari, Pretinha e Pamella.

Não posso deixar de registrar e falar sobre a política de ações afirmativas, que me fizeram ingressar na graduação da Faculdade de Direito da UFRGS, não foi fácil, mas seria impossível, sem a criação das políticas de cotas, bem como as políticas de permanência estudantil que são primordiais, para a permanência de alunos como eu. Por isso, agradeço “ao PRAE”, mas sobretudo aos concretizadores das políticas de acesso e permanência na UFRGS, ou seja, os governos petistas, portanto agradeço a figura dos presidentes: Dilma e Lula. Bem como a instituição pública federal, de ensino de qualidade, UFRGS.

Agradeço a Faculdade de Direito, que me abrigou e me fez expandir os conhecimentos jurídicos e sociais, que devem ser constantemente lembrados, sob pena de esquecermos que o Direito é aplicado às relações sociais, ou seja, ele deve ser concretizado, pois senão, seria outra coisa. Agradeço aos docentes da Faculdade, que se dispuseram a compartilhar conhecimento em instituição pública, meus mais sinceros agradecimentos, aqueles humildes e didáticos professores, que não se seguram em títulos, mas que se utilizam da sala de aula como ambiente inclusivo e aberto a todos, dispostos a aprender.

Agradeço aos servidores das bibliotecas da Faculdade de Direito e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sem eles e sem o acesso gratuito às obras, não poderia ser possível a conclusão do trabalho.

Agradeço a minha incrível orientadora Maria Cláudia Mércio Cachapuz, jurista, juíza, mas sobretudo, professora que foi literalmente um farol, direcionando e ao mesmo tempo, dando autonomia, durante esse processo de produção do trabalho de conclusão do curso.

Agradeço a Beyoncé e a Ludmilla, cuja arte serviu para me fortalecer e enfrentar este mundo. Por fim, agradeço a todas as pessoas negras deste país, a realização deste objetivo, que é o início de um maior, só se faz importante, se tiver algum impacto, mínimo que seja, na vida da comunidade negra.

Ubuntu, eu sou porque nós somos!

*“A cor da minha pele
Não te diz quem sou
O meu cabelo crespo
Não te diz quem sou
O que eu visto no corpo
Não te diz quem sou
Quanto eu levo no bolso
Não te diz quem sou
Quem sou”*

Canção Cor (Douglas Camppos, 2018)

RESUMO

O presente estudo teve como objetivo entender como, e se, o interprete leva em consideração a tônica antirracista da Constituição Federal de 1988, quando da restrição de direitos subjetivos em caso de colisão de princípios, a fim de caracterizar a responsabilidade por ilícito civil, cujo teor seja de discriminação racial. Com base na análise de estudos de casos empíricos midiáticos, inclusive da cantora Ludmilla, se levanta a hipótese de que não se leva em consideração. Na primeira parte do trabalho realizaremos uma revisão de dogmática constitucional para trabalhar conceitos de direito de igualdade, de direitos fundamentais e de restrição a direitos subjetivos em caso de colisão com base na doutrina de Robert Alexy. Na segunda fase do trabalho, procederemos ao breve estudo da responsabilidade civil, cujo fato gerador da indenização seja o ilícito racial. Posteriormente se examinará a violação de direitos de personalidade, aduzindo a figura do dano moral indenizável ligado a direitos de personalidade afeto a raça, ingressando na análise dos casos e de como se deu a aplicação do princípio da proporcionalidade para restrição de direitos subjetivos, quando se versava de ilícito racial, por fim chegaremos a conclusão do trabalho.

Palavras-chaves: discriminação racial; responsabilidade civil; princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

The present study aimed to understand how, and if, the interpreter takes into account the anti-racist tone of the 1988 Federal Constitution, when restricting subjective rights in the event of a collision of principles, in order to characterize liability for a civil offense, whose content of racial discrimination. Based on the analysis of empirical media case studies, including the singer Ludmilla, the hypothesis is raised that this is not taken into account. In the first part of the work we will carry out a review of constitutional dogmatics to work on concepts of equality law, fundamental rights and restrictions on subjective rights in the event of a collision based on Robert Alexy's doctrine. In the second phase of the work, we will proceed with a brief study of civil liability, the event of which triggers compensation is racial wrongdoing. Subsequently, the violation of personality rights will be examined, introducing the figure of compensable moral damage linked to personality rights related to race, entering into the analysis of cases and how the principle of proportionality was applied to restrict subjective rights, when was about racial illicit, finally we will reach the conclusion of the work.

Keywords: racial discrimination; civil responsibility; principle of proportionality.

SUMÁRIO

1.Introdução.....	9
PARTE UM. DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL NO ENFRENTAMENTO AO RACISMO.....	13
2. RACISMO E DIREITO.....	13
2.1 Tratamento jurídico brasileiro no enfrentamento ao racismo.....	13
2.3 Discriminação racial e a Constituição de 1988.....	17
2.4 A vedação a discriminação racial disposta na constituição de 1988. Art. 3, IV, da CRFB de 1988.....	18
2.5 Legislação infraconstitucional - Código Penal. Art. 140; Estatuto da Igualdade Racial; Lei n.º 7.716/89 (Lei Caó) e as modificações da Lei n.º 14.532/2023.....	20
3.DISCURSO JURÍDICO E RACISMO.....	25
3.1 Teoria dos princípios.....	26
3.2 Das colisões de princípios constitucionais.....	27
3.3 Liberdade de expressão x direito à inviolabilidade da imagem, honra, intimidade e vida privada.....	28
3.4 Do racismo recreativo.....	32
3.5 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre privados.....	34
3.6. Das restrições de direitos fundamentais.....	36
PARTE DOIS: DA CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E ESTUDO DE CASOS.....	39
4. RESPONSABILIDADE CIVIL E ILÍCITO POR CONTEÚDO DISCRIMINATÓRIO RACIAL.....	39
4.1 Da configuração da responsabilidade civil:.....	40
4.2 Danos extrapatrimoniais.....	45
5. ESTUDO DE CASOS.....	49
5.1 Uso do princípio da proporcionalidade: Exame quando a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.....	49
5.2 O caso Ludmilla x Val Marchiori.....	52
5.3 O caso Cocielo e Mbappe.....	55
5.4 O caso Gustavo Metropolo.....	61
5.5 O caso Lewis Hamilton x Nelson Piquet.....	65
6. Análise dos casos.....	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	80

1.Introdução

O Brasil é um país em que a maioria da parte da população é negra. Segundo dados do IBGE, 45, 3% das pessoas se consideram pardas e 10,1%¹ se considera preta, isso representa a maioria da população brasileira, diante dessa realidade de miscigenação brasileira, existe um país que vibra com carnaval, com manifestações artísticas e profissionais de pessoas negras, como na música e no futebol, não obstante, haja a prática incontestável de discriminação racial em que o direito é o instrumento social para dirimir esses conflitos.

Um país conhecido internacionalmente, por ser o país do futuro, festejado pelo mundo por sua diversidade racial, fruto em grande parte da miscigenação forçada pela escravidão negra² e indígena, não obstante, nossa pacata sociedade brasileira, nunca foi boa em lidar, com seu passado escravocrata, os reflexos da completa ausência estatal, em resolver este terrível legado da escravidão, estão em dados econômicos e sociais, e principalmente no atlas da violência³. Um país como nosso, não sabe lidar com suas chagas e mazelas. A origem principal delas é a escravidão⁴

¹ Disponível em :

<<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38719-censo-2022-pela-primeira-vez-desde-1991-a-maior-parte-da-populacao-do-brasil-se-declara-parda> Acesso em: 04.02.2024

² Laurentino Gomes em *Escravidão* Volume III, entende que o sistema de escravidão foi o meio pelo qual se deu o início do processo de genocídio do povo negro e que tal projeto, ainda que não legalizado pelo Estado brasileiro, está em vigor atualmente “tendo a concordar com Abdias Nascimento e Florestan Fernandes sobre um processo de genocídio negro em andamento no passado, no presente e, se nada for feito, também no futuro do Brasil. “Da escravidão, no início do período colonial, até os dias que correm, as populações negras e mulatas têm sofrido um genocídio institucionalizado, sistemático, embora silencioso”, escreveu Florestan Fernandes no prefácio do livro de Abdias Nascimento, depois de apontar que a palavra pode, sim, ter significado “terrível e chocante”, mas apenas a “hipocrisia conservadora”, ainda presa à mitológica noção de um Brasil marcado por uma escravidão branca, senhorial, benévola, origem da suposta “democracia racial” até muito recentemente aceita por grande parte da população. No que diz respeito à escravidão (e aqui sigo ainda o raciocínio de Florestan Fernandes), o genocídio está amplamente documentado e explicado pelos melhores e mais insuspeitos historiadores. A Abolição, por si mesma, não pôs fim, mas agravou o genocídio. Formalmente liberto, o negro foi condenado à periferia da sociedade, como se não pertencesse à ordem legal, o que expôs a um extermínio moral e cultural, que teve sequelas econômicas e demográficas. O racismo brasileiro é algo profundo e inquietante, de natureza estrutural, cultural, ao ponto de envolver projetos de “branqueamento” da população ao longo do século XIX e estudos e tratados de “eugenia” ainda tão recentes quanto a primeira metade do século XX, nos quais negros eram apontados como inferiores tanto na autonomia quanto em suas faculdades mentais. E podem ser observados ainda hoje em comportamentos inaceitáveis de preconceito e intolerância, profundos e graves ao ponto de inviabilizar no futuro a própria existência do Brasil como um país decente, justo, ético e digno dos nossos sonhos. Estudar, refletir e aceitar essa realidade é um bom começo para as transformações em nossa jornada rumo a uma sociedade democrática e plural - “ou ela é democrática para todas as raças e lhes confere igualdade econômica, social e cultural, ou não existe uma sociedade plurirracial e democrática” como acentuou Florestan Fernandes no livro de Abdias do Nascimento, p. 37-38.

³ cfr Atlas da violência. 2023

⁴Segundo (Gomes,2019) ”A escravidão no Brasil foi uma tragédia humanitária de proporções gigantescas. Arrancados do continente e da cultura em que nasceram, os africanos e seus descendentes construíram o Brasil com seu trabalho árduo, sofreram humilhações e violências, foram explorados e discriminados. Essa foi a experiência mais determinante na história brasileira, com impacto profundo na cultura e no sistema político que deu origem ao país depois da independência, em 1822.”

Ainda assim surgiu uma sociedade fundada neste legado de escravidão e de uma falaciosa assimilação fraterna dos escravizados a sociedade. Sabe-se que grandes pressões foram feitas para que a escravidão acabasse, motins de revolta, pressão política, são marcas dos momentos que antecederam a Lei áurea. Portanto, a lei áurea é resultado de lutas e resistência e não de uma benevolência imperial⁵. Um dos maiores abolicionistas foi Luiz Gama⁶, filho de Luiza Mahin, africana alforriada e de Fidalgo português, cujo nome permanece desconhecido das páginas da história. Doutor Gama foi advogado e lutou pela alforria de escravizados, explorando todas as imprecisões e lacunas das bases legais do escravismo em favor dos negros oprimidos.

[...]Uma das estratégias favoritas era procurar indícios ou provas de que os africanos tinham entrado no Brasil após a aprovação da lei que abolirá o tráfico em 7 de novembro de 1831 - a famosa “lei para inglês ver”. [...] Nesse caso, do ponto de vista legal, a propriedade do escravo seria nula. A idade ou o ano de chegada do africano servia, por si só, como prova de que tinha direito à liberdade, cabendo a Justiça apenas reconhecer essa condição. (Gomes, 2022. Pág. 393)

Chama atenção na história de Gama, que ele se utilizou de um mesmo instrumento - o Direito - que o escravizou, para conseguir a liberdade de outras pessoas negras, com a sua formação construída através de outras pessoas, pois Gama não foi aluno formal de instituições de elite, onde a cor e a formação anterior, determinava a entrada nesses espaços. Luis Gama foi advogado provisionado, pejorativamente chamado de rábula, ou seja, profissional do Direito, sem formação acadêmica. A história abreviada de Gama, demonstra como o Estado brasileiro conviveu com a escravidão, sustentada por um discurso moral, religioso, político e jurídico.

A história do negro do Brasil, não começa aqui, começa na costa do continente africano, com alguém comprando um ser humano, despido de tudo, de sua autonomia, de sua humanidade. A escravização é projeto social, político e econômico, pois retira do ser humano, a própria humanidade, ele é coisificado, não tem vontades, é submisso à vontade de outro. É isso, por séculos, num país em que não sabemos com exatidão quando inicia, quando termina, o regime escravocrata, pois tratados sobre o término do tráfico negreiro, foram burlados. No imaginário esse outro, que não sujeito, atua até os dias de hoje. O racismo é a negação da humanidade do outro não igual ao branco. É isso que vigorou por séculos no Brasil.

⁵ Para mais Cfr em Escravidão, vol. III, Laurentino Gomes, 2022.

⁶ Segundo (Gomes, 2019) Tal homem, nascido livre, foi vendido, colocado à disposição de comerciantes por seu pai, em meio a dificuldades financeiras, vendido para um comerciante do Rio de Janeiro.

Charles Wade Mills, em seu livro *o Contrato Racial*, aduz que vivemos em uma sociedade que vigora o contrato racial, em que o grupo dominante, brancos, tem um acordo tácito para a manutenção de seus privilégios, tal contrato não reconhece os outros não brancos, como pessoas plenas, mas sim sub pessoas, que nunca conseguiram alcançar o *status* de igualdade dos brancos. A raça é determinante para diferenciar quem são os homens que serão transformados no “estado de natureza⁷” para o estado civil, ou seja, aqueles que criaram o governo civil.

[...]o contrato racial estabelece um regime político racial, um Estado racial e um sistema jurídico racial nos quais o *status* de brancos e não brancos está claramente demarcado, seja por lei ou por costume. E o propósito desse Estado, em contraste com o Estado neutro no contratualismo clássico, é, *inter alia*, especificamente manter e reproduzir essa ordem racial garantindo privilégios e vantagens dos cidadãos brancos plenos e mantendo a subordinação dos não brancos. (Mills, 2023, p.46-47)

Portanto, se o Direito é reflexo de uma determinada sociedade, em determinado tempo, não poderia deixar de trazer consigo os defeitos desta mesma sociedade. O direito atual traz soluções que, se não deficientes, são, ao menos, insuficiente para combater o racismo estrutural. Segundo Almeida:

O racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, de modo “normal” com que se constituem as relações políticas, econômica, social, ou seja, de modo “normal” com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural.

Para além disso, contamos com operadores do direito que partem de premissas liberais, de que todos são iguais perante a lei. E que características inatas, como a cor da pele, dos seres humanos, não carecem de relevância jurídica, ainda que o panorama constitucional brasileiro, seja de combate a discriminação. No entanto, pode sofrer óbice pela atuação do próprio corpo de membros do judiciário.

O trabalho tem como justificativa a necessidade de se buscar uma atuação judicial sobre o racismo, que dê eficácia (irradiação dos direitos fundamentais) ao diploma constitucional de 1988, que tem como cerne, a dignidade da pessoa humana, uma vez que é objetivo da república, a criação de uma sociedade livre de preconceitos de qualquer origem.

⁷ estado de natureza, se refere a período pré-político em que os homens se encontram, ou seja, quando ainda se utilizam dos instintos naturais para sobreviver, a antítese deste estado é o estado civil em que renunciam a selvageria em favor da criação de um governo civil, aderindo ao contrato social, ver mais cf. Thomas Hobbes; John Locke;

Portanto, acreditamos que uma dogmática constitucional, deve ser interpretada de forma a emancipar as pessoas negras.

Busca-se no presente estudo analisar o uso do princípio da proporcionalidade nos casos de responsabilidade civil, envolvendo discriminação racial. Primeiro buscou-se analisar uma evolução histórico-legislativa da criação de normas, que visam coibir a discriminação racial, não reduzindo o panorama constitucional, a uma tutela penal. O objetivo é analisar casos de uso do princípio da proporcionalidade envolvendo discriminação racial, utilizando-se de quatro casos midiáticos onde houve violações a direitos de personalidade envolvendo a raça das vítimas. Tais casos foram escolhidos pela (i) repercussão midiática; (ii) ser a vítima ou autor ser pessoas famosas; (iii) utilização da culpa como fator determinante para a caracterização da responsabilidade civil.

A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica de dogmática constitucional e civil, com aporte teórico de Adilson Moreira do chamado direito antidiscriminatório, bem como a utilização de julgados que versassem sobre a temática, optando pela seleção de casos midiáticos, onde o anonimato é em parte reduzido por conta das pessoas serem públicas em relação à vida profissional.

O problema de pesquisa, aqui estudado é se o intérprete leva em consideração a tônica antirracista da Constituição Federal, de 1988, para a restrição de direitos fundamentais que resultem em obrigação de indenizar, quando o ilícito tiver teor de discriminação racial.

A hipótese a ser testada pelo estudo é negativa. No sentido, se entende que o intérprete não leva em consideração a tônica antirracista da Constituição de 1988, se utilizando de subterfúgios formais ou retóricos para afastar a responsabilidade civil oriunda de ilícito de teor racial. Assim, com base nos casos empíricos, iniciando pela análise do caso da cantora Ludmilla, chegaremos à conclusão do presente estudo.

PARTE UM. DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL NO ENFRENTAMENTO AO RACISMO

2. RACISMO E DIREITO

2.1 Tratamento jurídico brasileiro no enfrentamento ao racismo

Assim como o fim do tráfico negreiro, a lei Afonso Arinos, primeira lei de combate ao racismo, foi feita para inglês ver, ou melhor americano, um incidente com a bailarina Katherine Durhan, quando veio ao Brasil para se apresentar e foi impedida de se hospedar no hotel em São Paulo,⁸impulsionou a criação da lei. Diante da repercussão negativa da mídia no exterior, o deputado Afonso Arinos, propôs o projeto de lei para tornar contravenção penal a prática de impedir pessoas de se hospedar, entrar e comprar em estabelecimentos comerciais. Este é um dos relatos, acerca da motivação para a lei, outros dizem que a motivação se deu por conta de Arinos, ter como empregado, motorista negro e se compadecer das violências sofridas por este⁹, mas assim como Martin Luther King afirmava: “a liberdade nunca é voluntariamente concedida pelo opressor; deve ser exigida pelo oprimido.”¹⁰Grandes eventos históricos e principalmente com a busca da emancipação do povo negro, não são fruto da benevolência de governantes brancos, mas sim de pressão e luta popular. É curioso a forma como, o país, decidiu criminalizar tal conduta, como contravenção penal, em que o objeto são condutas menos ofensivas.

Posteriormente, em 1969, o Brasil ratificou, através do Decreto n.º 65.810/1969, A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. No ano de 2001, o Brasil assinou declaração e plano de ação da Conferência Mundial contra o Racismo, a Xenofobia e intolerâncias correlatas¹¹, resultado da Conferência de Durban, na África do Sul, recentemente, o país ratificou o Convenção interamericana contra o Racismo,

⁸ Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/brasil-criou-1a-lei-antirracismo-apos-hotel-em-sp-negra-hospedagem-a-dancarina-negra-americana> Acesso em: 02 dez.2023

⁹ GRIN, Mônica. MAIO, Marcos Chor. O antirracismo da ordem no pensamento de Afonso Arinos de Melo Franco. Revista Topoi, Rio de Janeiro, v. 14, n° 26, p. 33-45, jan/jul, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/topoi/a/4rfSyw3LgqcPnZZs7WV9LjJ/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 26.11.2023

¹⁰ CARSON, Clairbone (org). A autobiografia de Martin Luther King. Tradução de Carlos Alberto Medeiros.Edição digital. Jorge Zahar Editor Ltda. 2014, p.143. E-book. Disponível em: <https://www.bridgeportedu.net/cms/lib/CT02210097/Centricity/Domain/2826/Martin%20Luther%20King%20Autobiografia%20-%20Clayborne%20Carson.pdf> Acesso em: 02.12.2023

¹¹ Disponível em:

<<https://racismoinstitucional.geledes.org.br/compromissos-internacionais-assumidos-pelo-estado-brasileiro/>> acesso em: 12 dezembro 2023

Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância¹², promulgada pelo Decreto n.º 10.932/2022. Paralelamente, o país internamente previu na Constituição Federal de 1988, uma tutela contra o racismo, bem como criou legislação especial e inseriu um tipo próprio no código penal. Recentemente, retirou a injúria racial do Código Penal e colocou em legislação especial, a lei n.º 7.716/1989.

Em termos de legislação, o Brasil produziu mecanismos de proteção à população negra, ainda que o tipo penal do racismo, não tutele apenas casos referentes, às pessoas negras (pretas e pardas), mas sim, qualquer discriminação de origem de cor, racial, étnica, religiosa ou de procedência nacional.¹³ Por exemplo, um dos casos mais famosos é o próprio caso de racismo contra judeu, o chamado caso Ellwanger, onde um editor de livros do Rio Grande do Sul produziu, editou e comercializou livros com conteúdo antissemita, ou seja, ele incitava ódio e desprezo ao povo de origem judaica. No STF, se seguiu fortes discussões, acerca do enquadramento de judeus como raça. Por fim, prevaleceu, por maioria, o entendimento de que judeus poderiam ser enquadrados como uma raça, sendo assim, o tipo penal de racismo, se enquadraria no caso.

Uma das discussões, centrou-se no conflito aparente de colisão de princípios constitucionais¹⁴: o da liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa humana, caracterizando uma precedência em relação a um direito subjetivo, do réu, no caso a liberdade de expressão.

[...]ganha relevância a discussão da medida de liberdade de expressão permitida sem que isso possa levar a intolerância, ao racismo, em prejuízo da dignidade humana, do regime democrático, dos valores inerentes a uma sociedade pluralista. Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passava despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art, 5º, X), deixando entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa, com o propósito de compatibilizar valores constitucionais eventualmente em conflito[...] (Voto ministro Gilmar. p. 656)

¹² Disponível

em: <<https://www.cnj.jus.br/brasil-promulga-convencao-da-oea-contraracismo-e-intolerancia/#:~:text=Com%20a%20promulga%C3%A7%C3%A3o%2C%20no%20%C3%BAltimo,punir%20todos%20os%20atos%20e>>
 acesso em: 12 dezembro 2023

¹³ Lei n.º 7.716/89 . art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. ([Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97](#))

¹⁴ Na discussão no STF, se entendeu por maioria, pela denegação do Habeas Corpus. Colhe se da ementa que não houve colisão de princípios, mas sim de resguardo ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, questão de direitos humanos. Não se pode restringir a norma da dignidade humana, enquanto seu caráter de regra, mas se se considera como princípio, este pode ser satisfeito em graus.

A dignidade da pessoa humana¹⁵ constitui fundamento do Estado brasileiro, conforme a redação do art. 1º, III, da CF/88, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, utilizou da aplicação do princípio da proporcionalidade para analisar, se o enquadramento das condutas do réu, ao tipo penal racismo, ou seja, imprescritível, bem como se a condenação, atendeu as máximas da proporcionalidade. Sendo assim, teria sido proporcional a condenação do réu, concluindo pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito na adoção da condenação do réu, por isso votou pela denegação do habeas corpus.

Em sentido contrário, o voto-vista do Ministro Marco Aurélio, foi no sentido de conceder a ordem de *habeas corpus*, bem como reconheceu a prescrição da pretensão executiva. Tal voto traz consigo um teor histórico importante, a afim de fundamentar a preservação da liberdade de expressão, entendida como uma liberdade de difundir, produzir e divulgar informações, ele tece em suas linhas, fatos históricos, como a decisão de Rui Barbosa, de destruir arquivos da escravidão, como forma de apagar da história o legado da escravidão¹⁶ (Min.º Marco Aurélio. p. 12) “além de imprópria a alcançar o fim desejado - apagar a mancha da escravidão feita a sangue no Brasil -, subtrairia às gerações futuras a possibilidade de estudar a fundo a memória do país [...]”. O Ministro, também reconhece a colisão de princípios, a ser enfrentado no julgamento do caso¹⁷, no entanto, chega a conclusão diversa do Ministro Gilmar Mendes, entendendo que a condenação do réu não é adequada, necessária ou proporcional, para impedir discurso antissemita¹⁸. Em seu extenso voto, o

¹⁵ Alexy (2011, p. 112) Nos casos em que a norma da dignidade humana é relevante, sua natureza de regra pode ser percebida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão somente se ela foi violada, ou não. Contudo, em face da abertura da norma da dignidade humana, há uma ampla margem de apreciação na resposta a essa questão[...] tudo depende da definição das circunstâncias nas quais a dignidade pode ser considerada como violada. Com certeza não há uma resposta geral, devendo-se sempre levar em consideração o caso concreto.(ALEXY, 2011, p. 112).

¹⁶ voto minº Marco Aurélio: “Diante dos horrores da escravidão negra no Brasil, Rui Brabosa, à época Vice-Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, determinou, por meio do Decreto de 14 de dezembro de 1890 que se destruíssem todos os documentos referentes à escravidão. Intentava com esse gesto apagar, da história brasileira, o instituto - como se isso tivesse o condão de fazer desaparecer da memória nacional a carga de sofrimento suportada pelo povo africano e pelos afro-descendentes - e evitar possíveis pedidos de indenização por parte dos senhores de engenho. O ilustre baiano não se apercebeu que determinação em tal sentido, além de imprópria a alcançar o fim desejado - apagar a mancha da escravidão feita a sangue no Brasil -, subtrairia às gerações futuras a possibilidade de estudar a fundo a memória do país, o que as impediria, por conseguinte, de formar um consciente coletivo baseado na consideração, das mais diversas fontes e de emergir do legado transmitido - a ignorância.”

¹⁷ Para o Ministro Marco Aurélio, (2009, p. 870). “Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela. ”(Voto Minº MARCO AURÉLIO, p. 870).

¹⁸ O ministro entende que a edição de livro de teor revisionista, não tem o condão de propagar discurso de ódio contra o povo judeu, entende que não há indícios, “restringir -se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal ideia incitar a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira” (Voto Minº AURÉLIO, 898) se mostra inadequada.

ministro entende, que deve-se resguardar a liberdade de expressão, pois constitui pilar essencial do Estado Democrático de Direito, consignou que as ideias devem circular livremente, ainda que sejam contra majoritárias, assim se criaria uma verdadeira sociedade pluralista, de respeito às minorias. O ministro cita casos internacionais para sustentar a precedência da liberdade de expressão, em relação à violação da dignidade do povo judeu, tais como Luth¹⁹; Caso R.A.V vs City of St, Paul²⁰, caso publicação cômica contra o povo judeu²¹, entre outros. Também entende que a tutela de combate ao racismo é de exclusividade aos negros, tendo em vista o passado escravocrata do país²², bem como recorre aos anais da

¹⁹ Caso em que a Corte Constitucional Alemã, entendeu ser inconstitucional a limitação à liberdade de expressão de Erich Luth, em fazer campanha de boicote de cineasta com ligação ao nazismo, caso da Corte Constitucional Alemã BVerfGE 7, 198.

²⁰ Suprema Corte Americana 505, U.S. 377 (1992) Adolescentes atearam fogo em cruzeiros no jardim de propriedade de uma família negra. A Suprema Corte norte americana, entendeu ser inconstitucional a lei da cidade Saint Paul “por meio da qual se tipificava contravenção a exposição pública ou privada de símbolos, objetos, gráficas, incluindo cruzeiros em chamas - símbolo característico da Ku Ku Klan, organização do sul dos Estados Unidos que pregava a inferioridade dos negros - ou das suásticas nazistas que pudessem gerar raiva ou alarde ou ressentimento de outros com base na raça, cor, credo, religião ou gênero”. A decisão baseou-se no fato de que a referida lei poderia ocasionar restrição demasiada à manifestação de pensamento. (Voto do Minº Aurélio, 906).

²¹ O Tribunal Constitucional Espanhol, Sentencia 176/1995, julgado em 11 de dezembro de 1995. No caso, a corte decidiu manter decisão de condenação contra autor de charge Hitler SS pelo crime de injúria contra o povo judeu. “sustentou o Tribunal Constitucional que a publicação, desprovida de relevante conteúdo histórico, sociológico, científico, político ou pedagógico, ofendia gravemente a honra e a dignidade do povo judeu, na medida em que visava tão somente a satirizá-los e ridicularizá-los. Ressaltou tratar-se de hipótese de colisão de direitos fundamentais entre a liberdade de expressão e o direito à honra. Entretanto, ao reconhecer o caráter desnecessário das injúrias perpetradas, sem qualquer valor informativo ou de formação de opinião, o Tribunal decidiu não ser o caso de liberdade de expressão, porquanto o exercício desta deveria respeitar o direito alheio, fundamental para a convivência pacífica, o que não ocorria na espécie. Em relação ao caso espanhol, entende que a distinção feita pela Corte Constitucional é importante, pois se o caso fosse de sátira feita com teor jocoso. “Se a hipótese deste *habeas* fosse uma manifestação jocosa cuja intenção objetivasse, apenas agredir o povo judeu, a glosa poderia ocorrer, sem no entanto se proclamar o cometimento do crime de racismo. Mas, já que o livro do paciente procurou realizar a revisão histórica dos fatos, deve-se proteger a liberdade de manifestação do pensamento.” (voto Min. Aurélio, pg.907).

²² O ministro em seu voto faz um apanhado das Constituições brasileiras, que nem sempre tratam especificamente da questão racial, ou seja, a concepção da igualdade formal, foi colocada nos textos constitucionais. Somente na Constituição de 1988. houve expressa previsão de uma tutela penal de combate ao racismo é imprescritibilidade: “A Constituição de 1824, no artigo 179, XII, pregava “A lei será igual para todos quer proteja quer castigue e compensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Na carta de 1891 o artigo 72, § 2º, estabelecia: “Todos são iguais perante a lei. A república não admite privilégio de nascimento, foros de nobreza extingue as ordens honoríficas existentes, desconhece foro de nobreza, extingue as ordens honoríficas existentes e as suas prerrogativas e regalias, bem como títulos nobiliárquicos e de conselho. Somente a partir da Constituição Federal de 1934 é que o fator racial ingressa no texto de forma explícita. Assim preceituava o artigo 113,1: “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções por motivo de nascimento, sexo raça profissões próprias ou do país, classe social, riquezas, crenças ou ideias políticas”. A Constituição de 1937 não versou mais sobre a raça, o que veio a ocorrer novamente na de 1946, desta vez no artigo 141, §5º: “É livre a manifestação de pensamento, sem que dependa de censura, salvo quando o espetáculo e diversões públicas, respondendo, cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceito ou de classe”. A Constituição Federal de 1967, no artigo 150, § 1º, proclamava: “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religiosos e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei”. E a Constituição Federal de 1969, no artigo 153, § 1º, preconizava: “Todos são iguais a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”. Observa-se, com isso, que apenas a Constituição Federal de 1988 deu tratamento diferente à matéria, tornando imprescritível o crime de racismo, um dos únicos casos de

Constituinte 1987-1988, em que deputados expõem os motivos para o inciso do XXXX(XLII), do art. 5º, da CF/88. Colhe do voto, a exposição de motivos do Deputado Constituinte Carlos Alberto Oliveira:

Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1988. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime.²³

Portanto, em sede constitucional, a tônica do constituinte foi criminalizar condutas racistas, a fim de expurgar da sociedade brasileira, o legado da escravidão, bem como emancipar o povo negro, tornando-o sujeito de direito na esfera social, política e privada. Por isso, aliado ao texto constitucional, uma hermenêutica emancipatória, que entende que pessoas negras não compartilham de um *status* social igual a dos brancos, efetiva o texto constitucional nas relações Estado-privado ou privado-privado.

2.3 Discriminação racial e a Constituição de 1988

A vedação à discriminação racial, obteve status constitucional em 1988, quando houve expressa previsão de combate a discriminação de qualquer origem, como objetivos da República Federativa do Brasil, art. 3º, IV da CF. Bem como descreveu no art. 5, XLII, o crime de racismo como imprescritível e inafiançável, o objetivo do constituinte foi extirpar da sociedade brasileira tratamentos discriminatórios, em razão da cor da pele, bem como dar eficácia a tratados internacionais assinados pelo Brasil. Não obstante, o compromisso internacional do Brasil, internamente com a Constituição de 1988, respondeu à sociedade e acolheu a pauta do Movimento Negro Unificado e dos deputados constituintes, como

imprescritibilidade no Direito brasileiro, ao lado apenas da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado. Dispõe o artigo 5º, inciso XLII: “ A prática do racismo constitui crime inafiançável, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Por sua vez, o inciso XLIV do mesmo artigo prevê “ Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático”. (voto minº AURÉLIO, p.909)

²³ Extraído do discurso de Carlos Alberto Caó, em 11 de maio de 1988, ao apresentar emenda ao projeto de Constituição Federal, que resultou no inciso XLII, do artigo 5º, da Carta Magna.

Benedita da Silva²⁴, Paulo Paim,²⁵ Carlos Alberto Oliveira,²⁶ entre outros, mas ainda sim minoria naquela Assembléia de 1987-1988.

A discriminação racial se origina de preconceitos sobre o outro, em razão da cor da pele, ou seja, há um sentimento de superioridade em relação ao outro, por conta do simples fato da epiderme da pessoa não ser branca, isso encontra na lei um obstáculo, quando tal sentimento se expressa externamente, pois cabe ao Estado repelir condutas que excluem o outro do *status* de igualdade, já que não é dado a ninguém o direito de discriminar negativamente ao outro. No Estatuto da Igualdade Racial se adotou, o seguinte conceito para a discriminação racial ou étnico-racial: Lei n.º 12.288/2010: [...]discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

A definição do legislador contempla a vedação a discriminação na vida pública, bem como da vida privada.

2.4 A vedação a discriminação racial disposta na constituição de 1988. Art. 3, IV, da CRFB de 1988

Tal previsão foi fruto dos processos da constituinte (1987-1988). Militantes do Movimento Negro Unificado e deputados constituintes negros, articularam-se para que constasse do texto constitucional, as demandas oriundas do povo negro. Em suma, redundando na criminalização do crime de racismo, o que seria uma das reivindicações, dentre outras demandas que perderam o caráter de especificidade, como saúde, educação e moradia²⁷. Em 2010, com a criação do Estatuto da Igualdade, diploma este que melhor conceitua o que seja discriminação racial, desigualdades raciais, coloca as pessoas negras como prioritárias para se beneficiar de políticas públicas²⁸. O Estado, ao assim agir, reconhece

²⁴ Benedita Souza da Silva Sampaio é Deputada Federal, servidora pública, professora, auxiliar de enfermagem, assistente social e política brasileira;

²⁵ Paulo Renato Paim é senador da república pelo Rio Grande do Sul é um sindicalista e político brasileiro;

²⁶ Carlos Alberto Oliveira dos Santos, também conhecido como Caó, foi um advogado, jornalista e político brasileiro.

²⁷ ver mais em: Santos, Natália Neris da Silva. A voz e a palavra do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988): um estudo das demandas por direitos / Natália Neris da Silva Santos. - 2015

²⁸ Lei n.º 12.288/2010, Art. 4º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de: I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social; II - adoção de medidas, programas e políticas de ação

nesse grupo uma condição inerente, que os torna desiguais em relação às outras pessoas que são brancas, ou seja, a raça é um fator que merece relevância jurídica. Cabe lembrar que no Brasil a desigualdade racial, em sua grande maioria, está alinhada à desigualdade econômica. Portanto, as políticas públicas que tem o condão de mitigar as desigualdades econômicas, irão assistir às pessoas negras e hipossuficientes, isso nos leva a trabalhar o conceito de interseccionalidade, criado por Kimberlé Crenshaw²⁹.

A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento. (CRENSHAW, 2002, p.177).

A criação de legislação especial que reconheça que fatores como raça e pobreza estão interligados e que resulta em uma desigualdade fática, que deve ter relevância jurídica, a fim de que seja superada através de tratamento diferente, aqueles que são diferentes, ou seja, conforme a máxima tratar “os desiguais, desigualmente”.

Fatores, como, raça, classe, gênero tem influência na forma de tratamento reais, não ideais, embora o Direito seja, o dever-ser, ele é aplicado no mundo de relações sociais existentes e reais, não de uma abstração ideal do que as relações deveriam ser.

No tratamento, com sujeitos subalternizados, as relações públicas e privadas, deveriam se guiar pelo princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, tal pretensão é correta e desejada, em Estados onde se pretendem ver triunfar uma democracia, de respeito à vontade da maioria, mas também de proteção às minorias. No Brasil é de conhecimento público, que a maioria da população é composta por pessoas negras, segundo dados do IBGE, ou seja, pessoas pretas e pardas, que são categorizadas como negras, compõem a maioria do Estado brasileiro, não obstante, quando se fala em minorias, se fala em minoria política, pois não são proporcionalmente representadas em campos importantes para o Estado, como em segmentos econômicos, jurídicos e até mesmo de representação parlamentar. A minoria política são

afirmativa; III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica; IV - promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais; [...].

²⁹ Kimberlé Williams Crenshaw é professora, estudiosa da teoria crítica da raça, bem como introduz o conceito de interseccionalidade.

populações que podem compartilhar características inerentes, que não se veem representada nos espaços de poder, como mulheres, negros e pessoas LGBT+.

Por isso, se faz necessário, a criação de legislação especial que as proteja, não em todas as características, pois não seria desejável, bem como atribuiria diferenciação ilegitimamente injustificável. O que se deve fazer é a proteção de características inerentes que colocam as pessoas, em situações de discriminação negativa, tanto na esfera pública, tanto na esfera privada.

Não obstante, o Estado tenha que ter autocontenção para regular as relações entre privados, não deve se abster de proteção, a esses grupos de minorias, que contaram com tanta relevância social, que resultou em legislação especial, atraindo-se assim, a competência do judiciário para aplicação de normas, para (1) dar eficácia ao ordenamento jurídico como o todo, que tem a dignidade da pessoa humana, como cerne do Estado; (2) repelir as condutas, que violem os direitos dessas pessoas, que tiveram do legislador atenção especial e no caso da LGBTFOBIA, receber o mesmo tratamento penal, do crime de racismo.

Em síntese, dar eficácia a esses diplomas especiais, ou disposição constitucional, é dever do intérprete da lei, bem como cumprir os compromissos internacionalmente assumidos pelo Estado brasileiro.

2.5 Legislação infraconstitucional - Código Penal. Art. 140; Estatuto da Igualdade Racial; Lei n.º 7.716/89 (Lei Caó)³⁰ e as modificações da Lei n.º 14.532/2023.

Acerca da legislação penal e os princípios da legalidade e taxatividade inerentes do direito penal, restou configurado no Código Penal, o tipo penal da injúria racial, disposto no art. 140, § 3º, introduzido pela Lei nº 9.459/97, que alterou também a Lei nº 7.716/89, ocorrendo, a inclusão de um tipo penal que tutelou a proteção à honra, elemento subjetivo do sujeito : Código Penal³¹ Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Um dos efeitos, foi o de que ação penal cabível seria de iniciativa do ofendido, bem como a pena de 1 a 3 anos. Tal regulação infraconstitucional buscou suprimir da sociedade brasileira, comportamento racistas. Não obstante, tivemos alterações legislativas e judiciais importantes, em relação ao combate ao racismo e injúria racial, no HC nº 154.248, o STF

³⁰ Carlos Alberto Oliveira dos Santos - ex-deputado e jornalista, criador do projeto de lei resultante da lei nº 7.716/1989, que criminaliza o racismo que deixaria de ser contravenção penal.

³¹ Código Penal. Decreto-Lei n.º 2.848, 7 de dezembro de 1940.

entendeu que injúria racial é espécie do gênero racismo, nos termos do voto do relator Ministro Edson Fachin³², e que sendo espécie do gênero racismo, também é um crime imprescritível.

Em 2023, foi sancionado pelo Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, a lei que aumenta a pena do crime da injúria de 1 a 3 anos, para 2 a 5 anos, bem como desloca o tipo penal do Código Penal para a Lei Especial n.º 7.716/89 e cria agravantes para o cometimento do crime de racismo, se praticado por funcionário público e em local esportivo, tipificando, o racismo recreativo, conceito cunhado pelo professor Adilson Moreira.

O racismo recreativo decorre da competição entre grupos raciais por estima social, sendo que ele revela uma estratégia empregada por membros do grupo racial dominante para garantir que o bem público da respeitabilidade permaneça um privilégio exclusivo de pessoas brancas. A posse exclusiva desse bem público garante a elas acesso privilegiado a oportunidades materiais porque o humor racista tem como consequência a perpetuação da ideia de que elas são as únicas pessoas capazes de atuar como agentes sociais competentes (MOREIRA, 2019. Pág.95)

Com relação à lei n.º 14.532/2023, no art. 20-C, o legislador colocou uma regra hermenêutica para guiar os juízes na interpretação da lei, quando desses casos, tal técnica pode ser vista em legislações especiais, como no art. 47, do Código de Defesa do Consumidor.³³

A hermenêutica, campo de estudo jurídico sobre interpretação das normas, tem um papel crucial na eficácia das leis especiais protetivas, pois o jurista é composto de experiências sociais, que afetam o seu decidir. Moreira, propõe a chamada hermenêutica do oprimido, que leva em consideração o olhar do subalternizado. A hermenêutica negra problematiza a hermenêutica tradicional, pois entende que o intérprete não está livre de experiências sociais, bem como questiona os pressupostos da objetividade e neutralidade na interpretação das normas. Em primeira pessoa, afirma em seu livro:

Sou um jurista negro que pensa como um negro e estou certo de que as pessoas atuam a partir de posições subjetivas quando estão interpretando normas jurídicas. Elas o fazem a partir de uma posição epistemológica e também a partir de suas experiências enquanto sujeito cuja percepção do mundo está construída segundo

³² Voto Min.º Edson Fachin no HC n.º 154.248. “Mostra-se insubsistente, desse modo, a alegação de que há uma distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei 7.716/1989 e aquela constante do art. 140, § 3º, do CP. Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que sócio-politicamente constitui raça (não genético ou biologicamente), para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido. Sendo assim, excluir o crime de injúria racial do âmbito do mandado constitucional de criminalização por meras considerações formalistas desprovidas de substância, por uma leitura geográfica apartada da busca da compreensão do sentido e do alcance do mandado constitucional de criminalização é restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe vigência. (Voto minº FACHIN, p.15)

³³ Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

construções sociais. Minha crítica da igualdade como procedimento decorre de um ponto de vista específico formado por experiências pessoais que influenciam a forma como eu penso o mundo. (MOREIRA, 2019. Pág.151)

A tônica da constituinte é tornar pessoas negras parte do Estado Democrático de Direito que se pretende ser o Brasil, ainda que formalmente, tem-se a pretensão de torná-los iguais em relação a outros cidadãos, tanto que em seu conteúdo expressa, o horror ao racismo, bem como expressamente, prevê a tutela penal, a quem praticar racismo. A primeira ação do Estado de combate, ainda que tímido, é que ao menos na esfera social, condutas de discriminação fossem punidas, a lei Afonso Arinos, é isso: tornar igual, os desiguais, ao menos nas relações tidas na esfera social. Tal tratamento tem respaldo na doutrina de Alexy, acerca de um direito geral de igualdade, segundo o autor a clássica forma, “os iguais devem ser tratados igualmente, os desiguais desigualmente”. Não obstante, assevera que o enunciado da igualdade vincula tanto o legislador quanto o aplicador da lei e que para suplantar uma desigualdade fática, deve se suportar uma desigualdade jurídica. Aduz o autor que como subprincípio do Estado Social, uma igualdade fática pode ceder diante de outros princípios como o inverso também, trata-se de fazer sopesamentos, em que uma razão forte, seja desenvolvida através do ônus de fundamentação que tem o juiz, a fazer incidir um tratamento desigual, a fim de superar uma desigualdade fática.

É imprescindível atentar para o que significa afirmar que a igualdade fática é o objeto de um princípio. Como já foi mencionado anteriormente, princípios não são razões definitivas, mas *prima facie*. Eles podem, em um caso concreto, ceder em favor de princípios contrapostos. Por isso, o princípio da igualdade fática é uma razão suficiente para um direito subjetivo definitivo a um tratamento jurídico desigual, a serviço da criação de uma igualdade fática, somente se prevalecer sobre outros princípios relevantes e colidentes. (Alexy, 2011, p. 432)

Portanto, havendo razão suficiente para um tratamento desigual ele é obrigatório, mas através de um ônus argumentativo, a justificar tal tratamento desigual, segundo a doutrina de Alexy, as pessoas não são iguais em todos os aspectos, isso é impossível e indesejado. No entanto, não devem ser tratadas de forma arbitrariamente desigual, por quaisquer diferenciações.

[...] o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e

qualquer distinção. É necessário questionar se e como é possível encontrar um meio-termo entre esses dois extremos. Um ponto de partida para esse meio-termo é a fórmula clássica: “o igual deve ser tratado igual, o desigual, desigualmente” (Alexy, 2011. Pág. 397).

Por razão³⁴ deve se entender fator justificável que leve à conclusão que o tratamento desigual é obrigatório, pois de outra maneira o tratamento igual desejado violará o enunciado da igualdade, por exemplo, se o benefício da gratuidade da justiça for negado a duas pessoas, juridicamente o tratamento será igual, mas na perspectiva de consequências não, pois uma poderá ter acesso à justiça e outra não, ou seja, o tratamento igual entra em colisão com o princípio do acesso à justiça que dependendo das circunstância, a igualdade formal, deve ser restringida, em face do princípio/direito de acesso à justiça. Diante disso, na existência de uma razão forte para tratar o desigual, desigualmente, o tratamento será obrigatório.

Para Moreira a igualdade têm dimensões e a igualdade liberal nega as diversas dimensões, ela pressupõe uma mesma identidade entre todos que fazem parte da comunidade política, não leva em consideração experiências de grupos subalternizados, não leva em consideração a raça, pois a igualdade de cunho liberal, pressupõe uma homogeneidade de experiências sociais dos indivíduos e que estes, pelo tratamento simétrico poderão ter acesso aos mesmos bens, portanto suas necessidades serão satisfeitas pelos mesmo recursos colocados à disposição de todos, pois gozam de experiência sociais iguais. Não obstante, tal sociedade ideal, inexistente, diferenças são relevantes, pois estas servem para discriminar negativamente, por isso, precisam de proteção especial, a fim de que grupos subalternizados possam fazer parte da sociedade e se realizar como sujeitos de direitos, concretos, não como uma abstração ideal liberal. A igualdade precisa levar em consideração a realização de um dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito que é o da dignidade da pessoa humana.

O atual ordenamento jurídico, em vigor desde a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, garante tutela especial e privilegiada a toda e qualquer pessoa humana, em suas relações extrapatrimoniais, ao estabelecer como princípio fundamental, ao lado da soberania e da cidadania, a dignidade humana. (Moraes, 2017. pág.120)

³⁴ Segundo Alexy, (2011, p. 105) “o caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios”.

Então, não levar em consideração a categoria raça para a promoção da dignidade humana é inócuo, pois promove tratamento desigual ao pressupor uma única identidade política na sociedade, bem como não promove o princípio da dignidade humana para um grupo de pessoas que são marginalizadas por uma categoria, a raça, que pela igualdade de cunho liberal. É irrelevante. O tratamento conferido e a tutela especial de combate ao racismo significa que tratamentos arbitrários e desiguais não serão tolerados pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois violam o enunciado da igualdade disposto em nosso art. 5º, *Caput*, da CF.

Acerca de possível violação ao princípio da igualdade e outros dispositivos constitucionais, o STF, no julgamento histórico da ADPF 186, entendeu que as ações afirmativas do tipo cotas raciais e socioeconômicas não violavam o princípio da igualdade, muito pelo contrário prestigiavam a igualdade material, tendo em vista o quadro de desigualdades que se produziu no Brasil, onde as universidades públicas não contavam com a população pobre e sobretudo negra em seus quadros de discentes. A interpretação dada pelo STF, e que restou ementada entendeu que não se deve levar em consideração apenas compatibilidades com preceitos constitucionais de forma isolada sem levar em consideração um arcabouço principiológico, em que assentado o Estado brasileiro, ou seja, princípios como o da dignidade humana³⁵.

³⁵ Para mais Cfr ADPF 186, STF, 2012.

3.DISCURSO JURÍDICO E RACISMO

No âmbito das relações privadas onde se pressupõe que todos são iguais, assegurado a autonomia de vontade, a tutela resguardada à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, é universal. Todos (incluindo pessoas negras). Parece redundante dizer, que todos têm direito à tutela de proteção de seus direitos de personalidade, no entanto, é necessário.

Tendo em vista, criações jurisprudenciais e doutrinárias, esdrúxulas, que retiram a eficácia da proteção a dignidade da pessoa humana, tais como o “*animus jocandi*” ou aceitação de teses de defesas como “ter um amigo negro”, “ter família interracial”; dentre outras que a capacidade humana, pode trazer ao mundo dos autos.

Também nas relações privadas, pode existir um controle estatal, quando há violação dos direitos fundamentais, a fim de impedir ou mesmo sancionar, através do instituto da responsabilidade civil, comportamentos que violem direitos de personalidades, afetos à raça.

Não obstante, se reveste de elemento essencial, a adoção de técnica hermenêutica compatível com a Constituição Federal de 1988, Adilson Moreira, em seu livro *Pensando Como Um Negro*, faz crítica a uma interpretação formalista e liberal que não entende a raça como fator dotado de relevância na interpretação jurídica³⁶

A raça como fator dotado de relevância jurídica é o objeto de estudo da Teoria Crítica da Raça, escola de pensamento originária dos Estados Unidos da América, em síntese após as lutas dos anos 60 pelos direitos civis para a população negra, pesquisadores acreditavam que a conquista pelos direitos civis, tinha estagnado ou mesmo retrocedido, e fundaram a escolas do pensamento, um dos estudiosos Derrick Bell³⁷ afirmou que o histórico julgamento *Brown x Board of education*³⁸, mais ajudou os brancos, que se uniram pelo sentimento de comunhão racial do que uma vitória para pessoas negras. Os autores da Teoria Crítica da Raça entendem que no apagar das luzes a decisão foi restringida por interpretações restritivas³⁹, burocracia

³⁶ Conforme, Moreira (2019, p.33) pensar como um negro, a partir de uma hermenêutica negra significa, utilizar do Direito como um instrumento de transformação social, uma vez que se tem a ótica de um subalternizado. “Pensar como um negro designa um tipo de consciência jurídica que articula elementos a partir de uma perspectiva substantiva da igualdade, o que engloba a necessidade de promoção da igualdade de status entre membros de diferentes grupos sociais. Portanto, eu me afasto de uma imagem do intérprete como um sujeito abstrato que observa o mundo a partir de uma postura supostamente baseada na objetividade e na imparcialidade.”

³⁷ Derrick Bell (1930-2011) foi um advogado americano, acadêmico jurídico e ativista dos direitos civis, sendo um dos fundadores da escola de pensamento teoria crítica da raça.

³⁸ Trata-se de caso emblemático da Suprema Corte, em que se decidiu declarar inconstitucionais as leis de segregação em escolas públicas que obrigavam crianças negras a frequentar escolas segregadas, ou seja, de acordo com a sua raça. Para saber mais cf *Brown v. Board of Education*, 347, US, 483, 1954.

³⁹ Em “reflection on little Rock” Hannah Arendt, acredita que a decisão da suprema corte, quanto declarar as leis, afetas à esfera política foi correto, não obstante a integração forçada nas escolas, interferindo na escolha dos pais sobre a educação de seus filhos, interferiu na esfera de privacidade, cujo teor é guiado pelo princípio da exclusividade. Para mais Cfr em *Reflection on Little Rock*, 2004.

administrativa e perda de foco, pois os brancos liberais partiram para outras batalhas. Em “Reflection on Little Rock”, Hannah Arendt, pode oferecer uma justificativa para a estagnação dos avanços dos direitos civis após a decisão da Suprema Corte norte-americana de integração das escolas públicas, em 1954.⁴⁰

Ainda que de maneira concisa, trabalhamos a questão racial e a tutela penal consagrada na constituição. A Carta Magna de 1988, consagrou os direitos fundamentais, dentre eles o direito à liberdade de expressão, liberdade de imprensa jornalística, bem como assegurou o direito à intimidade, vida privada, imagem e honra, assegurando ao ofendido o direito de reparação, direitos derivados do princípio da dignidade humana. Ou seja, há um feixe de posições jusfundamentais que o cidadão pode exercer. Não obstante tais direitos podem entrar em rota de colisão, por isso se faz necessário entender uma possível colisão de princípios, a fim de solucionar o litígio posto.

3.1 Teoria dos princípios

Princípios são normas que tem em seu teor, assim como uma regra conteúdo do dever-ser, tendo a mesma razão de ser norma, a distinção entre regra e norma, é que:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas⁴¹

Os princípios podem ser satisfeitos em graus e em se tratando de direitos com dupla função. Podem ser restringido, quando elevados a princípios. Não se trata de uma plenitude do exercício de um direito, mas sim, a possibilidade de exercer no maior grau possível, quanto defrontando com situação em que deva ser restringido.

No exame da ponderação, no qual teremos que examinar, em que condições um princípio prevalecerá sobre o outro, qual princípio tem precedência sobre o outro. No exercício das liberdades existe um direito *prima facie* legitimando o exercício deste direito, mas que quando passa pela lei da colisão, poderá ser restringido, quando maior for a necessidade de realização do outro princípio colidente.

Ainda sobre o conceito de princípios, Alexy quando faz distinção entre regras e princípios, alude que os princípios, contém um grau elevado de generalidade: “Segundo esse

⁴⁰ Teoria crítica da raça : uma introdução / Richard Delgado, Jean Stefancic ; tradução Diógenes Moura Breda ; prefácio de Adilson Moreira. -- 1. ed. -- São Paulo : Editora Contracorrente, 2012, p.66.

⁴¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P.90.

critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.”⁴²

Princípios fundamentais codificados na Constituição existem, por conta do duplo caráter da norma, ou seja, por escolha do legislador. Um princípio é codificado, conferindo direito individual, *a priori*, irrestingível, mas no nível dos princípios, poderá ceder posição para outro. Outra distinção feita acerca dos princípios é de Humberto Ávila (2011), que afirma que regras têm um teor de decidibilidade, e que princípios têm um teor de finalidade, mas que não tem um conteúdo em si, propriamente dito. A norma jurídica, criada abstratamente quando elevada ao nível de princípios, produz para o caso uma regra definitiva. Tal exercício pode ser feito tanto pelo legislador, quanto pelo intérprete.

3.2 Das colisões de princípios constitucionais

Os conflitos de liberdades, são rotineiros na história da humanidade, pois pessoas coexistem em sociedades com seus direitos (liberdades), o que muda é a existência de um catálogo de direitos conferido a todos e que deve ser resguardado pelo Estado como, o detentor do *ius puniendi*, mas também por ser uma razão fim do Estado, a preservação da dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista a caracterização dos direitos fundamentais como posições jurídicas *prima facie*, não raro encontram-se eles sujeitos a ponderações em face das situações concretas de colisão, nas quais a realização de um direito se dá “as custas” do outro. Situações de colisão de direitos fundamentais afiguram-se cada vez mais frequentes na prática jurídica devido ao alargamento do âmbito de intensidade de proteção dos direitos fundamentais levado a cabo pela Constituição de 1988, notadamente em função do já referido caráter analítico do catálogo constitucional de direitos. (Sarlet, 2018. Pág. 413)

Portanto, quando direitos de titulares de direitos fundamentais se chocam, vivemos em um Estado, em que não é permitida a vingança privada. É dado ao Estado-Juiz, o poder de resolver o litígio, a fim de que as partes fiquem satisfeitas, não quanto a resolução do caso, mas segura, quando a figura de quem o determinou foi imparcial, e buscou no ordenamento jurídico, a solução do caso concreto. Não obstante, quando no mérito da disputa, o objeto é a restrição de direitos fundamentais, haverá a conclusão pelo filtro da lei de colisão.

⁴² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P.87.

Assim, quanto maior for imperativo a realização de um princípio de um titular, mais forte será a restrição de direito de outro titular, ambos igualmente detentores destes direitos.

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária (Alexy, 2011, pág. 96).

A precedência refere-se às circunstâncias em que o direito (princípio) será restringido, isso significa que a conclusão de uma colisão de princípio, nunca terá uma única solução estanque. O intérprete construirá através do discurso jurídico a precedência, ou seja, justificará as razões que o levam a entender por uma restrição de direito subjetivo de um ou de outro titular de direitos.

3.3 Liberdade de expressão x direito à inviolabilidade da imagem, honra, intimidade e vida privada

A liberdade de expressão encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de resguardar o direito de opinar sobre todos os assuntos, sem a intervenção estatal, tem o indivíduo o chamado direito de defesa, ou seja, que o Estado se abstenha de interferir no regular exercício do direito pelo titular. Existem ações, tomadas pelo Estado que podem dificultar ou impossibilitar o exercício de um direito subjetivo, sobre as impossibilidades estas, podem ser (i) fáticas ou (ii) jurídicas. Faticamente, o Estado, pode criar circunstâncias que impossibilitem o exercício desse direito, por exemplo: direito de locomoção, se for preso não pode exercer o direito de locomoção, também pode criar circunstâncias que dificultem o exercício do direito, por exemplo, a criação de requisitos subjetivos para ingresso na profissão⁴³.

A liberdade jurídica é quando o objeto da liberdade é uma alternativa de ação, em suma, somos livres para fazer ou não fazer algo é o chamado conceito negativo de liberdade. Poderá, no caso concreto existir uma obrigação de não fazer, um dever de abstenção, tendo em vista que a prática daquele exercício de direito, viola direitos subjetivos de outrem, um direito a algo. Por exemplo, imaginemos que o objeto a ser perseguido por uma pessoa "a" sua honra (h), em face de uma pessoa "b". Quanto mais forte for a necessidade de exercer seu

⁴³ Para saber mais, cfr em Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. p.196 -198.

direito a uma boa reputação ou resguardar a sua honra maior será a restrição “a” a “b” em relação a (h).

A liberdade de expressão constitui fundamento de um Estado Democrático de Direito. Assim, se compreende que a liberdade de expressão *lato sensu*, codificada na Constituição Federal de 1988, como o gênero das espécies: liberdade de imprensa, artística, científica, etc.

Dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo político, a liberdade de expressão – pelo menos de acordo com significativa doutrina – assume uma espécie de posição preferencial (*preferred position*), quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais, o que tem sido, em regra, confirmado pelo STF em especial a partir do julgamento da ADPF 130, no qual foi declarado que a Lei de Imprensa editada no período da ditadura militar não foi recepcionada pela CF (Mitidiero, Marinoni, Sarlet, 2023. Pág. 229)

No entanto, isso não significa que sempre a liberdade de expressão terá precedência, na análise da colisão de princípios, após o filtro da lei da ponderação, pois senão tal teoria não teria lógica. Todos os direitos com dupla função quando elevados ao nível dos princípios, podem restringir direitos subjetivos, ainda que um ônus argumentativo seja de difícil realização, ou seja, o exame deve se dar no caso concreto, por exemplo poderemos ter em conflito o princípio da dignidade humana, pelo menos aparentemente⁴⁴, frente à liberdade de expressão, obviamente não há como dizer, sem saber das características do caso concreto, se (i) a liberdade de expressão terá precedência, tendo em vista, “a posição preferencial” atual; ou (ii) se alguém terá restringido seu direito subjetivo de direito à intimidade. A colisão de conflitos, como já explicitado, não é tudo ou nada, mas graus de satisfação. Portanto, quem tiver seu direito de liberdade de expressão restringido não restará completamente sem ele e/ou (ii) quem tiver restringido direito à intimidade, vida privada, honra e imagem continuará tendo preservado seu direito subjetivo em certa medida.

Por exemplo, se alguém sabe que uma informação de sua esfera privada e que violará seus direitos de personalidade poderá ingressar com uma ação de obrigação de não fazer, a fim de que tal matéria não seja veiculada. Embora seja vedada a censura prévia, há filtros que, no exame da colisão de princípios, o intérprete pode levar em consideração.

Na jurisprudência do STJ, colhemos do Resp n.º 1.926.012 - SP - em que uma rede de TV foi condenada a indenizar um homem por veicular informação sobre crime que posteriormente foi absolvido, tendo sua casa destruída por vizinhos. No caso, o STJ, por conta da súmula 7, não adentrou na análise do conjunto fático-probatório das instâncias inferiores,

⁴⁴ Para ver mais Cfr em: A Aplicação da Máxima da Proporcionalidade no STF: Um Caso, Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia. 2013

ou seja, não reviu o mérito decidido pela 1ª e 2ª instâncias. Portanto, não disse se houve ou não violação a direitos de personalidade no caso concreto, ensejador de dano moral. Mas podemos ver da ementa do referido processo, filtros da atividade jornalística, tais como (i) dever de veracidade das informações; (ii) não macular a honra de terceiros. Melhor explicitado estão esses filtros do STJ, em casos de confronto de liberdade de expressão *versus* direitos de personalidade no REsp n.º 1.961.581, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que entende estar sedimentada o trabalho jornalístico em deveres.. Da ementa, colhe se os seguintes filtros: “(i) dever de veracidade, (ii) dever de pertinência e (iii) dever geral de cuidado. Ou seja, o exercício do direito à liberdade de imprensa será considerado legítimo se o conteúdo transmitido for verdadeiro, de interesse público e não violar os direitos da personalidade do indivíduo noticiado”. Portanto, da análise do aresto, se chegou aos filtros que podem ser utilizados nas instâncias inferiores, vide o dever de uniformidade da jurisprudência.

Os chamados direitos de personalidade se revestem de teor constitucional, previsto no art. 5º, e seus incisos, da CF, isso não importa em dizer que existe um rol taxativo de direitos de personalidade, pois podem existir outros direitos.

A fim de explicar a intensidade de proteção aos direitos de personalidade, existe a teoria das esferas, na qual é dividida em três: privada, pública e social. A teoria consiste na visualização de espaços em que mais forte será a tutela jurídica para resguardar a intimidade e vida privada, ou seja, resguardar um direito de compartilhar a intimidade e vida privada guiada pelo princípio da exclusividade.

A teoria das esferas passa a contribuir para a racionalização do problema, na medida que permite ao intérprete visualizar, *a priori*, os espaços existentes e a organizar uma argumentação suficiente, capaz de justificar a tutela jurídica adotada frente à situação concreta proposta à discussão (Cachapuz, 2006. Pág, 106)

Viver em sociedade significa a integração de liberdades, ou seja, um exercício de todos os cidadãos. Todos, temos o direito à saúde, convivemos simultaneamente exercendo este direito, todos temos direitos, *a priori*, irrestingível à liberdade de expressão, meu direito não acaba quando começa o seu, eles coexistem.

Tal integração de liberdades requer, na essência, o acolhimento de uma concepção do direito geral de liberdade, para a qual não basta uma substituição do direito geral de liberdade negativa para uma concepção concreta de liberdade - orientada exclusivamente por uma ideia de dignidade humana. Há também a exigência de que a liberdade negativa seja uma condição necessária, mesmo que não suficiente, à dignidade humana. Ou seja, pressupõe que liberdade e dignidade caminhem,

paralelamente, num mesmo sentido de construção de estruturas garantidoras de direitos fundamentais, e não como princípios que possam se opor como limitadores um ao outro. (Cachapuz, 2006. Pág.107)

No caso concreto, quando se tem a colisão de princípios envolvendo direitos de personalidade, ter a visualização de espaços comuns(sociais), políticos e privados (privacidade), serve para dar ao intérprete a capacidade de ponderar de forma diversa, os mesmos princípios, em espaços diferentes. A título de exemplo didático, se uma pessoa pública, sabe de que vai ser publicada uma informação de sua vida privada, por jornalista, que julga ser prejudicial, à sua honra, pode intentar uma ação de obrigação de não fazer. Não se pode prever uma decisão judicial, mas didaticamente, com essas pouquíssimas informações o conflito posto para o intérprete, nada mais é que o conflito de duas liberdades que coexistem, e que estão conflitando. (liberdade de expressão como gênero e liberdade jornalística como espécie) *versus* o direito à intimidade e vida privada. Muito provavelmente, se não há relevância informacional daquela informação, decidirá o juiz, a favor da parte autora. Por exemplo, a informação pode ter relação com a condição sexual de determinada pessoa, mas que por opção decidiu que não quer publicizá-la ou compartilhar com terceiros que não fazem parte desse *locus* de privacidade, ou que, aquela pessoa tem alguma doença, ou seja, a publicação daquela notícia, sem relevância pública, tende mais a prejudicar e violar direitos de personalidade do que realizar um direito informacional e/ou de liberdade de expressão.

Por isso, nesse caso hipotético seria deferida a tutela de obrigação de não fazer, um dever de abstenção de publicar aquela informação. A dinâmica pode ter resultado diferente, se a pessoa pública expor a sua intimidade e vida privada, talvez o juiz entenda que por compartilhar de livre e espontânea vontade sua vida, sua privacidade, não caberia uma restrição à liberdade de expressão que impeça a publicação de tal fato, não em relação à condição sexual ou de doença, como no caso acima mencionado, que se reveste de teor extremamente privado e sem relevância social, dependendo do contexto. A existência de um núcleo de inviolabilidade é guiado pelo princípio da exclusividade, de um direito de estar só, de não compartilhar, este deve guiar o intérprete, quando da utilização da lei da ponderação para restringir um dos direitos.

Tal princípio permite, desde logo, capacitar o intérprete com a compreensão de que existe um espaço em que se faz possível ao indivíduo viver aquilo que o diferencia dos demais em sua intensidade mais severa, justamente porque assegura, pela atuação de um direito de livre desenvolvimento da personalidade, o espaço de reserva não compartilhado com os demais.(Cachapuz, 2006. Pág.122)

O princípio da exclusividade está ligado pelo teor de reserva da informação, ou seja, manter longe da interferência aspectos da personalidade individual, o que não é possível em relação à cor da pele, por isso na esfera social⁴⁵ e política o preconceito deve ser combatido, a fim de não contaminar, a esfera privada.

3.4 Do racismo recreativo

A cor da pele é atributo da pessoa, faz parte de sua personalidade, existindo uma tutela universal de personalidade, ela deve resguardar esse atributo inerente da pessoa, como é, na esfera política e social, os diplomas normativos, bem como a constituição preveem expressamente essa tutela, no âmbito cível e criminal, orientada pelo combate ao racismo, fruto do passado escravocrata que deixou um legado nefasto de desigualdade social, econômica e política com relação às pessoas negras, por isso é tão importante que seja repelida à discriminação racial. Na esfera privada a honra funciona, como elemento de autorrespeito, por isso na esfera da privacidade, também deve se coibir a discriminação racial.

Na esfera social, a perpetuação de estereótipos racistas por meio de discursos travestidos de humorísticos têm o potencial de prejudicar segmentos da população, a população negra principalmente, quando se reforça ideias do tipo “baiano é preguiçoso”, “coisa de negro”, quando se refere a algo mal executado ou “mulher só sabe pilotar fogão” reforça um estereótipos que não encontram na realidade correspondência e só servem para legitimar exclusão das chamadas minorias, bem como trazer efeitos deletérios aos país.

A lógica dos estereótipos está diretamente ligada à lógica dos estigmas. Os estudiosos do tema afirmam que um estigma é uma característica a partir da qual uma pessoa ou um grupo de pessoas sofre desvantagens sistemáticas. Assim, esse termo descreve um processo a partir do qual sentidos negativos são atribuídos a pessoas que possuem características socialmente desprezadas. Estigmas são responsáveis pela construção de identidades sociais culturalmente desprezadas porque designam pessoas supostamente diferentes ou inferiores. Sob essa lógica, traços como raça ou sexualidade são marcas que indicam disposições naturais negativas, sendo que elas se tornam parâmetros a partir dos quais as pessoas passam a atuar para discriminar as pessoas. (Moreira, 2019.pág.43-44)

⁴⁵ Para (Arendt, 2004) a esfera social é o híbrido entre o privado e o político, então ela é guiada pela discriminação, pois grupos discriminam outros grupos, pessoas são atraídas por semelhantes. Aduz a autora que é na esfera política que o princípio da igualdade rege e nela que deve ser abolida a discriminação legalmente. Para mais, Cfr Hannah Arendt, em Reflection on The little Rock, 2004.

Segundo o Atlas da violência de 2023,⁴⁶ em 2021, 3.858 (três mil oitocentas e cinquenta e oito) mulheres morreram de forma violenta no país, enquanto houve queda no número de homicídios geral, houve um crescimento de feminicídio de 0,3% de 2020 para 2021. Com o recorte de raça, do número de mulheres mortas em 2021, mulheres negras representavam 67,4%, ou seja, isso representa que 2.601 mulheres negras morreram de forma violenta em 2021. Não é possível concluir que um discurso de desprezo social, político, econômico, não tenha a ver com esses dados. Um discurso misógino não deve guardar lugar na sociedade brasileira, em nenhum campo da sociedade, principalmente no judiciário. Em 2023, em julgamento histórico, o STF, na ADPF 779, declarou ser inconstitucional o uso da tese de legítima defesa da honra, em casos de tentativa e consumação de feminicídio. Da ementa, colhe-se um pequeno trecho:

1.A “legítima defesa da honra” é recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. Constitui-se em ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988 [...] 5.É inaceitável, diante do sublime direito à vida e à dignidade da pessoa humana, que o acusado de feminicídio seja absolvido, na forma do art. 483, inciso III, § 2º, do Código de Processo Penal, com base na esdrúxula tese da “legítima defesa da honra”. Há de se exigir um controle mínimo do pronunciamento do tribunal do júri quando a decisão de absolvição se der por quesito genérico, de forma a avaliar, à luz dos atos processuais praticados em juízo, se a conclusão dos jurados se deu a partir de argumentação discriminatória, indigna, esdrúxula e inconstitucional referente ao uso da tese da legítima defesa da honra.

Assim como as mulheres, pessoas negras, mulheres negras, sofrem duplamente com estereótipos racistas que atrapalham sua trajetória de emancipação social econômica, pois são impedidas de serem percebidas como sujeitos independentes e capazes de atuar competentemente nos espaços públicos.

O racismo pode assumir diversas formas em diferentes lugares e em diferentes momentos históricos. Suas várias manifestações têm o mesmo objetivo: preservar e legitimar um sistema de privilégios raciais, o que depende da circulação contínua de estereótipos que representam minorias raciais como pessoas incapazes de atuar de forma competente na esfera pública. (Moreira, 2019. Pág. 24)

Ou seja, o desprezo social, travestido de sátiras humorísticas produz um processo de desqualificação do sujeito negro no imaginário social, impedindo de serem vistos como

⁴⁶Disponível em <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1504-dashmulherfinalconferido.pdf>>
Acesso em: 06 janeiro 2024

peças que possam atuar de maneira competente na esfera pública. Remetendo ao atlas da violência de 2023, em 2021, 36.922 (trinta e seis mil novecentas e vinte e duas) peças negras morreram, isso representa 71,1% dos homicídios do Brasil. Em uma hora morrem em média 4,22 peças negras. Isso significa que em uma população de 100 mil habitantes 31 das mortes serão de peças negras, contra 10,8 de peças não negras. Segundo Almeida (2019, Pág.35) “O racismo é processo político. Político porque, como processo sistêmico de discriminação que influencia a organização da sociedade, depende de poder político; caso contrário seria inviável a discriminação sistemática de grupos sociais inteiros”

O racismo está em todos os âmbitos da sociedade brasileira, nos espaços institucionais como empresas, órgãos públicos, na vida de relação. É a doença do Brasil, fonte de desigualdade social e o remédio deve ser tão complexo quanto a doença. Por exemplo, com a produção de leis que visem coibir a prática do racismo com a consequente sanção civil ou penal, ou cumuladas, a conscientização da sociedade por meio da educação, políticas de inclusão social. A dimensão política e social do racismo, induz ao pensamento e reforça estereótipos negativos, que as peças têm sobre a população negra, como se elas não pudessem performar competentemente na esfera pública da sociedade.

3.5 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre privados

A liberdade de expressão, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, como já dito, são princípios constitucionais que devem ser realizados na medida ótima no caso concreto. A luz do princípio da igualdade, que deve ser interpretado de forma substantiva e não somente procedimental, a fim prestigiar a inclusão de minorias sociais.

Essa perspectiva interpretativa institui a consideração da condição social efetiva de um grupo como elemento central para a análise da compatibilidade de normas com o sistema constitucional. Uma ordem jurídica comprometida com a emancipação social deve então considerar a situação social no qual eles vivem; ela deve levar em conta se essa prática contribui ou não para aumentar a situação de desvantagem de membros de grupos vulneráveis. Ao integrar a análise da situação de desvantagem na consideração da constitucionalidade de uma norma, esses autores pretendem afirmar a necessidade de analisarmos o contexto social e histórico no qual se encontram os membros de um grupo designado por um critério de classificação. (Moreira, 2020. pág.387)

De nada adiantaria, uma tutela de envergadura constitucional, ou seja, que vincula a todos, Estado e particular, se não existir uma irradiação nas relações entre privados. Em suma, a eficácia do panorama constitucional de vedação a discriminação racial, entre particulares.

A eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a consequente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes. Como leciona José Afonso da Silva, “eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como a possibilidade de aplicação. Para que haja esta possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos”.⁴²⁴ (Sarlet, 2023. pág.75)

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, nas relações entre privados, busca a observância, realização, preservação dos direitos fundamentais, constitucionalmente conferidos, sendo que estes não podem ser suprimidos nas relações privadas.

Sem adentrar especificamente o mérito dessas concepções e das variantes surgidas no seio da doutrina constitucional, é possível constatar – a exemplo do que sustenta Vieira de Andrade – uma substancial convergência de opiniões no que diz com o fato de que também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral, que, por sua vez, não podem ser completamente destruídos. (Mitidiero, Marinoni, Sarlet, 2023, Pág.171)

Trata-se de novas bases para a autonomia privada, ou seja, as relações que violem direitos como imagem, honra, intimidade, podem ser tutelados, fazendo jus aquele que sofreu tal violação, à indenização. Poderá existir uma indenização ou uma obrigação de fazer, ou não fazer, oriunda de ato ilícito.

A teoria da eficácia dos direitos fundamentais, às relações entre privados ou irradiação dos direitos fundamentais, foi criada, a fim de preservar um rol de direitos fundamentais, tendo em vista, que antes o Estado, que poderia violar as garantias fundamentais das pessoas, com o processo de globalização e expansão, não é só ele, que pode violar tais garantias, mas sim grupos econômicos, empresas e até mesmo pessoas, que estão livremente fazendo negócios. Assim, o Estado, que antes violava os direitos fundamentais, tem o papel de preservar a observância desses direitos nas relações privadas.

Como regra geral daí decorrente, pode se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, assim, os princípios constitucionais que estabelece com a dignidade da pessoa humana como valor cardeal do sistema. (Moraes, 2017. Pág. 120)

Se a vinculação dos particulares é mediata ou imediata, não é o cerne do trabalho, mas sim, que as relações privadas, estão subordinadas à Constituição Federal de 1988. Então

nenhuma cláusula contratual ou tratamento discriminatório tem força diante da Carta Magna Brasileira, isso não significa que o Poder Judiciário possa interferir nas relações privadas, sem que haja um processo judicial, ou mesmo de declaração de inconstitucionalidade da norma que dá origem às obrigações entre particulares.

princípios de direitos fundamentais, em razão de sua influência no sistema de normas de direito civil, requerem ou excluem a existência de determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, bem como de competências e não-competências, na relação cidadão-cidadão, os quais, sem a vigência desses princípios, ou seja, apenas com base em um sistema de direito civil não influenciado pelos direitos fundamentais, não seriam considerados como necessários ou impossíveis do ponto de vista do direito constitucional. Nesse sentido, há um efeito direto perante terceiros. (Alexy, 2011. Pág.542)

A autonomia privada, princípio fundante do direito privado, ainda restará de pé, em bases que protejam os direitos fundamentais dos indivíduos, que livremente contratam e se obrigam uns com os outros. Em suma, os direitos subjetivos, chamados feixes de posições, são influenciados pelos direitos fundamentais, independentemente da parte do ordenamento jurídico, em que exercido esse feixe de posições, uma vez que se tem o efeito irradiador dos direitos fundamentais nas relações entre privados.

3.6. Das restrições de direitos fundamentais

O direito à liberdade de expressão é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, assim como o direito à inviolabilidade, à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada. Tais direitos-princípios, direito porque codificados e, além disso, com previsão constitucional e princípios que se utilizam, da teoria de Alexy, no sentido de que são mandamentos de otimização, que devem ser exercidos na medida ótima. Não há peso maior ou menor entre eles, o que vai decidir é a análise das circunstâncias do caso concreto.

Em casos de responsabilidade oriunda do ilícito, como a prevista do art. 187, do Código Civil, em que um detentor de direito legítimo, ao exercê-lo de forma excessiva, invade esfera de personalidade de outra pessoa. No caso concreto, se poderá configurar a responsabilidade civil, a fim de indenizar pelo dano ocorrido, bem como gerar um dever de abstenção (obrigação de não fazer).

Em um passo anterior, quando intérprete da lei, se vê diante da colisão de princípios constitucionais, certamente tem-se em conta, que um deles será restringido, diante das circunstâncias do caso em concreto, dando precedência, a um dos princípios envolvidos na

lide. Não obstante, não haverá eliminação de direitos subjetivos, mas restrição a esses direitos, elevados ao nível dos princípios que podem ser restringidos.

Restringível são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais. [...]restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. (Alexy, 2011. p. 281)

A restrição, contudo, necessita de parâmetros, como (i) ser compatível com a Constituição, bem como (ii) preservar o núcleo essencial do direito fundamental, que por seu duplo caráter, pode ser restringido, quando elevado ao nível dos princípios. Isso não significa que o titular do direito, não mais o exercerá.

Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aqueles atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade. (Alexy, 2011, p. 296).

A cláusula geral de ilicitude que representa o art. 187⁴⁷, só pode responder a um litígio de direitos contrapostos, se estes forem elevados ao nível de princípios e restringido, ou seja, requer a existência de um direito *prima facie*, cujo exercício daquele direito é lícito no primeiro momento e na ponderação com outro princípio pode ser restringido, isso significa que nesse plano de princípios, a restrição se faz necessária, pois houve um excedente de exercício do direito.

No direito fundamental *prima facie* que corresponde a esse princípio há algo de excedente, que pode ser restringido. Esse excedente não é algo externo ao ordenamento jurídico - como, por exemplo, um direito natural, uma liberdade natural ou uma situação natural -, nem algo localizável abaixo da Constituição, mas algo que pertence ao acervo de normas constitucionais. Se se parte do modelo de princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma. (Alexy, 2011. Pág. 280)

O texto do art. 187, do Código Civil, traz a figura do abuso de direito “exceder manifestamente os limites impostos, pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Tais conceitos indeterminados, se por um lado causam algum desconforto ao

⁴⁷ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

intérprete da lei, por outro pode servir como abertura do caso ao discurso jurídico, ou seja, decidir seu conteúdo com base em experiência do que tais conceitos sejam, ou tê-los como limitador da atividade jurisdicional, tais conceitos, quando em uma cláusula geral, que tem o condão de conter diversos casos, sem necessariamente, conter uma previsão *ipsis litteris* da conduta vedada, em verdade ajudam o intérprete.

[...]os elementos do fim econômico ou social, da boa-fé, dos bons costumes não se configuram como determinantes empíricos de uma limitação da liberdade em discussão, já que esta pressupõe, *a priori*, a ponderação entre princípios contrapostos. Em verdade, passam a contribuir como variáveis através das quais, pelo discurso proposto, ingressa no exame jurídico o conteúdo material que fará testada a razão prática (Cachapuz, 2006. pág. 234).

PARTE DOIS: DA CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E ESTUDO DE CASOS

4. RESPONSABILIDADE CIVIL E ILÍCITO POR CONTEÚDO DISCRIMINATÓRIO RACIAL

Os pressupostos clássicos da responsabilidade civil, são o ilícito, dano, nexa e culpa, como ilícito, deve se entender como contrário ao ordenamento jurídico, dano, pode ser entendido, uma violação a direito de outrem, não necessariamente ele precisa se expressar de maneira material, sobretudo, quando falamos de tutela de personalidade, quando o bem protegido, é intangível.

Para a determinação da existência de dano, como elemento objetivo da responsabilidade civil, é indispensável assentar que houve ofensa a um “bem jurídico”, embora Aguiar Dias insurge contra a utilização do vocábulo “bem” por lhe parecer demasiado fluido e impreciso. Não me parece, todavia inadequado, uma vez que nesta referência se contém toda lesão à integridade física ou moral da pessoa; as coisas corpóreas ou incorpóreas que são objeto de relações jurídicas; o direito de propriedade como os direitos de crédito; a própria vida como a honorabilidade e o bom conceito de que alguém desfruta na sociedade. (Pereira, 2018. Pág.74)

Nexo causal, é a relação entre o dano e a ação ou omissão do agente. E a culpa, é a falta de observância do dever. Existem teorias sobre os pressupostos. Com relação à culpa, pressuposto muitas vezes determinante para operadores do Direito, decidir se haverá ou não obrigação de indenizar nos casos de responsabilidade civil envolvendo discriminação racial, como veremos nos casos que serão analisados.

Em relação à culpa, esta, é aferida quando se tratar de responsabilidade subjetiva, pois de acordo com Tepedino⁴⁸, no código civil vigora o sistema dualista de responsabilidade civil ou seja, com culpa e sem culpa. A responsabilidade civil sem culpa, tem como fonte obrigacional o ato ilícito, como na cláusula geral do art. 187, do Código Civil

A culpa na responsabilidade civil subjetiva, perpassa vários momentos, desde elemento primordial, em uma concepção psicológica, em que se deve saber a real e o grau de intencionalidade do agente causador do dano, até o modelo de culpa normativa, em que se

⁴⁸ Gustavo Tepedino na atualização do livro de Caio Mário da Silva Pereira, sustenta a tese de que vigora o sistema dualista de responsabilidade civil remetendo à teoria da culpa e do risco. Para mais Cfr em Caio Mário da Silva Pereira/Gustavo Tepedino. Responsabilidade Civil, 12 ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 10.

entende configurada a culpa, quando há um desvio de um comportamento esperado de uma pessoa média “*bonus pater familiae*”

A concepção de culpa normativa aprimorada para um modelo de *standards* de comportamento esperado de uma pessoa média naquelas mesmas condições nos casos de responsabilidade civil envolvendo discriminação racial, ou seja, se um jornalista que em seu trabalho de cobertura de carnaval chama de “bombril” uma peruca utilizada por uma artista negra, teremos que saber se existe um código de conduta ou se tal conduta é incentivada pela empresa ou socialmente aceita no âmbito profissional da qual o jornalista faz parte, bem como, se é relevante o comentário, assemelhando a peruca de uma artista, que ali foi utilizada como seu cabelo, ou seja, fazia parte de sua compleição corporal, fazia parte de sua identidade, fazia parte de sua boa-imagem. Se, no caso concreto, não for este comportamento utilizado por profissionais que estão fazendo tal cobertura deve ser configurada a responsabilidade, independente da intenção do agente causador. A culpa normativa, se divorcia da persecução da intencionalidade do agente. Portanto, se o profissional foge de um escopo de atuação profissional, ou seja, atuou fora de um espaço em que tal comentário fosse tolerável, deve ser responsabilizado.

A ilicitude deve ser aferida por uma situação objetiva e concreta, um “desvio” comportamental esperado naquela situação, a ilicitude resulta disso, de uma conduta aferível pela expressão no plano da realidade. Cachapuz, se referindo ao art. 187, entende que um:

ato ilícito, no caso, não identificado a partir de um elemento subjetivo relacionado ao agente - culpa -, mas configurado por situação objetiva e concreta, decorrente do exame da conduta humana a partir das condições fáticas e jurídicas impostas pela realidade do caso e tendentes à configuração de uma restrição à liberdade do homem. (Cachapuz. 2006. p. 237)

Por isso, no caso, o direito à liberdade de expressão seria restringido, em face do direito a não violação da imagem, da honra, da intimidade e vida privada. Isso não importaria em censura judicial. O art. 187, da CC prevê uma cláusula geral, que consagra a fonte obrigacional oriunda de ato ilícito, a ressarcibilidade do dano só existirá se dá ilicitude, originar violação a direitos, independente se material ou moral, este último inscrito na Constituição, não podendo ser restringido pelo Código Civil.

4.1 Da configuração da responsabilidade civil:

A responsabilidade civil é o instituto que visa fazer com que o ofensor repare dano que causou, como previsto no Código Civil, no art. 186, 187 e 927, do Código Civil.

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil. (Pereira, 2022. p.30)

É importante salientar que o art. 187, do Código Civil, para parte da doutrina, prescreve a situação de abuso de direito. A ilicitude acontece quando do exercício de um direito, se contrapõe a outro direito, no jargão popular “o meu direito acaba, quando começa o seu”.

No entanto, em contraposição, outra parte da doutrina entende, que não se trata de abuso de direito, mas sim de cláusula geral que tem na ilicitude, o fator de responsabilização, ou seja, de fonte obrigacional, Cachapuz entende:

torna-se inviável justificar e aplicar o enunciado normativo do art. 187 do CC como revelador do instituto do abuso de direito. Primeiro, porque a ideia de abuso de direito diminuiria o espectro de discussão do problema posto, já limitado por uma ideia de finalidade (visão funcionalista). Os elementos do art. 187 seriam vistos como limitadores, e não promotores de uma conduta voltada à liberdade. Segundo, porque importaria, nessas circunstâncias, um conteúdo material de interpretação desde logo, o que permitiria ao intérprete maior possibilidade de valoração subjetiva (ação teleológica) na aplicação do Direito, substituindo a razão prática, pela simples razão empírica. (Cachapuz, 2017. Pág. 1149)

Segundo tal entendimento, para a caracterização do ilícito, os conceitos indeterminados de boa-fé, bons costumes, fim social e fim econômico são elementos que servem como ponto de partida para análise do caso concreto, não limitadores com conteúdo empírico já estabelecido.

Cabe ao intérprete concretizá-los, determinando a hipótese legal com base nas regras de experiência e aplicando a consequência da incidência da norma que está predeterminada na própria estrutura normativa. [...] o mesmo Código contempla uma série de conceitos que se reportam a realidades valorativas, encerrando, portanto, conteúdo axiológico. (Martins-Costa, 2018. Pág. 157)

O Código Civil previu no art. 187, uma cláusula geral, que terá, pela regra da ponderação, a conclusão de litígio.

As cláusulas gerais têm por função auxiliar a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, propiciando o seu progresso mesmo se ausente inovação legislativa. A abertura diz respeito ao ingresso no corpus legislativo de princípios, máximas de conduta, standards e diretivas sociais e econômica, viabilizando a captação e a inserção de elementos extrajurídicos de modo a promover a “adequação valorativa” do sistema (abertura ou permeabilidade do sistema). (Martins-Costa, 2018, Pág. 174)

A cláusula geral que representa o art. 187, faz com que o intérprete seja colocado sempre em posição de restringir ou não direitos, sempre com base na análise do caso concreto. A ilicitude não é a ilegalidade da ação, tendo em vista, que nasce do exercício regular de um direito. Mas que no filtro da lei da ponderação será ilícita, pois pode restringir o direito de liberdade do outro. Portanto, se existe uma unidade no ordenamento jurídico e de uma panorâma constitucional de vedação e de combate a discriminação e de tutela específica de combate ao racismo, não se pode pretender, reduzir a eficácia do panorama constitucional no instituto de responsabilidade civil, que é de tutela universal, ou seja, uma tutela que todos podem exercer.

Portanto, nos casos envolvendo discriminação racial, em que uma das principais teses de defesa é a liberdade de expressão, não se mostra como excludente de reparação da vítima.

A tendência, com efeito, é que se atribua cada vez menos importância à identificação do responsável pelo dano, e se passe apenas a cuidar de como a vítima será indenizada, o que impõe, a um só tempo, a elaboração de mecanismos que ofereçam novas garantias ao ofendido, bem como a releitura dos tradicionais pressupostos da responsabilidade civil: a) o dano, cuja indenização passa a ser medida exclusivamente pela repercussão da lesão na vítima, a despeito de qualquer consideração acerca da pessoa ou do patrimônio do ofensor; b) o nexo causal, que é flexibilizado pelo conceito de fortuito interno, permitindo a reparação da vítima que, de outra forma, restaria irressarcida; e c) a culpa, cuja concepção subjetiva clássica é abandonada em favor de conceito normativo, vinculado à ideia de erro de conduta, afastando-se o viés moralizador de comportamentos que tradicionalmente lhe era atribuído. (Tepedino, Terra, Guedes, 2023. Pág. 2)

A responsabilidade civil, segundo modelo tradicional, pressupõe dano, nexo de causalidade e culpa. Não obstante, embora nos casos de discriminação racial, exista por parte de alguns juízes certa tolerância ou esforço argumentativo, como nos casos, abaixo que serão analisados, a não caracterizar a culpa do ofensor, tais como no caso da Ludmilla x Val Marchiori, Cocielo x Mbappé e Lewis Hamilton x Nelson Piquet. A evolução da responsabilidade civil, distinta da responsabilidade criminal, tem como efeito (i) independência uma da outra; (ii) a reparação recai sobre a esfera patrimonial, bem como da limitação de exercício de direitos do ofensor; (iii) a distinção na busca ou não da intencionalidade, tendo em vista, a evolução da culpa psicológica à culpa normativa⁴⁹, bem

⁴⁹ Paula Greco Bandeira - A Evolução do Conceito de Culpa e o Artigo 944 do Código Civil.

como nos casos de responsabilidade *in re ipsa*, ou mesmo a responsabilidade objetiva, independente da culpa. Portanto, deve ser afastada a concepção da culpa, como se faz no direito penal, mas sim se adequar a culpa normativa que segundo, (Tepedino, Terra, Guedes, 2023, p.7) “A culpa normativa dispensa, em definitivo, investigações concernentes à intenção do agente, divorciando-se de qualquer imputação de ordem moral”. Até porque tanto no direito penal, tanto no direito civil, a análise da culpa, se dá por elementos externos. A pessoa autora de um ilícito será responsabilizada por ação ou omissão que teve.

A fim de configurar, tal responsabilidade, o Estado-Juiz, não deve requerer a produção de prova diabólica, que comprove a intencionalidade do agente. É impossível. Os elementos que a vítima tem, são aqueles externados pelo ofensor, não pode o julgador querer que a vítima faça prova de dentro da cabeça do ofensor para saber se fez por que quis, ou porque estava brincando. Em seu livro *Racismo Recreativo*, Adilson Moreira critica a doutrina e jurisprudência dominante, que requerem a demonstração da intencionalidade no Direito Penal.

Essa exigência permite que muitas pessoas responsáveis por práticas discriminatórias não sofram qualquer tipo de sanção penal, o que acontece em função de uma compreensão bastante restrita do que seja injúria, do que seja honra pessoal e do que seja racismo. Esse problema reproduz a noção de que a ofensa racial não tem consequências sociais, principalmente quando ela se manifesta na forma de humor. Assim, um dos propósitos desta pequena obra é expor a cultura pública do desrespeito que existe em nossa sociedade, realidade inteiramente diversa do mito da cordialidade essencial do povo brasileiro.(Moreira, 2019, p.25)

No Direito Penal, tem-se entendido, de acordo com Bittencourt, pela não necessidade de demonstração do elemento subjetivo especial, o dolo específico, para a demonstração da intencionalidade de violar a honra da vítima, em razão da sua cor⁵⁰, ou seja, ainda é necessário a demonstração de dolo, mas este está implícito na própria conduta do agente, descrita no tipo penal, restando ao intérprete nada mais, do que a subsunção da conduta a norma positivada.

Em resposta, às críticas sobre a proporcionalidade da pena em relação a outros crimes como homicídio culposos, por exemplo, Guilherme Nucci, entende que a gravidade do crime é resultado da vontade da sociedade e do Estado em querer repelir aquela prática de crime.

⁵⁰ Bittencourt (2023, p.246), entende que “Contudo, vivemos outros tempos, em que as ofensas raciais e sexuais ampliaram-se e atingiram níveis insustentáveis, demandando maior rigorismo, mais fiscalização e punição, exemplarmente rigorosa, para combater essa chaga da humanidade, qual seja, principalmente, a discriminação racial e sexual. Nessas ofensas discriminatórias de raça e de gênero dispensa-se a exigência do elemento subjetivo especial do tipo, porque em ambas ele está ínsito na conduta em si, isto é, na própria manifestação de cunho racial ou sexual. Venia concedida, nesses aspectos, relativamente à discriminação de raça, cor e sexual, mudamos nosso entendimento anterior.” (BITTENCOURT, 2023, p.246.)

Portanto, por postura de política criminal, confere-se ao tipo penal a gravidade, conforme a sociedade, quer se ver livre de tal comportamento⁵¹, em determinado espaço-tempo.

Se existe por parte do Direito Penal atrelado ao princípio da taxatividade e legalidade, uma desvinculação na busca da intencionalidade específica, não cabe, se ater a pressuposto, que vem sendo flexibilizado na seara penal, dada a importância de reprimir condutas discriminatórias e segregadoras por conta de uma pseudo insuficiência probatória, com relação à caracterização da responsabilidade civil, no pressuposto da culpa, haja vista, a sua progressiva modificação, teoricamente falando no campo do Direito Civil e a desnecessidade de demonstração como na cláusula geral de ilicitude do art.187, do Código Civil.

Assim, a culpa normativa, se mostra elemento relevante da responsabilidade civil, pois não torna a prova do ato ilícito difícil para a vítima, ou seja, que aquele que tenha tido a esfera de privacidade violada, não tenha o ônus de produzir prova impossível.

De acordo com esta concepção, a culpa consiste em erro de conduta que não seria cometido por uma pessoa avisada, colocada nas mesmas circunstâncias externas do autor do dano. Dito por outras palavras, para se verificar se o agente incorreu em culpa, deve-se analisar não o seu lado psicológico, aí incluídas as suas particularidades psíquicas ou morais (culpa in concreto), porque tais circunstâncias lhe são internas, mas, antes, impõe-se a comparação objetiva entre a sua conduta e a de um tipo abstrato – o *bonus pater familias* –, tomado como modelo geral de comportamento, que deve ser colocado nas mesmas circunstâncias externas do autor do dano (culpa in abstracto). Assim, caso o tipo abstrato, hipoteticamente considerado nas mesmas circunstâncias externas do agente, não violasse a regra de conduta, o agente terá agido com culpa. (Greco, 2008, p. 230)

Existem críticas ao uso do conceito de culpa normativa, pois remeteria a ideia do *bonus pater familiae*, sujeito que detém a bússola moral. No entanto, no direito penal existe a figura do homem médio, o qual lidamos - criticamente -. Vivendo em sociedade, abrimos mão da selvageria e temos a expectativa de um tratamento cortês e harmonioso, ninguém está dizendo que devemos ser pessoas despidas de emoções, sem capacidade opinativa ou de acidez na crítica, mas que um pouco de educação é obrigatória na convivência humana. Afim, de não desprezar o avanço da conceituação da culpa normativa, mas sim o aprimoramento dela, Schreiber indica que os tribunais têm buscado, através de *standards* de comportamento

⁵¹ Nucci (2022, p.215), argumenta: “É verdade que, em comparação singela com outros crimes, a pena fixada para esse tipo de injúria é elevada demais, pois é mais grave, num simples exemplo, do que a prevista para o homicídio culposo. Ocorre que há épocas em que o Estado se vê levado a punir de forma mais grave certas condutas, que estão atormentando mais severamente e com maior frequência a sociedade; noutras, não haveria razão para tal postura. Foi o caso dos crimes de trânsito. O homicídio culposo na direção de veículo automotor tem uma pena de detenção de dois a quatro anos, enquanto o homicídio culposo, do Código Penal, tem punição de um a três anos. Isso significa que o homicídio no trânsito vem atormentando a sociedade com maior rigor e merece ser punido de forma mais grave. Não vemos qualquer ofensa ao princípio da proporcionalidade. É o que ocorre neste caso. (NUCCI, 2022, p.215).

mais diversos do que o mero encaixe da conduta do agente ofensor com o inalcançável comportamento do *bonus pater familiae*, ou seja, para além das circunstâncias concretas do caso, é levado em consideração, as especialidades do caso.

os magistrados têm buscado recursos na sociedade para a formação dos standards de conduta, valendo-se, por exemplo, de diretrizes emitidas por associações profissionais, de códigos de conduta especializados mesmo desprovidos de valor normativo, da oitiva de assistentes judiciais especializados (SCHREIBER. 2013, p.42)

Uma concepção de culpa normativa, aperfeiçoada pelo modelo de standards comportamentais, em verdade auxilia o intérprete na solução do caso em concreto⁵², não se desfaz da colisão de princípios, não se tem resposta correta, *a priori*, mas se coloca em seus devidos lugares os pressupostos da responsabilidade civil e sua análise pelo juiz, dando ele razão ou não a quem tiver direito violado, não levará em consideração elemento subjetivo de difícil produção pelo autor lesado e de difícil análise ao próprio intérprete. A concepção normativa da culpa leva em consideração, a exteriorização no mundo real, não de intencionalidades que não perpassam o mundo de relação. A existência de um dano deve ser exteriorizada, independente se o dano é infligido a bem jurídico tangível ou intangível, como nos casos de danos morais.

4.2 Danos extrapatrimoniais

O dano moral ou extrapatrimonial é o dano que atinge a personalidade da pessoa, ainda que se possa dizer que esse conjunto de características contém um grau axiológico subjetivo, elas devem restar protegidas, vide a previsão constitucional de proteção integral da pessoa, disposta na Constituição de 1988, em seu art. 1^a, III. Para Martins-Costa.

[...] a expressão "danos extrapatrimoniais" inclui, como subespécie, os danos à pessoa, ou à personalidade, constituído pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade psicofísica, inclusos os "danos ao projeto de vida", e ao "livre desenvolvimento da personalidade", os danos à vida de relação, inclusive o "prejuízo de afeição" e os danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais. (MARTINS-COSTA, 2017, p.194)

⁵² *standards* ou modelos comportamentais, podem ser aferidos por profissionais daquela área, em determinadas situações, ou seja, o desvio comportamental, deve ser aferido com base no que era esperado. Cfr em: Novos Paradigmas Da Responsabilidade Civil: Da Erosão Dos Filtros Da Reparação À Diluição Dos Danos Capa, de Anderson Schreiber.

Então podemos dizer que dano moral se constitui como espécie do gênero de dano extrapatrimonial, o dano moral se constitui como aquilo que afeta o indivíduo em sua personalidade, art. 5º, X, da CF. Não se pode dizer que há consenso na doutrina e jurisprudência do que seja dano moral, mas podemos dizer que há conexão com intimidade, vida privada, honra e imagem. Segundo Cavalieri:

[...]dano moral a agressão a um bem ou atributo da personalidade que cause dor, vexame, sofrimento ou humilhação; que fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. (Cavalieri, 2023, p.110)

O grau de subjetividade do que é considerado mero dissabor da vida cotidiana para aquilo que é uma violação a direito de personalidade, traduzindo-se, em sofrimento psíquico, tem um alto teor de subjetividade, o que não é desejável. Daí tem-se a figura do intérprete, a fim de desenvolver um ônus argumentativo para justificar a caracterização de um dano moral indenizável por violação de direito de personalidade. Nem tudo é passível de ressarcimento é claro. Na vida de relação de uns meros dissabores, não nos livramos, mas existe um ordenamento que confere direito a pessoas, sejam eles de ordem patrimonial e moral, aqui entendido como afeto à personalidade:

De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (“o da intimidade e da consideração pessoal”), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (“o da reputação ou da consideração social”).³ Derivam, portanto, de “práticas atentatórias à personalidade humana”.⁴ Traduzem-se em “um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida”⁵ capaz de gerar “alterações psíquicas” ou “prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral” do ofendido.⁶ (Jr., 2016, p.2)

Ainda, entre o mero dissabor e a perda de uma vida, há um espaço de indenizabilidade, podem existir casos em que seja clara, a caracterização da responsabilidade civil, envolvendo dano moral, tendo em vista, a produção de súmulas sobre danos morais *in re ipsa*, como no caso de colocar indevidamente o nome em cadastro negativo de crédito, onde o dano é presumido, mas há também situações em que cabe ao intérprete, definir se há dano indenizável. O texto legal prevê que o ressarcimento se dá no grau da extensão do dano⁵³.

⁵³ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano, do Código Civil.

Considerando o dano, não há em um primeiro momento como converter, nem mensurar pecuniariamente um dano moral, sendo este o motivo primeiro para a negação do ressarcimento do dano, mas se alterou o entendimento doutrinário⁵⁴ para a ideia de compensação deste dano.

Em verdade, não se busca tarifar abalo emocional, a vítima deverá ser compensada pela violação de seu direito, que se traduziu psicologicamente em abalo emocional. Este dano deve ser ressarcido, se cumulado ou não com dano material, pois é autônomo. Portanto, cabe o ressarcimento do dano moral que violou direitos de personalidade.

Nesse sentido, não se pode utilizar a racionalidade de indenização de danos materiais para danos morais, pois não se pode quantificar, a dor e o sofrimento. Schreiber, citando Maria Celina Bodin, aduz que:

De fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial sem sentido estrito (Schreiber, 2013. p. 109)

Diante de um caso concreto onde haja violação a direitos de personalidade, que representem violação a interesses tutelados pela Constituição Federal haverá a obrigação de ressarcimento. Bodin (2017, p. 131) "O que o ordenamento jurídico pode e (deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas". Se o grau de violação é alto ou não, a fim de ser ressarcido, cabe ao intérprete-juiz, aferir com as provas produzidas pelo autor.

Sobre a quantificação da responsabilidade civil por danos morais, o STJ adotou o método bifásico, explorado na tese de doutorado do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino⁵⁵. O método consiste em i) buscar na jurisprudência casos análogos para fixar um valor base; (ii) aumentar ou diminuir, o valor, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico atingido, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça

⁵⁴ Para mais ver em Cfr, em Responsabilidade Civil, de Caio Mário da Silva Pereira.

⁵⁵ No STJ, o método bifásico foi aplicado em aresto da lavra da Ministra Nancy Andrighi, no Resp nº 710.879, houve um detalhamento no Resp nº 1. 152.541, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, cujo método foi objeto de trabalho, em sua tese de doutorado. Para mais Cfr em Princípio da Reparação Integral de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino.

comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.

Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se assim, a um arbitramento efetivamente equitativo que respeitadas as peculiaridades do caso.

O método bifásico satisfaz os critérios da proporcionalidade, entre a violação de direito e a consequente obrigação de indenizar, oriunda do ilícito, respondendo ao comando do art. 944, *Caput*, do Código Civil. “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.” O método leva em consideração, a capacidade econômica das partes, ainda que em primeiro momento, se retire de um conjunto de casos de um valor semelhante. Na segunda fase, os valores podem ser elevados, claro sempre em atenção, a vedação do enriquecimento sem causa, art. 884, do Código Civil “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

5. ESTUDO DE CASOS

No Brasil, há um certo fetiche pela vida dos famosos, assim como no mundo, não é por outra razão que dedicamos infindáveis horas assistindo à *Reality Show*, não se tem a pretensão de fazer qualquer crítica a isso, mas cabe asseverar que artistas também possuem um núcleo de inviolabilidade, segundo Cachapuz um direito de estar-só. Não obstante, a vida dos famosos e os acontecimentos servem de material para estudos sociológicos, antropológicos e até jurídicos, uma vez que a publicidade e relevância pública de suas vidas, minimizam o anonimato, em relação aos atos da vida social. Aliado a isso, o dever de publicidade dos atos processuais. Por isso, como fonte dos casos, a serem analisados, estão as decisões judiciais, contidas em sentenças e acórdãos de acesso público pela rede mundial de computadores. Onde se pode analisar o uso da proporcionalidade e a configuração da colisão de direitos fundamentais.

5.1 Uso do princípio da proporcionalidade: Exame quando a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

Segundo Ávila, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade são postulados normativos, ou seja, são normas que indicam como devem ser aplicadas as normas, ou seja, meta normas, que são dirigidas aos administradores e/ou aplicadores do direito.

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. (Ávila, 2012. Pág. 143)

Postulados são parâmetros metódicos para aplicação da norma, pois se encontram no mesmo plano do objeto, não são princípios, pois não são genéricos ordenando uma finalidade, nem regras, que prescrevem hipótese e consequência resultante da subsunção. O postulado da proporcionalidade, que para Ávila é postulado normativo aplicado, cujo destinatário é o intérprete da lei, “os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito”(Ávila, 2012, p. 143).

O então postulado da proporcionalidade tem como fim, a análise do fim almejado e o meio utilizado para a consecução daquele fim.

Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade de (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direitos fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocada pela adoção do meio?). (Ávila, 2012. Pág, 183)

A proporcionalidade, como postulado, serve para solucionar problemas concretos e externos que surgem na aplicação da norma. A fim de solucionar a colisão de princípios, a chamada máxima da proporcionalidade por Alexy, está intimamente ligada no sopesamento dos princípios com suas três máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ou seja, deve se ater se ao resultado do sopesamento e da consequente restrição a direitos, em respeito à proporcionalidade da restrição. Em suma, se o meio utilizado é proporcional ao fim almejado.

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende de princípio antagônico (Alexy, 2011. Pág.117)

No caso de responsabilidade civil envolvendo discriminação racial, devemos prosseguir ao exame das chamadas máximas parciais, ou seja, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Primeiro, a delimitação do problema é a seguinte: a tutela universal de responsabilidade civil é o meio adequado para tutelar violação a direitos de personalidades, cujo resultado seja a reparação do bem jurídico violado, ou seja, direito de personalidade das pessoas negras? A adequação, pode ser analisada por três dimensões: abstração/concretude, generalidade/particularidade; antecedência/posteridade. A adequação, serve para estabelecer, se aquele meio promove minimamente aquele fim, independente se é o melhor, intenso ou seguro.

No caso, o exame da adequação pode ser feito através da dimensão da generalidade/particularidade. A tutela da responsabilidade civil, abarca uma generalidade de casos de violação a direitos de personalidade. Isso não significa que o resultado da demanda seja sempre favorável ao demandante, mas não importa em dizer que é um meio ineficaz.

A medida será adequada se o fim for realizado na maioria dos casos com sua adoção. Mesmo que exista um grupo não atingido, ou caos em que o fim for realizado com aquela medida, só por isso ela não será considerada inadequada. Pode-se exigir a adoção de uma medida que seja individualmente adequada para promover o fim. A

medida será adequada para promover o fim. A medida será adequada somente se todos os casos individuais demonstrarem a realização do fim.

A responsabilidade civil traduz-se em instrumento normativo deduzido constitucionalmente do art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;[...]

Assim, tanto o instituto da responsabilidade civil, na forma do art. 187, do Código civil ou a Lei da ACP, são instrumentos adequados para a tutela dos direitos de personalidade de pessoas negras, pois concretizam o objetivo de levar à análise judicial toda violação ou ameaça à violação de direito.

A fim de justificar a escolha do legislador, deve-se levar em conta a sua autonomia de escolha, tendo em vista o princípio da separação de poderes. Sendo assim, um meio só pode ser invalidado se manifesta e objetivamente não servir para a promoção daquele fim.

O exame da necessidade, serve para analisar se há outros meios alternativos disponíveis para promover igualmente o fim almejado, sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais. Por isso envolve duas etapas: 1) exame da igualdade de adequação dos meios; 2) exame do meio menos restritivo. O problema reside na análise de que outros meios podem promover o fim, mas em outros aspectos.

[...]Uns promovem o fim mais rapidamente, outros mais vagarosamente; uns com menos dispêndio, outros com mais gastos;uns são mais certos; outros mais incertos; uns são mais simples; outros mais complexos; uns são mais fáceis , outros mais difíceis, e, assim sucessivamente. Além disso, a distinção entre os meios será em alguns casos evidente; em outros, obscuro. Por último, mas não por fim, alguns meios promovem mais o fim em exame, e também os outros com eles relacionados, enquanto outros meios promoverão com menos intensidade outros cuja promoção também é determinada pelo ordenamento jurídico. (Ávila, 2011. Pág. 193)

Em relação à comparação dos meios e sua promoção do fim, deve se levar em consideração novamente o mesmo fundamento de separação dos poderes e autonomia do legislador e administrador, porque se assim não o fosse, qualquer outro meio, em algum aspecto, poderia promover mais um fim, podendo somente ser afastado, se ele, for manifestamente inadequado que o outro meio adotado pelo legislador e administrador, vide o princípio da separação de poderes e o princípio da legalidade.

Se tratando de litígio sobre direitos de personalidade, a adoção de solução dentro do ordenamento jurídico em relação a outro meio alternativo, não se encontra, pois há vedação de autocomposição de direitos indisponíveis, ou seja, os direito do rol do art. 5º, da CF, como: direito à vida; liberdade; dignidade, etc. Tendo em vista, a adoção de procedimento sobre

meios alternativos de resolução dos litígios, não é cabível no caso de responsabilidade civil, envolvendo discriminação racial, pois a lide ultrapassa os interesses das partes, porque uma sociedade livre de discriminação de qualquer natureza é objetivo do Estado. Portanto, não se tem como adotar meio alternativo que promova na mesma intensidade o fim, pois não é possível dispor desse direito, conferido no rol dos direitos fundamentais.

Prosseguindo no exame da proporcionalidade em relação a casos envolvendo discriminação racial, o terceiro passo é o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isso significa a comparação entre a importância de realização de um fim e a restrição de direito fundamental para a consecução desse objetivo. Assim, as desvantagens da restrição de um direito deve ser proporcional a realização do outro. Não obstante, tem que se levar em consideração o ônus argumentativo que o intérprete tem que desenvolver para restrição de um direito. Humberto Ávila (2011, pág.195), entende que há um grau muito subjetivo sobre aquilo que deverá ser considerado como vantagem ou desvantagem em relação à promoção do fim, em caso de restrição de direitos.

Trata-se, como se pode perceber, de um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será considerado desvantagem é muito subjetivo. Normalmente um meio é adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção dos consumidores), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão.(Ávila, 2011. Pág. 195).

5.2 O caso Ludmilla x Val Marchiori

O caso da cantora Ludmilla e da empresária e socialite Val Marchiori, ocorreu no carnaval de 2016, durante a transmissão do carnaval transmitido pela Redetv. A ré Val, ao comentar o desfile, teceu comentários à fantasia de Ludmilla e proferiu a seguinte frase: “A fantasia está bonita, a maquiagem... Agora, o cabelo...Hello! Esse cabelo dela está parecendo um Bombril, gente”

Em seguida, os comentários de Val Marchiori foram interrompidos pelos apresentadores do Carnaval na Redetv, uma vez que a mesma comparava o cabelo aplique da autora com cabelo de outras mulheres negras no carnaval, a fim de menosprezar a cantora.

A cantora ingressou com ação de danos morais, requerendo litisconsórcio passivo necessário entre a emissora de televisão e a comentarista, a fim de que fossem condenadas a se retratar nos termos do art. 18 e seguintes, da Lei n.º 2.083/1953, bem como pagassem as multas do art. 8º, alíneas “a”, “h” e “i”, da mesma lei, a chamada lei de imprensa. Não obstante, se tenha entendido que a lei de imprensa não foi recepcionada pelo ordenamento

jurídico. Se a lei n.º 5.250/1967, é posterior e trata da mesma matéria, houve revogação da lei 2.083/1953.

No ano de 2009, o STF, na ADPF 130 entendeu, por maioria, que a Lei n.º 5.250/1967, não foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois a liberdade de expressão não admite censura prévia e a tutela de direitos de personalidade, quando do abuso de direito, serão regidas pelos códigos em vigor, código civil e penal. Em síntese, na ADPF 130, na colisão dos direitos de personalidade e da liberdade de expressão se entende que esta, tem precedência aquela.

No caso da Ludmilla, foi enfrentado o tema, em sua fundamentação o juiz disse que não incidia as penas de multa da lei n.º 2.083/1953, uma vez que não houve sentença penal condenatória com trânsito em julgado, bem como a retratação pública, uma vez que não foi respeitado os procedimentos para isso, nem formulado texto de retratação pela parte autora. Sobre o litisconsórcio, a autora renunciou aos direitos contra a emissora de TV, pois fizeram acordo.

Com relação à conduta do comentário da ré, Val Marchiori, entendeu que foi pejorativo e depreciativo em relação à autora Ludmila, e que a conduta se enquadraria, como injúria racial na seara penal.

o comentário desferido pela primeira ré se afigura ilícito e inadmissível em dois aspectos pela mácula à imagem pessoal da autora, ao se alegar que o seu cabelo, ou ainda que o cabelo que ela estaria usando, na representação da mulher negra, seria um cabelo de “Bom Bril” (ou aplique de “Bom Bril”), o que poderia configurar, em tese, a conduta de injúria racial, capitulada no art. 140 do Código Penal; e pela ofensa de vertente racial, como resultado da comparação do cabelo de uma mulher negra à esponja de aço “Bom Bril”, tornando implícito que este cabelo não representaria bem a comunidade negra, ou que ele seria de “categoria inferior”

O juízo de primeiro grau, entendeu pela configuração dos pressupostos que configuram a responsabilidade civil e fez a contextualização dos fatos, aludindo ao fato de que a marca da palha de aço “bom bril” é historicamente utilizada para se referir com intuito de menosprezar cabelo de pessoas negras que majoritariamente tem aquela tipo de cabelo.

entendo que se mostram presentes, nesta demanda, os pressupostos que aperfeiçoam o surgimento da responsabilidade civil, quais sejam: a) dano suportado pela vítima; b) ato culposo do agente; c) nexu causal entre o dano e a conduta culposa. A primeira ré, ao atuar como comentarista de Carnaval em rede aberta de televisão, colocou-se a tecer comentários pejorativos, de cunho racista, ao comparar o cabelo

da autora com palha de aço conhecida pela marca “ Bom Bril”. Neste ponto, é notório que são as pessoas de pele negra, majoritariamente, que apresentam cabelos “armados” e volumosos, como uma de suas características peculiares identificadoras da raça. Ao pontuar que o cabelo crespo visualizado no vídeo parecia com “Bom Bril”, a primeira ré desqualificou um traço típico da raça negra, e ofendeu a honra subjetiva da autora. No cenário indicado, conclui-se que estão reunidos os elementos determinantes da formação do dever de indenizar.

Em relação ao elemento subjetivo, o magistrado entendeu que não cabia um exame mais minucioso do *animus* da ré, ao comentar, a fantasia de Ludmilla, tendo inclusive entendido que, na seara penal, o fato corresponderia ao tipo penal da injúria racial. Em resposta à contestação da primeira ré, que em sua tese de defesa, arguiu seu direito à liberdade de expressão, bem como de que, a autora teria mitigada a proteção constitucional de sua vida privada, por ser pessoa pública. Escreveu o magistrado

É evidente que a Constituição Federal tutela a liberdade de expressão e de imprensa, à luz do Art. 5º IV, IX e do Art. 220 da CRFB. Contudo, tais direitos como todos os outros previstos no texto constitucional, não são absolutos e não comportam excessos. Em paralelo, a Carta Magna também tutela os direitos fundamentais à honra e à imagem, positivados no artigo 5º, incisos V e X de seu texto.

Por fim, arbitrou a indenização, recorrendo aos postulados da razoabilidade e proporcionalidade, condenando a primeira ré, Val Marchiori, ao pagamento de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Ambas recorreram ao TJRJ, a ré pela inversão da condenação e autora pela majoração da indenização para o patamar de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), bem como a majoração da sucumbência.

O relator do processo entendeu que não estava configurado o ilícito gerador de responsabilidade civil, pois do contexto em que a ré proferiu os seus comentários era de uma comentarista de um programa de TV, a respeito da fantasia de uma artista no carnaval. E que, portanto, sendo pessoa pública, estaria exposta a elogios e críticas. O magistrado reconheceu que se tratava de colisão de princípios constitucionais e fundamentou sua decisão com base, em entendimento do Supremo Tribunal Federal, que na ADI 4815, de relatoria da Min^a Carmém Lúcia, entendeu-se, que se deveria dar interpretação, conforme à Constituição, aos artigos 20 e 21 do Código Civil, referindo-se a “ADI das biografias não autorizadas”, em que se compreendeu, não ser necessária a autorização da pessoa para sua biografia, ou seja, o Supremo decidiu a favor da liberdade jornalística, intelectual e de expressão, não podendo admitir a censura prévia, nem pelo Estado, nem por particular, o direito de resposta e a reparação civil, se daria nos termos da lei.

A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.

Prossegue em seu voto: “Ademais, não se pode perder de vista que a autora/apelada é uma figura pública, que se submeteu ao escrutínio social por meio de um desfile de carnaval transmitido ao mundo inteiro, razão pela qual está sujeita à elogios e opiniões contrárias.” Recorrendo à decisão do STF no AI n.º 690841, que entendeu pela ausência de ofensa extrapatrimonial de profissionais de imprensa que tecem comentários às figuras públicas: “Entender de modo diverso seria o mesmo que impedir a efetivação do pluralismo de ideias, restringindo a manifestação social que, inclusive, é fundamental para a garantia da propagação das atividades artísticas e culturais exploradas pela própria autora/apelada.”

Por fim, a Décima Quarta Câmara do TJRJ, entendeu, por unanimidade, dar provimento à apelação da ré Val Marchiori, a fim de julgar improcedente os pedidos da inicial, invertendo os ônus de sucumbência. Portanto, não conheceu do recurso da parte autora.

A autora ingressou com recurso especial e extraordinário, inadmitidos no juízo de admissibilidade, ingressou com agravo sobre as decisões denegatórias, restando vencida, pois não prequestionou, todos os dispositivos envolvidos na decisão, bem como houve o óbice da Súmula nº 7. Por fim, embargou da decisão que não conheceu do recurso especial, o qual foi julgado improcedente.

A decisão da 14ª Câmara Cível do TJRJ, buscou, na colisão de princípios, o fundamento para inverter a condenação, bem como se utilizou de uma posição do STF, em relação à atividade jornalística, entendendo pela precedência da liberdade de expressão em relação à inviolabilidade da honra e imagem, bem como trouxe o argumento de que figuras públicas estão sujeitas ao escrutínio social e da imprensa que tem a liberdade de expressão como fundamento do Estado Democrático de Direito.

5.3 O caso Cocielo e Mbappe

O influenciador Júlio Cocielo em um post no Twitter, em 2018, escreveu a seguinte frase “*mbappé conseguiria fazer uns arrastão top na praia heim*” O comentário foi feito

durante a Copa da Rússia e tomou proporções gigantescas, como nos comentários da postagem, como em reportagens e teve reflexos em contratos de publicidade. Por fim, culminou em uma ACP em que o Ministério Público de São Paulo requereu indenização por danos morais coletivos na ordem de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais), o parâmetro do MP foi de R\$1,00 (um real) para cada seguidor do influencer na época.

Na sentença, o juiz destacou e ponderou se, se tratava de dano social propagado pelas mensagens de Cocielo, referente a raça ou se estas mensagens de cunho humorístico, na verdade, tinham o condão de denunciar estereótipos raciais, a fim de causar mudanças na sociedade.

Pois bem, se estamos diante de um discurso assumidamente humorístico, que tem como uma de suas características o de se aproveitar dos estereótipos da sociedade para, inclusive, denunciá-los, a fim de que se mudem as coisas, é preciso verificar se as declarações efetuadas pelo requerido têm o condão de serem consideradas como elemento de contribuição e fortalecimento ao racismo da sociedade brasileira, como entende o autor, ou se, tão somente, é um discurso humorístico e, como tal, que goza de proteção, ainda que, porventura, tragam ideias ou informações que firam, choquem ou inquietem.”

Em uma passo seguinte, o juiz analisou se houve intencionalidade de propagar ideias de menosprezo racial, que buscassem demonstrar a superioridade da raça branca. Entendeu que não, bem como analisou, a tese de defesa do autor de ser negro que foi refutada pelo MP:

Pois bem, o requerido alega, por primeiro, que ele próprio é um negro, embora o Ministério Público tenha dito, em réplica, que o requerido, “...pelas fotografias juntadas pelo próprio réu em sua contestação, ele não apresenta fenótipo negro...” (fls.273), declaração que causa até estranheza, já que se tem sedimentado, inclusive nos tribunais, que não é possível que alguém predetermine a raça do outro, tanto que o sistema adotado, por exemplo, quanto às cotas raciais é a autodeclaração...”

O juiz traça um paralelo que nada tem a ver com o caso, sobre as cotas raciais. Entende ele, que, se a pessoa se autodeclara negra para cotas raciais, ela também pode se declarar negra em processo que trata de racismo. Não obstante, não há na legislação penal ou extravagante nenhuma determinação de que só pessoas não negras cometem racismo, muito pelo contrário, o crime é impróprio, ou seja, não exige fato ou condição para o cometimento do crime. No entanto, estamos falando de responsabilidade civil.

Em sua fundamentação, aduziu que o réu não pode ser considerado não negro pelo fenótipo:

Mais do que fenotipicamente, o requerido jamais se apresentou como um “branco” ou um integrante de uma “raça superior”. Um dos posts trazidos na própria petição inicial o indicam, quando ele afirma: “...minha cor é meio termo, sou meio branco, meio preto, então o racismo pra mim é liberado...” (fls.13), ou, ainda, quando

afirmou: “...to começando a virar racista por causa dessas cotas que beneficiam os pretos...” (fls.14). Percebe-se, pois, que o requerido jamais se comportou como um racista, como alguém que defende a supremacia da raça branca sobre a negra

Novamente, buscando a intencionalidade do réu, entendeu que, na verdade, o réu estava fazendo sátira da situação de desigualdade da vida das pessoas negras e não estava reproduzindo discurso de superioridade racial, o juiz entende que o problema reside na incompreensão do público ao discurso do humorista.

Em suas piadas, se há uma indicação da desigualdade que há entre negros e outros grupos raciais e/ou étnicos, que ele desnuda ao fazer zombaria dos estereótipos existentes, jamais houve qualquer afirmação que indique a superioridade dos brancos sobre os negros, até porque ele mesmo diz que é “meio preto” nem tampouco que seja legítima uma dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais destes que seriam inferiores. Assim, verifica-se a total ausência de intencionalidade no discurso humorístico do requerido que se permita inferir, ainda que remotamente, que ele seja racista e que esteja a fazer apologia ou induzindo terceiros ao racismo.

Com a repercussão do caso, o humorista veio a público se desculpar por conta da repercussão.

Foi, sem dúvida, o que ocorreu no post que deu ensejo a toda a investigação da atividade profissional do requerido, quando, então, veio ele a desculpar-se, ante a repercussão causada, dizendo que se referira à velocidade do futebolista gaulês⁵⁶(sic) e não a sua raça. A propósito, a piada sempre tem uma ambiguidade, uma sutileza que lhe é inata, o que faz com que, na análise deste fator, se tenha sempre ciente que há uma polissemia nas afirmações, que inviabiliza qualquer conclusão pronta e açodada.”

O magistrado entendeu que, embora as marcas de alto renome, como Coca-Cola, Submarino e Adidas⁵⁷, tivessem rompido com os contratos de patrocínio com o influencer. Elas só tinham a pretensão de resguardar-se de polêmicas.

há que se considerar que a ação destas empresas se deve, sobretudo, a motivações comerciais, evitando vincular-se a quem está sob “fogo cruzado”, quem se encontra debaixo de polêmica, pois a polêmica sempre é funesta para o marketing. Assim, a ação não serve jamais para comprovação de teor da mensagem, mas é uma reação à repercussão e nada mais, lembrando que duas destas empresas têm forte atuação no “marketing esportivo” e estava em xeque a figura de um famoso, jovem e promissor futebolista, cuja imagem rende milhões de dólares para tais marcas.

Ou seja, não houve relação entre o término de patrocínio das marcas com a veracidade da conduta imputada ao réu pelo MP. Prosseguindo em sua sentença, o juiz refere-se que o

⁵⁶ Kylian Mbappé Lottin é um jogador de futebol francês.

⁵⁷ Disponível

em: <https://www.estadao.com.br/emails/gente/apos-tuites-racistas-marcas-se-manifestam-sobre-julio-cocielo/>

Acesso em: 13 fev. 2024

humorista não reforça ideias supremacistas, ele pelo discurso humorístico traz dados sociais, a fim de questioná-los e mudar comportamento da sociedade, sustentando, que na internet há um vocabulário utilizado e que o auditório daquele espaço é habituado e compreende tal humor. Alude que o contexto em que dito ou escrito, é importante, a fim de compreender o que se quer dizer.

Assim, por exemplo, entende o autor que o requerido fez verdadeiro desafio ao Estado quando, em meio às celebrações do Dia da Consciência Negra, teria feito questão de fazer piadas racistas. É o que se teria nos posts “acabou o dia da consciência negra, já pode parar de negrisse galera”, de 21/11/2013 (fls.7), ou, ainda, “eu queria ter gravado um vídeo sobre o da da consciência negra, só que aí eu deixei quieto porque na cela não tem wi-fi”, datado de 24/11/2013 (fls.7). Há de se verificar a situacionalidade para se aferir se há este dito “desafio”, esta “intensidade de dolo” racista.

Pois, em referência ao dia da consciência negra, aduziu que não há consenso sobre o tema e ressaltou fato de que o vereador da Câmara de São Paulo, Fernando Holliday, que é negro, apresentou projeto de lei para revogar a data: “ele próprio um negro, apresentou projeto de lei para revogar esta data, a demonstrar que, tendo ele tido expressiva votação, vinha trazendo voz a uma grande parcela da população que discorda desta data.”

Em resposta, ao pedido autoral de danos morais coletivos, entendeu que não estava o réu a propagando discurso de supremacia racial, bem como, o réu não estava a desafiar o Estado, assim argumenta o magistrado:

antes do que um desafio ao Estado, o que o humorista, na verdade, está a fazer é participar deste debate, ao seu modo, levando o povo a refletir se há, ou não, uma “consciência negra”, se esta “negrisse” é legítima, ou não, se o discurso da “negritude” tem, ou não respaldo histórico e autenticidade, nada mais do que isto: “ridendo castigat mores”. Verifica-se, pois, pela análise dos fatores pragmáticos da linguagem, que não se tem o quadro exposto na petição inicial, de que se estaria diante de um discurso que reforça, fortalece, robustece o racismo no país, nem tampouco se possa dizer que seja o requerido racista.

Por fim, entendeu que a opção ideológica do Estado de Direito foi a preservação dos direitos sociais e liberdades individuais:

Foi a opção pelo Estado Democrático de Direito, como fica claríssimo no preâmbulo da Carta Magna. A Assembleia Nacional Constituinte reuniu-se para instituir um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, na ordem interna. Em sendo assim, tem-se que a liberdade é o primeiro valor que se apresenta como a ser defendido nesta sociedade fraterna, e fraternidade significa o tratamento das pessoas como irmãos,

como compartilhadores da mesma origem, da mesma formação, que estão destinados a viver em harmonia social, dentro de um pluralismo e sem preconceitos.

Lembrou que o discurso humorístico do influencer Cocielo está protegido pela liberdade de expressão, conferida constitucionalmente, tanto para ciência, a intelectualidade, a cultura e outras áreas, que necessitam de um alto teor de liberdade, em referência ADO 26, em que o STF criminaliza a homofobia, como espécie de racismo, fez ressalva que conduta homofóbica, não fosse criminalizada, quando praticada em templos religiosos, a fim de resguardar doutrina religiosa, ou seja, a liberdade de culto. Entendeu, que de outra forma, se estaria imputando o politicamente correto:

há a chamada imposição do “discurso politicamente correto”, ou seja, para se evitar o “ódio”, a “opressão”, impedem-se certos discursos, mesmo aqueles que não são voluntária e conscientemente insufladores de elementos opressores, como é o racismo, mas que, de algum modo, reproduzem estereótipos, fazem ser consideradas naturais estruturas sociais que precisam ser mudadas, modificadas.

Em suas linhas finais, entendeu que o réu não teve a intenção de promover ideias supremacistas, bem como, suas falas, ou melhor “Tweets”, não veicularam discurso de ódio. E estão protegidos pela liberdade de expressão:

Bem se vê, portanto, que não há qualquer respaldo jurídico para se entender que piadas que se utilizem de estereótipos que podem ter surgido em ambiente impregnado de racismo sejam considerados como “discurso de ódio” e que tenham potencialidade ofensiva, que causem danos sociais, como preconizado na petição inicial”

O magistrado:

Assim, nem do ponto de vista fático, muito menos do ponto de vista jurídico, tem-se que o requerido tenha cometido ato que possa ser considerado como incitador, reforçador, contributivo para a disseminação do racismo na sociedade, sendo, pois, de rigor, a improcedência da demanda. O que fez foi se utilizar da “zombaria de estereótipos”, inclusive para, dentro do papel social do humorista, levar a sociedade a refletir sobre o ranço discriminatório que ainda existe na sociedade e que precisa ser superado dentro de uma sociedade que se diz fraterna, mas uma sociedade que também prima pela liberdade e que jamais pode compactuar com a imposição do “discurso politicamente correto”. O requerido não agiu com dolo, culpa grave nem se apresenta como exemplo negativo, não é racista nem jamais defendeu o supremacismo racial, o que, na lição de Antonio Junqueira de Azevedo, descaracteriza a sua conduta como ensejadora de responsabilização civil por danos sociais.”

O processo tramitou perante a 18ª Vara Cível de São Paulo, por fim, o juiz entendeu que não houve discurso de ódio, não configurando dano social. Julgou improcedente os pedidos do MP de São Paulo.

O MP apelou da decisão de primeiro grau. A 3ª Câmara Cível do TJSP manteve a decisão do juízo *a quo*. Em sua fundamentação, a Desembargadora relatora lançou argumentos sobre a apreciação da liberdade de expressão do réu e o dano social, por ele produzido, segundo a Ação Civil Pública, apresentada pelo do MP. Em primeiro momento, a Desembargadora relatora faz distinção entre dano coletivo e dano social, tendo em vista a confusão entre esses dois e situa o réu como pessoa pública, e sendo assim, entende que este deveria ser responsável pelo que fala ao público, devendo ter cautela, aduz que:

A liberdade de expressão, embora prevaleça como regra, não é um direito absoluto. Ninguém, a pretexto de sua proteção, está livre para dizer o que quer irresponsavelmente. Não se nega que o humor e a sátira, dentro desse cenário, desafiam limites à liberdade de expressão que são comuns a outras formas de discurso. O subterfúgio do humor e de sátira, contudo, tampouco afasta o comediante de toda e qualquer possibilidade de responsabilização” cita como o exemplo o caso Ellwanger e compreende que o caso a caso deve ser discutido “Caso a caso, situações haverá em que o pretexto de se fazer humor não poderá ser invocado como justificativa para afastar a responsabilidade pela conduta. Assim, por exemplo, os discursos racistas não são protegidos pela liberdade de expressão no ordenamento jurídico constitucional brasileiro (vide HC 82424, julgado pelo STF no ano de 2003 caso Ellwanger).”

Embora, o voto seja pela manutenção da decisão, contrapõe argumento do juízo de piso, em relação à condição do réu ser afrodescendente ou da sua origem humilde:

Na hipótese vertente, importante observar que não está em exame a origem humilde ou a autoidentificação do requerido como pertencente a uma determinada etnia. O que se estuda é o fato objetivo, isto é, a qualificação da declaração como discriminatória ou não, bem como seu potencial de causar os danos coletivos reclamados pelo Ministério Público

Não obstante, a intérprete desloca seu olhar para a intencionalidade do réu ao proferir o comentário:

parece claro que o requerido não teve intenção direta de disseminar uma mensagem preconceituosa; no afã de produzir conteúdo de humor para seu público, lançou mão de uma manifestação que pode ser compreendida como uma associação depreciativa à população negra. De fato, por um lado é possível fazer a leitura de que o requerido fez uma associação franca entre um atleta negro e o crime, afirmando que sua velocidade no futebol poderia ser proveitosa para realizar “arrastões” nas praias. Porém, não é possível descartar por completa a tese da defesa, no sentido de que, no momento da fala, apenas se reportou à velocidade do jogador e fez a piada, momentaneamente ignorando as características físicas do atleta e a associação ruim que poderia ser feita a partir disso

A Desembargadora entendeu que haveria dúvidas sobre a intencionalidade do réu, e a dúvida laborava, em seu favor. Suscita que as sanções comerciais, bem como sociais, como reportagens e comentários de seguidores, já são uma espécie de sanção. Por fim, colaciona jurisprudência do Tribunal e do STJ, compreendendo, que em casos, mais graves do que o

atual, não restaram configurados, os danos morais coletivos. Por isso, manteve a decisão de primeiro grau, pela improcedência da ação civil pública.

Em dezembro de 2023, o MPF teve atendido seu pedido de levantamento do sigilo do processo criminal, em que ofereceu denúncia contra o influencer por crime de racismo, cujo objeto são os mesmos fatos⁵⁸. Os autos estão conclusos para julgamento pela Justiça Federal de São Paulo.

5.4 O caso Gustavo Metropolo

Gustavo Metropolo, estudante da FGV São Paulo, publicou em grupo de WhatsApp foto de um jovem negro, que estava no fumódromo. Gustavo escreveu o seguinte: “Achei esse escravo aqui no fumódromo! Quem for o dono avisa!”. O caso chegou ao conhecimento da vítima que registrou boletim de ocorrência, tendo a autoridade instaurado procedimento de investigação, concluído. O MP apresentou denúncia por racismo, conforme o art. 20 da Lei 7.716/89, em concurso formal (art. 70, do CP) com o crime do art. 140, § 3º e art. 141, III, do CP, redação da Lei nº 9.459/97. Foi condenado criminalmente.

No juízo cível, requereu indenização em R\$ 80.000,00, por danos morais e R\$ 13.000,00 em danos materiais, tendo em vista que precisou fazer acompanhamento psicológico pela discriminação sofrida. O pedido foi deferido e a indenização a título de danos morais foi arbitrada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Na sentença, não foram lançadas maiores digressões, tendo em vista, a condenação do juízo criminal.

Contudo, a discussão, no âmbito civil, não afeta o resultado da demanda, pois ainda que aceito o argumento de que a conduta do réu se limitou a retransmitir ou "retuitar" a postagem ofensiva, é ela igualmente reprovável no ordenamento jurídico e enseja sua responsabilização, pois aquele que o faz está a publicizar a comunicação violadora recebida, endossando seu conteúdo. Ao compartilhar imagem/mensagem que possuía inegável conteúdo ofensivo, o réu fez uma escolha, pois poderia ter simplesmente ignorado ou até mesmo apagado a mensagem, mas assim não agiu, optando por prosseguir com a propagação do conteúdo, de forma a permitir sua visualização por terceiros, com o que se colocou na posição de coautor da ofensa, cuja retransmissão possui o mesmo caráter lesivo da postagem original

Assentada as premissas do caso, segue a magistrada na sentença, analisando o conteúdo da postagem do réu:

E não há qualquer possibilidade de se refutar o caráter ofensivo e discriminatório da postagem realizada pelo réu, , relacionada à cor do autor, que claramente tem o propósito e a mensagem de sua desqualificação enquanto ser humano, ao associar a

⁵⁸ Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/mpf-pede-condenacao-de-julio-cocielo-por-racismo/> acesso em: 12 fev. 2024.

cor negra à condição de escravo, referindo-se a alguém que, privado de liberdade, está submetido à vontade de um senhor, a quem pertence, de onde se infere a condição de propriedade, ou como destacado no julgado criminal, de "coisificação", de modo a colocá-lo em posição inferior a outras pessoas exclusivamente pela cor de sua pele. Isso fica claro quando se utiliza a expressão "quem for dono avisa!"

Em resposta a defesa do réu, a magistrada entendeu que a pouca idade do réu não justificaria o comportamento dele, pois a desqualificação, retirando a humanidade da vítima, não era brincadeira, bem como se o réu, não conhecia a vítima, isso só demonstra, ainda mais a reprovabilidade da conduta. E que o comportamento, não seria adequado de uma pessoa que frequenta aquele tipo de instituição tão renomada, uma que é incompatível do perfil do aluno que lá frequenta, pois o réu teve postura revestida de preconceito em postura desrespeitosa ao outro aluno, vítima do caso.

A magistrada compreendeu que a postagem do réu, feita por livre e espontânea vontade, propagou conteúdo racista, do qual não podia desconhecer seu potencial ofensivo, expondo a vítima a humilhação pública, colocando-a, em situação vexatória na faculdade, perante os outros alunos, uma vez que o conteúdo lhe ofende, perante a coletividade, violando à sua honra e aos direitos de personalidade. Adentrando, na análise dos pressupostos processuais, a magistrada assim descreve:

[...]lembre-se que mesmo a culpa leve autorizaria o reconhecimento da responsabilidade, e não é o que se dá nos autos, onde o réu inclusive foi condenado pela prática delituosa em primeiro e segundo grau de jurisdição. Por outro lado, há que se ver que a ofensa por aspecto de preconceito, ignorando o preceito constitucional de que é objetivo inerente à busca de uma sociedade justa e solidária “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, da CF), traduz dano "in re ipsa", que decorre do só fato da violação, o que afasta a alegação, diga-se, dissociada de todo o conjunto probatório, já que no mesmo dia do conhecimento dos fatos o autor buscou a autoridade policial, de que o próprio autor não se sentiu ofendido”

Observando o prejuízo sofrido em decorrência da violação dos direitos de personalidade, entende:

[...]estabelecida a prática de ato ilícito pelo réu, assim como o nexo causal para com o evento danoso, presentes os requisitos dos artigos 186 e 927 do Código Civil, deve ser acolhida a pretensão indenizatória.” Por fim, parte para análise do dano moral: “Em relação aos danos morais, na fixação da indenização devem ser considerados parâmetros como a capacidade econômicas das partes, a intensidade e repercussão da ofensa, o propósito didático da penalidade, sem perder de vista o objetivo de estabelecer indenização que seja apta a promover justa reparação sob a percepção do ofendido, de modo a compensar seu sofrimento e impedir que haja banalização da ofensa pelo aviltamento da indenização, conduzindo a sensação de impunidade e descaso, mas sem promover enriquecimento indevido. Estes elementos são aferidos pelas circunstâncias do caso concreto e sopesados com análise comparativo de indenizações para casos semelhantes (critério bifásico de fixação da indenização).

A magistrada, assim, dispõe sobre o *quantum* indenizatório e a função da responsabilidade civil: “Em atenção a estes aspectos, tenho que a indenização que se mostra justa e proporcional à gravidade dos fatos ocorridos e com aptidão para efetivamente estabelecer o impedimento à repetição da ofensa, em caráter pedagógico, é de R\$ 30.000,00. O valor deverá ser atualizado monetariamente desta data”. Por fim, também condenou por danos materiais, tendo em vista o custo com tratamento psicológico que o autor teve que arcar.

Recorreram ao TJSP, recursos julgados pela 6ª Câmara de Direito Privado do tribunal, em síntese, o autor pela majoração dos danos morais e o réu pela reforma da decisão. O Desembargador relator, em sua fundamentação, assim, inicia o voto:

A procedência do pedido formulado pelo requerente era a única solução possível, diante do conjunto probatório. A questão relativa ao dano moral tem recebido intenso debate, especialmente depois da vigência da atual Constituição da República. Como venho sempre salientando, tratando-se de pleito indenizatório por danos morais fundados na responsabilidade civil comum extracontratual, necessária, para que surja o dever de indenizar, a presença cumulativa de três pressupostos, quais sejam: a ilicitude no comportamento do demandado, a ocorrência de um efetivo prejuízo à honra da demandante e, bem, a existência de um nexo de causalidade entre esses dois elementos

O relator entende que é cabal a ilicitude da conduta do réu, bem como se refere à existência de condenação no juízo criminal, embora haja independência das esferas. É um ponto relevante. No mérito e da qualificação, assim expõe:

[...] não se pode desqualificar a contenda, taxando-a de simples entrevero ou desinteligência de pouco relevo, marcado por ofensas recíprocas de pequena monta, ou, até, de mera zombaria de estereótipos. A eloquência e o teor dos termos contidos na postagem abusiva sobejam para a caracterização do ilícito.” Continua: “a depreciação do sujeito por meio de ofensas que afetam a grupos histórica e socialmente vulnerabilizados (a exemplo de “escravo”), constitui mecanismo de opressão e evidencia a prática de discriminação a partir da interseccionalidade das identidades sociais, como intolerância multidimensional, decomposta no caso dos autos em racismo e classismo.” O relator, em seu voto, adentra em conteúdo sócio-histórico: “a análise da formação da sociedade brasileira revela que, de maneira consciente e mediante a imposição do que se estipulou como verdade, na trilha de apagamentos históricos, se deu a criação e a difusão da farsa da democracia racial. No entanto, é preciso reconhecer que essa lógica de dominação, que oculta os processos violentos de interação social estratificada em castas, pautou a interpretação do racismo, do sexismo e do preconceito social no caso brasileiro, numa empreitada de negativa ou normalização das distintas formas de intolerância.

Prosseguindo em sua fundamentação, cita a antropóloga e ativista Lélia Gonzalez, que assim escreveu “O racismo, enquanto construção ideológica e um conjunto de práticas, passou por um processo de perpetuação e reforço após a abolição da escravatura, na medida em que beneficiou e beneficia a determinados interesses.” *apud*. Citou a jurista e Promotora de Justiça

da Bahia, Lívia Santana e Sant'anna Vaz, pois entendeu que era manifesto o teor racista do comentário do réu e sua tentativa de inferiorizar e coisificar o autor, na postagem, assim citando Vaz:

[...]Mas, no Direito, a 'Outridade' se estabelece onde quer que estejam as relações de poder impostas aos grupos vulnerabilizados por processos de opressão: a população LGBTQI+, as mulheres, as pessoas negras, indígenas, pobres; em contraposição à figura central do “sujeito universal”, protótipo da norma e da normalidade. [...] O 'sujeito universal' é símbolo de 'privilégios acumulados', que o colocam na posição de superioridade, conferindo-lhe poder de determinar, até mesmo, a medida da universalidade dos direitos. A(O) Outra(o), por sua vez, permanece como objeto. Não lhe é atribuída a prerrogativa de definir suas realidades, de estabelecer suas identidades, de narrar suas próprias histórias (hooks, 1989, p. 42). (“O Direito e a síndrome do sangue azul”. Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal, ano 3 - n.º 9, jun. 2020. p. 11)”*apud*.

Continua citando, juristas negros como Thiago Amparo e Wallace Corbo, Chiara Ramos, assentado em doutrina especializada, entende em seu voto que:

o réu imputou ao autor características do ser anormal, degenerado e diminuto: aquele que não goza do direito de desfrutar de universidade, ali frequentando curso de ensino superior, porquanto cidadão é o sujeito branco, intelectual e financeiramente privilegiado (não o pobre e incapaz de cursar instituição de ensino tradicionalmente conceituada) e titular do direito à educação (mesmo que ofertada pela rede privada).

Passando ao mérito, entende que:

Evidente, pois, o ferimento aos direitos da personalidade do requerente, em especial a imagem e a honra, de matiz fundamental, por força do artigo 5º, X, da Constituição da República.[...] Deveras, a vida humana constitui valor primordial do ordenamento jurídico e a proteção que lhe confere a Magna Carta se opera de forma qualificada para que, além da preservação física, goze o sujeito ao direito à vida digna, pelo que se impõe medidas legislativas, ações estatais e práticas sociais complexas.

Em análise da hermenêutica, a ser utilizada na interpretação da dignidade da pessoa humana, entende:

É sob o pálio do caráter emancipatório do sujeito que deve ser analisada a tutela da dignidade humana estabelecida pela Constituição da República, valendo-se da concessão ao direito à autonomia de existência e submissão a regras idênticas, sem o jugo de relações opressoras ou de papéis sociais pré-estabelecidos, e ao gozo dos direitos a todos deferidos.

Compreende, que:

o resguardo da integridade psíquica é dimensão de direito fundamental. A sujeição à prática de violências raciais provoca a emersão de psicopatologias oriundas das

relações estruturais de inferiorização e segregação incidentes sobre os grupos vulnerabilizados, com novos casos de angústias, constrangimentos e sofrimentos. Os abalos psíquicos derivados das diversas intolerâncias causam prejuízos que se protraem no tempo, mesmo que invisíveis ao exterior da vítima.

Aludiu que as consequências da discriminação racial podem transbordar, os seus efeitos, para além da vítima direta do comportamento ilícito que gera abalo psicológico, o que viola direito de personalidades, dimensão da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, a conduta discriminatória de conteúdo racista é antijurídica, fonte obrigacional de indenização por danos morais. Em conclusão, no caso concreto:

[...] o dever de reparar se insere no plexo normativo destinado ao alcance da igualdade e da dignidade humana mediante a distribuição de justiça e eliminação de quaisquer formas de discriminação, na esteira dos objetivos fundamentais da República estabelecidos pela Magna Carta (artigo 3º, III e IV).”

Em suas últimas linhas, cita juristas como Adilson Moreira e Silvio Almeida, como doutrina para fundamentação de sua decisão e condena o réu a pagar R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de danos morais, majorado o *quantum* indenizatório dos danos morais, mas mantendo o valor a título de dano material.

[..]presentes os elementos fundamentais do dever de indenizar na medida em que o nexo de causalidade entre o evento danoso e os prejuízos extrapatrimoniais sofridos mostra-se evidente resta avaliar-se a questão da adequação do valor da compensação financeira pelos danos morais. A sua fixação, não se desconhece, é outra discussão que doutrina e jurisprudência têm travado. Mas, com certo vigor, tem se orientado no sentido de que é tarefa que incumbe exclusivamente ao juiz, na medida em que o sistema tarifado não foi a opção do legislador.

5.5 O caso Lewis Hamilton x Nelson Piquet

Em entrevista a um canal do YouTube, o ex-piloto Nelson Piquet comentou o seguinte:

Entrevistador: “Então em 82 o [Keke] Rosberg foi campeão, né?... como é que você via o Rosberg como piloto e como adversário?”

Réu: “O Keke? Era uma bosta... tem valor nenhum”

Entrevistador: “Entendi... é porque eu não vi, por isso que estou perguntando”

Réu: “É, não tem”

Entrevistador: “Entendi”

Réu: “É que nem o filho dele [Nico Rosberg]. Ganhou um campeonato... o neguinho devia estar dando mais cu naquela época e ‘tava’ meio ruim, então... (risos)” (...)

Entrevistador: “Você acha que o acidente que o [Max] Verstappen teve com o [Lewis] Hamilton foi meio parecido com esse que teve na... acho que foi na Inglaterra?”

Réu: “Em Silverstone?”

Entrevistador: “É”

Réu: “Não... o neguinho meteu o carro e deixou”

Entrevistador: “Mas foi o que [Ayrton] Senna fez em 90

Réu: “Não! O Senna não fez isso...ô, o Senna saiu ‘reto’. Reto!”

Entrevistador: “Você acha que o Senna não faria aquela curva?”

Réu: “Ele?! Nunca!”

Entrevistador: “Entendi”

Réu: “Não, ele foi para... ele foi para... assim: ‘aqui eu ‘ranco’ ele de qualquer maneira’... o neguinho deixou o carro... e é uma curva, é porque você não conhece a curva, é uma curva muito de alta, não tem jeito de passar dois carros e não tem jeito de você botar o carro de lado”

Entrevistador: “Entendi”

Réu: “Ele fez de sacanagem” Entrevistador: “Ele fez de sacanagem?”

Réu: “Agora... sorte que só o outro que se fodeu, né? Ele teve muita sorte. Para você ver, o Hamilton ganhou quantas corridas? Três; o outro ganhou sete. A pontuação tá ali... ele teve muita sorte.”

As entidades ligadas à proteção dos direitos da comunidade LGBTQIAP+: FAECIDH – Francisco de Assis: Educação, Cidadania, Inclusão e Direitos Humanos; Centro Santos Dias de Direitos Humanos; Aliança Nacional LGBTI+ e ABRAFH - Associação Brasileira de Família Homotransafetivas, entraram com uma ação civil pública, requerendo indenização por dano moral coletivo e dano social, no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

As associações alegam que as falas do piloto em entrevista, embora fossem direcionadas ao piloto Lewis Hamilton, afetaram toda a dignidade das pessoas negras e pessoas LGBTQIA+, dando origem ao dano moral coletivo. Pediram a (i) retratação do ex-piloto; (ii) o pagamento de multa em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em caso de reiteração, e a condenação em R\$ 10.000,00 (dez milhões de reais) por danos morais coletivos e dano social, a ser revertido ao fundo do art. 13 da Lei da ação civil pública. A defesa do réu alegou que ele teria se arrependido, feito a retratação pelo modo que tratou o piloto e que sua fala não teria caráter de discurso de ódio, incitando o preconceito a essas duas minorias. Alegou o descabimento da ACP e ilegitimidade de uma das associações de defesa da comunidade LGBTQIA+.

O MP ofereceu parecer favorável aos pedidos da ACP. Houve julgamento antecipado da demanda, na forma do art. 355, I, do CPC. O juiz, na análise do caso, entendeu que houve ato ilícito no exercício da liberdade de expressão do réu:

A análise apurada dos fatos revela a prática de ato ilícito consiste em manifestações racistas e homofóbicas, o que será densificado no tópico a seguir, pois ofensivas aos objetivos e princípios fundamentais da nação (art. 3º, IV e art. 4º, VIII, da Constituição) e não amparadas no âmbito do direito à liberdade de expressão (art. 5º, XLI, da Constituição). Assim, importa reconhecer que qualquer ato de discriminação (negativa) racial ou por orientação sexual é ilícito.

Ao examinar a defesa do réu sobre a intencionalidade, o autor cita doutrinadores como Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenthal, que entendeu que houve uma evolução da culpa subjetiva ou psicológica para a culpa normativa, ou seja, de

um desvio de padrão de comportamento esperado. Aduziu que a busca do elemento psicológico deve ter acentuada relevância na seara penal. Prosseguindo:

[...] a falta de intenção, do agir deliberado para ofender, já não é mais relevante para justificar ou desresponsabilizar condutas discriminatórias às minorias. Os atos discriminatórios foram por séculos tolerados por uma sociedade eurocêntrica, autodenominada branca, que definiu a narrativa histórica. Sem voz, as minorias não conseguem expor a pluralidade do que é socialmente aceito. E as versões de todos nós precisam ser expostas no mesmo nível de importância para que se possa construir uma sociedade livre, justa e solidária, como desejaram nossos Constituintes.

Entendeu que na entrevista, a expressão “neguinho” teve cunho discriminatório, aludindo à história brasileira de que ser negro é inferior. Concluiu que, no contexto da entrevista, a intenção foi discriminatória, pois poderia o réu ter se utilizado de outras expressões como “rapaz” ou “pessoa”.

Do contexto da fala, fica evidenciado que o termo não foi utilizado em qualquer dos sentidos indicados pelo réu, não era para se referir a um “rapaz” ou a uma “pessoa”, não tinha significado afetivo típico das relações íntimas, mas foi usado com o propósito de menosprezo do referido. Analisando cuidadosamente o discurso do réu, é possível verificar o conteúdo discriminatório. Nas oportunidades em que se referiu ao piloto inglês, o requerido utilizou a palavra neguinho sempre quando o criticava, associando-o ao período em que não estava com um bom rendimento nas pistas (“o neguinho devia estar dando mais cu naquela época e ‘tava’ meio ruim, então...”) ou a condutas que reputava erradas (“o neguinho meteu o carro e deixou”, “o neguinho deixou o carro... Ele fez de sacanagem”). Quando, porém, quis ressaltar os aspectos positivos, nomeou-o, deixando o aspecto racial de fora: “o Hamilton ganhou quantas corridas? Três”.

Continua, em referência a linguagem utilizada, entende que é uma das formas como o racismo se expressa na contemporaneidade. Em alusão a Adilson Moreira, explicita que o racismo pode se dar de várias formas: “o uso do termo neguinho pelo réu, pessoa branca, para se referir ao piloto inglês negro é uma conduta discriminatória e com significado pernicioso.”

Em relação a alegação da fala ser “LGBTfóbica”, em resposta a defesa, sustentou que a expressão era em relação, a falta de foco, de Hamilton e não tinha intenção de ofender a comunidade LGBTQIA+.

[...]naquela ocasião o réu implicitamente reconhece a capacidade de Lewis Hamilton, mas não fala que ele poderia ter ganhado o campeonato se estivesse mais focado e concentrado; disse que ele estava performando mal porque “o neguinho devia estar dando mais cu naquela época”. A correlação é bastante clara: não fosse Hamilton gay, teria ganhado o campeonato. Logo, o ser gay seria uma característica negativa, porque significa incompetência. Reforça ainda a conotação negativa à homossexualidade a risada do requerido logo em seguida, transparecendo o tom debochado (1h48min19s do vídeo da entrevista).

O MP, instado a se manifestar, opinou favoravelmente aos pedidos autorais, bem como aludiu à ADO n.º 26, em que o STF entendeu que a homofobia é espécie do crime de racismo, tendo conferido o mesmo tratamento penal do crime de racismo, ante a mora legislativa.

Em análise da defesa do réu, sustentou que as palavras só atingiram a esfera jurídica do piloto Lewis Hamilton, ou seja, elas não teriam o condão de ultrapassar o indivíduo, adentrando em uma violação coletiva de direito das pessoas negras e LGBTQIA+.

[...]a conduta discriminatória ocorre porque o ofendido imediato faz parte de uma “categoria”, de uma raça, antes de se atingir o indivíduo a ofensa é um reforço de que aquele grupo é inferior. Assim, há relação direta entre indivíduo e grupo minoritário.

Aduziu que, em regra, uma conduta não pode ser alvo de tutela coletiva, mas quando o fato de a pessoa ser alvejada pelo fato de ser minoria, a tutela coletiva pode ser proposta. Segundo o magistrado, com fundamento em doutrina, entende que a minoria existe por um processo de subordinação, pelo poder que inferioriza o grupo, do qual o indivíduo alvo faz parte.

[...]nenhuma minoria existe sem seus membros e os indivíduos não seriam ofendidos não fosse a construção cultural da “inferioridade” desta mesma minoria. Logo, toda ofensa aos indivíduos que compõem os grupos vulneráveis reforçam a ofensa a estes mesmos grupos. Quando o réu afirmou que o piloto gay estava performando mal porque estava se relacionando sexualmente, ele ataca a comunidade gay, não apenas um indivíduo, porque associou a todo um grupo uma característica negativa: a incompetência, a incapacidade, a inferioridade em relação aos heterossexuais. Da mesma forma, quando faz uso do termo neguinho, o faz para referir a situações em que Hamilton errava ou praticava atos desleais, em sua opinião. Quando para apontar elementos positivos, o piloto tinha nome; para apontar os defeitos, tinha cor. Então, esta cor, a negra, seria o problema. Essa é a associação transmitida pelo réu, que assim também foi percebida pelo Ministério Público.

Assim, entendeu que restava configurada a responsabilidade do réu, pelos danos causados: “entendo assistir razão aos autores quando apontam que as ofensas perpetradas pelo réu atingem não apenas os direitos individuais da vítima, mas os valores de toda a coletividade, e da população negra e da comunidade LGBTQIA+ em especial.”

Sobre os pedidos cominatórios de retração e de multa, não restaram acolhidos pelos seguintes fundamentos:

[...]a liberdade é garantida de modo a que ninguém pode ser compelido a pedir desculpas ou retratar-se de qualquer ofensa. A liberdade é um direito, não um dever. E qualquer lei que impusesse tal obrigação seria inconstitucional. Desta feita, o réu poderia até exigir o direito de se desculpar publicamente, mas jamais pode ser obrigado a fazê-lo, mesmo porque o “pedido de desculpas legítimo” ou é

espontâneo, ou não existe. Quanto ao pedido de aplicação de multa, os mesmos fundamentos se aplicam. O Estado não é censor. A reiteração de eventual conduta discriminatória não pode ser sancionada com multa civil, mesmo porque não há previsão legal para tanto. A questão é resolvida no âmbito da responsabilidade civil, com a demonstração do dano, e/ou da responsabilidade penal, se provada a prática de crime. Portanto, os pedidos cominatórios não merecem acolhida

Sobre danos sociais e dano moral coletivo, após citar jurisprudência e doutrina sobre dano moral coletivo, e a que se presta a sua sanção, ou seja, as funções da responsabilidade civil, como preventiva, pedagógica, etc.

Apesar da discussão doutrinária, entendo que há um campo em comum nos dois conceitos, que é a lesão aos valores sociais. Certo que há espaços de independência, quando se requer a reparação de danos materiais ou quando se alega um rebaixamento imediato do nível de vida da população, mas não é este o caso dos autos. Sob as duas rubricas, os autores pedem a condenação do réu por um fato único: a violação aos direitos da população negra e da comunidade LGBTQIA+ e da sociedade como um todo de ver-se livre da “chaga infame” do racismo (em todas as suas acepções), valendo-me da expressão utilizada pelo Min. Edson Fachin no HC 154.248. Assim, para evitar o bis in idem, analiso-os como uma só pretensão: a de reparação pelo dano moral coletivo.

Para sentenciar, o juiz contextualizou a demanda, entendendo que o que foi expresso na entrevista é a inferiorização do sujeito negro que tinha habilidades iguais ou superiores ao réu e que, portanto, este o quis menosprezar, se referindo ao heptacampeão Lewis Hamilton, como “neguinho” e “gay”. Sobre o valor indenizatório, assim dispôs:

Quanto ao valor da indenização e os critérios de apuração, consigno que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não se deve apreciar apenas a função reparatória da responsabilidade civil, mas também (e talvez principalmente) a função punitiva, exatamente para que, como sociedade, possamos nos ver algum dia livres dos atos perniciosos que são o racismo e a homofobia. Neste sentido, observando o grau da ofensa, como já expus, e também o grande patrimônio do requerido, uma indenização módica não terá qualquer função, seja reparatória, seja punitiva, seja preventiva.

Como parâmetro para arbitrar a indenização, o juízo assim entendeu:

Observando o quanto consta dos autos, verifica-se que o demandado realizou doação eleitoral no valor de R\$ 501.000,00 (quinhentos e um mil reais), conforme consta no ID 135418282. A Lei nº 9.504/97, em seu art. 23, §1º, limita as doações e contribuições a campanhas eleitorais a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição. Isso significa que no ano de 2021, o rendimento bruto mínimo do réu foi de R\$ 5.010.000,00 (cinco milhões e dez mil reais). O patrimônio é muito superior. Desta forma, considerando que o réu se propôs a pagar mais de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para ajudar na campanha eleitoral de um candidato à presidência república, objetivando certamente a melhoria do país segundo as suas ideologias, nada mais justo que fixar a quantia de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) – que é o valor mínimo de sua renda bruta anual – para auxiliar o país a se desenvolver como nação e para estimular a mais rápida expurgação de atos discriminatórios

Sendo assim, houve a condenação do ex-piloto Nelson Piquet por danos morais coletivos. Apelaram ao TJDF, tendo sido processado o feito na 4ª Câmara de Direito privado, em relatório as demandas foram sintetizadas, assim, a parte autora queria a majoração do valor para 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e o réu, preliminarmente, aduziu a desqualificação do caso para uma ACP, a ilegitimidade das associações. No mérito, sustentou que as ofensas foram dirigidas ao piloto Lewis Hamilton e que não teve intenção de dirigir ofensas à comunidade afrodescendente e LGBTQIA+. Também sustentou que não chamou Hamilton de gay, como descrito na sentença, pugnando pela improcedência do pedido de dano moral coletivo, como tese subsidiária, pediu a redução do *quantum* arbitrado pelo juízo de primeiro grau.

Em seu parecer, o procurador de justiça, refutou a tese de ilegitimidade, mas concordou com a redução do *quantum* indenizatório arbitrado. No mérito, o desembargador relator entendeu que:

Mesmo que se substitua o conceito tradicional de culpa, de cunho psicológico por uma concepção normativa, mais objetiva, como instrumento de valoração em abstrato de comportamentos, como defende a doutrina mais moderna, referida na sentença (p. 10), em que a conduta do sujeito é culposa se afastada de um parâmetro prefixado, abstraindo-se as condicionantes intrínsecas do sujeito, não é possível desconsiderar o resultado danoso, no âmbito do dano coletivo. No campo do direito civil não há responsabilidade sem dano.

Em análise do dano moral coletivo, concluiu que as falas do réu não foram proferidas com intenção de propagar discurso de ódio e de supremacia racial branca:

A sentença é enriquecida com excertos de literatura especializada em outras áreas do conhecimento, válidas e úteis na compreensão do mundo atual e dos seus desafios. Sem tal compreensão a atividade jurisdicional se desconecta do mundo. Contudo, tais postulados, de ordem sociológica, sobretudo, não são suficientes para fundamentar a decisão judicial. O direito é um sistema autorreferenciado. É necessário que o comando sentencial encontre fundamento em normas do sistema jurídico, sob pena de carecer de legitimidade. É verdade que a língua não pode ser racista. De outro lado, não é possível passar a, mediante provimento jurisdicional, sancionar a conduta de quem utilize palavras como “denegrir”, “mercado negro”, “ovelha negra”, “lado negro da vida”, “serviço feito nas coxas”, “meia tigela”. Não é admissível a atividade judicante passar a sindicat a fala com o objetivo de identificar as sutilezas e nuances do chamado racismo linguístico fora das hipóteses legais. Os instrumentos legais disponíveis para a intervenção judicial no âmbito da proteção coletiva são as leis que combatem o racismo propriamente dito (privação de direitos), discurso de ódio racial, bem como as ofensas raciais graves de repercussão transindividual.

Com relação aos elementos linguísticos, entende não ser possível demonstrar o seu intento discriminatório, pois a palavra “neguinho” é utilizada coloquialmente, e que embora carregado de caráter racista, não traz em si, o potencial lesivo à coletividade de pessoas negras, a fim de configurar o dano moral coletivo. Bem como entendeu, não restar caracterizado violação de direitos da comunidade LGBTQIA+ :

[...]no episódio trazido à apreciação, repita-se, um deboche recheado de grosseria, rechaçável em qualquer meio minimamente civilizado. Contudo, não tem a gravidade necessária a afetar o conjunto de valores norteadores de interesses sociais. Não tem repercussão suficiente para caracterizar o dano moral. Foi um ato direcionado ao piloto, revelando alguma provável rivalidade, sem direcionamento à comunidade LGBTQIA+. É preciso ter o cuidado de situar bem os fatos. A sentença afirma que “sendo a vítima direta pessoa negra e homossexual, e sendo a ofensa dirigida exatamente por causa destas características que o tornam mais suscetíveis de ter seus direitos violados” É que não há nos autos prova de que a vítima se identifique como homossexual. O réu afirma, na defesa, que ele nunca se identificou como homossexual, apesar das notícias das redes sociais (boato.org) sobre isso, circunstância, aliás, de nenhuma relevância para o deslinde da causa. O que importa, para o deslinde da causa, é definir se a fala afeta a coletividade.

Por fim, em seu voto, entendeu que o discurso de ódio vedado pela Constituição:

Não é demais repetir que o que se convencionou chamar de discurso de ódio, vedado pelo Direito, é definido como: “toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (art. 13, parágrafo 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos) Isso não ficou demonstrado no caso em exame. Neste quadro, com respeitosa vênua ao sentenciante, não vislumbro, nos fatos trazidos ao processo, violação aos valores e interesses coletivos juridicamente protegidos da população negra, da comunidade LGBTQIA+ nem do povo brasileiro de modo geral.

6. Análise dos casos

Sobre os casos, a primeira distinção a ser feita é em relação à tutela específica (ACP, ação ordinária) para manejar, a violação de direitos de personalidade, existem dois casos, dentro dos quatro acima apresentados: de responsabilidade civil entre particulares e de responsabilidade civil, requerendo dano moral coletivo. O objeto da ação é a violação de direitos de pessoas negras, por conta da cor da sua pele. Direito de personalidade induz ao indivíduo, então esses direitos se referem a um sujeito que tem um conjunto de direitos que devem estar protegidos, como sua imagem, honra, intimidade e vida privada. Não obstante, os casos partilham de um mesmo motivo, a discriminação racial. Embora a ACP tenha por objeto

a tutela de direito em uma dimensão coletiva, devemos ter em consideração que as individualidades desses sujeitos, formam uma coletividade. O dado que os une é a cor da pele.

A lei da ACP, alterada quando da aprovação do CDC - Código de Defesa do Consumidor, importa em entender que o sistema protetivo do CDC empresta os conceitos de danos coletivos. No art. 81, § único, do CDC, os direitos são divididos em direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos.

Lei nº 7.347/1985:

[...] I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
 II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
 III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Dos casos analisados, dois são de direito coletivo, caso Cocielo e caso Nelson Piquet, cuja proposição se deu pelo MP e associação, respectivamente, dois dos legitimados a propor ACP. É importante analisar que a Lei 12.966/2014 alterou a lei da ACP, incluindo como objeto tutelável o inciso VII. art. [...] à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

A honra, elemento de direito de personalidade, aqui entendida como coletiva, é uma dimensão compartilhada entre as pessoas. No caso das pessoas negras, esse elemento é importante; (i) porque é fundamento da república, art. 1, III, a dignidade da pessoa humana; (ii) porque é objetivo constitucional do Estado Democrático de Direito, a promoção do bem a todos, sem preconceito ou discriminação de origem racial, conforme art. 3, IV, da CFRB; (iii) é inviolável a intimidade, vida privada, honra e imagem, art. 5º, X, da CRFB.

Portanto, a fim de não existir uma Constituição, sem eficácia, houve a criação de tutelas específicas, a tutelar esses objetivos da Constituição Brasileira, a chamada Constituição Cidadã. A ACP é o caso de modificação, pós-Constituição de 1988, a fim de se adequar à nova Constituição e ser o meio para levar ao judiciário a violação a esses direitos conferidos por ela, quando a violação resultar em danos coletivos. Não obstante, não deixa o legislador de prever a hipótese de reparação civil, está universal, não específica, ao menos no campo do Direito Civil, pois como dito no capítulo 1 da primeira parte deste trabalho de conclusão, houve previsão expressa de tutela penal para o crime de racismo, depois vindo a ser criada a Lei n.º 7.716/89, e em 1997, ter sido alterado o Código penal, a fim de incluir a

figura da injúria racial. Portanto, satisfeita a tutela dos direitos, pelo menos nesse âmbito do direito.

Já com relação ao direito civil, onde a universalidade é o ponto de partida, não a especificidade, os direitos de personalidade, aí incluído a raça, podem ser tutelados pelo instituto criado para violação desses direitos, a responsabilidade civil. Acima já foram enfrentadas questões como função e concepções sobre seus pressupostos caracterizadores, como a concepção normativa de culpa, aperfeiçoada pelo modelo *standards*, defendida nesse trabalho, quando da análise de casos de responsabilidade civil, envolvendo discriminação racial.

Portanto, a responsabilidade civil deve ser o instituto a tutelar esses direitos de personalidade afetos à raça, sem mais digressões. Se é violação de direitos de personalidade, se existe uma tutela civil, ela deve ser utilizada. Não se têm maiores discussões sobre o uso da responsabilidade civil, a tutelar casos envolvendo discriminação, a tônica se dá sobre os pressupostos e das diversas concepções adotadas pelos magistrados, como nos casos acima demonstrados. No caso da Ludmilla, no primeiro momento, o juiz entende que há violação a direitos de personalidade pela fala, remontando o episódio em que a ré, Val Marchiori, faz comentário depreciativo em relação, a peruca da artista, sem maior aprofundamento sobre “a real” intencionalidade, adotando uma concepção normativa da culpa. Já no caso, no segundo grau, o desembargador entende que não houve intenção da ré, apegada a uma concepção mais psicológica.

O caso resume bem, o que está em discussão, a liberdade expressão em confronto com o direito de inviolabilidade à honra - entendida como autorrespeitabilidade, ou seja, direito à imagem e honra, de alguém que partilha da sua vida, pois é artista, mas que também é pessoa, pessoa-mulher, pessoa-negra. Assim, entende-se que há a defesa da liberdade de informação, espécie da liberdade de expressão, por um comentário em uma rede de TV fazendo cobertura jornalística do carnaval.

Da análise do caso, se conclui que não se desenvolveu um ônus argumentativo suficiente para restringir o direito de personalidade da cantora Ludmilla, mas mero exame contextual da fala, sem um maior aprofundamento de origem jurídica, ou seja, de compromisso ativo do Estado brasileiro de vedação à discriminação racial.

Ainda que se advogue a favor da liberdade de expressão, no caso em tela, teria que ser analisada a liberdade de expressão, através de filtros já produzidos pelo STJ, isso não importa em censura, mas adequação para viver em sociedade. Certamente, as falas da ré não passariam pelos filtros de análise do exercício legítimo do ofício jornalístico (i) dever de veracidade, (ii)

dever de pertinência e (iii) dever geral de cuidado. Tudo pode ser dito, assim previu o Estado brasileiro, mas também previu que aquilo que violar direito de outro deve ser responsabilizado. Também como fundamento, se apontou a decisão do Supremo na ADI 4815, que versava sobre autorização do biografado para publicação de biografias, tendo o STF, naquele momento, decidido a favor da liberdade de expressão.

As circunstâncias do caso dão a tônica para a colisão de princípios constitucionais. Isso quer dizer que deve haver similitude fática-jurídica entre os casos. O que era pedido pela autora era a responsabilização pelo comentário feito, não abstenção de a ré voltar a comentar sobre a artista, o que sim, violaria outros direitos além da liberdade de expressão.

Os casos guardam relação, quanto a temática racial, mas também quanto ao exame da intencionalidade, culpa, se esta, deve ser aferida objetivamente ou não, ou seja, a necessidade de demonstração cabal da intenção, no caso Cocielo, os magistrados queriam a demonstração de que além da intenção, as ideias propagadas teriam o condão de difundir discurso de ódio, de supremacia racial, entendendo que não era o caso, e que o réu, tinha o objetivo de discutir o racismo, por meio do humor. E que não poderia ser racista por ser afrobrasileiro, como acima mencionado na introdução deste trabalho, a população brasileira é composta por maioria de pessoas negras. O fundamento não teria o condão de afastar a responsabilização do réu, pois não é excludente de ilicitude e não encontra lugar no Estado constitucional de vedação à discriminação racial.

Os tweets de Julio Cocielo na internet renderam encerramento de seus contratos publicitários. E sobre esse fato, se entendeu, que era uma resposta à sua ação. No entanto, é irrelevante para o afastamento da responsabilidade, pois, conforme o “art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Assim, entendeu a Desembargadora relatora, ao votar:

Em acréscimo, é preciso ter em mente que a manifestação foi recebida com imediato repúdio geral, o que motivou, inclusive, diversas empresas que mantinham parcerias com o requerido a virem a público externar contrariedade e divergência. O requerido perdeu patrocínios e fontes de renda. Sofreu as consequências de sua falta de ponderação de forma rápida. Ele mesmo buscou se desculpar publicamente. Excluiu a postagem. Não há notícia de que tenha reiterado ou defendido o comportamento. O desfecho, portanto, demonstra que o requerido foi prejudicado pela própria atitude inicial. Seu comportamento posterior demonstra a intenção de remediar a situação causada. Essas particularidades minimizam o potencial lesivo da conduta e a necessidade de aplicação de sanção ao comportamento

Da análise do fundamento, ele também não é jurídico, a “sanção social” não tem o poder ou a coercibilidade de uma decisão judicial. A violação dos direitos das pessoas

afetadas não será restituído e tendo a sanção de dano moral coletivo um caráter punitivo pedagógico⁵⁹. A decisão não sanciona o comportamento e não respeita o princípio da unicidade do ordenamento jurídico, em que o objetivo do Estado é a criação de uma sociedade justa, livre de qualquer preconceito, inclusive o racial.

O caso de Gustavo Metropolo, jovem que tirou foto de aluno negro no fumodromo da FGV, perguntando quem era o dono do jovem negro, para ir buscá-lo. Quanto à análise processual, ela pode ter sido facilitada por ter uma ação penal. Não obstante, conforme o art. 935, do Código Civil, a responsabilidade civil é independente da criminal. No caso, houve violação de direitos de personalidade, publicizada em ambiente virtual, entendeu a magistrada que independente da ação do réu, ter sido de postagem ou de reportagem, houve a propagação da imagem do aluno com mensagem de cunho racista: “Achei esse escravo aqui no fumódromo! Quem for o dono avisa!”, já era repugnante e vedada pelo ordenamento jurídico. Por isso, foi condenado. A tese apresentada, de pouca idade do réu, foi refutada pela juíza. Entendeu que o réu quis menosprezar a vítima, afirmando na mensagem a ideia de coisificação do aluno, desqualificando como ser humano, ou seja, violando a personalidade do aluno, negando a existência de uma personalidade daquele ser humano.

O racismo é o sistema de opressão, que garante privilégios para brancos, ao negar a humanidade do outro, que não é branco.

Por isso, a condenação deve ter caráter pedagógico assim constou na decisão de primeira instância. O Desembargador relator fez um voto com aportes teóricos, que afirmam que a raça é socialmente construída como categoria e tem relevância jurídica, e que, portanto deve restar protegida;

Manifesto o racismo praticado pelo demandado, que buscou subalternizar o autor, associando-o, por conta das identidades racial e social, à incapacidade intelectual e

⁵⁹ Sanseverino (2010, p.70) faz crítica ao instituto dos punitive damages ou “indenização exemplar”, uma vez que o caráter pedagógico, deriva de tal instituto norte americano, que se utiliza do quantum indenizatório para punir o ofensor, ou seja, no arbitramento da indenização, se estipula valor maior ao dano causado. O que expressamente contraria o art. 944, Caput, do Código Civil. “Sua origem remonta ao direito romano, em que a ausência de uma clara separação entre responsabilidade penal e civil permitia um amplo espaço para as penas privadas sem conteúdo propriamente ressarcitório. Nos ordenamentos jurídicos vinculados à família, romano-germânica, a rigorosa separação entre a responsabilidade penal e civil, especialmente a partir do Código Civil Francês, determina que as penas privadas sejam vistas como resquícios da barbárie, entrando em desuso” (SANSEVERINO, 2010, p.70).

Bodin (2017, p.227), assim como Sanseverino, entende que a solução seria um regramento próprio para dos punitive damage, ou seja, a criação de espécies próprias para a sua aplicação: “Na verdade, a solução que se apresenta mais condizente com o instituto da pena privada, ou do caráter punitivo, na responsabilidade civil é normatizar as fattispecie merecedoras, do ponto de vista do legislador democrático, de aplicação da pena pecuniária. A questão é de ordem sociológica e, sucessivamente, de política legislativa, hipóteses para as quais serão sempre insuficientes as soluções (necessariamente) casuísticas da jurisprudência.”(BODIN, 2017,p.227)

ao desumano. É com base nos parâmetros de exclusivo sujeito de direito, de classe dominante e raça superior, que o réu discrimina e agride o autor.

O magistrado buscou interpretar princípios como da dignidade humana, com caráter emancipatório, que significa encontrar no direito, não só aporte contra ações de discriminação raciais, mas que o utiliza como instrumento para a prevenção destes comportamentos.

“[...]o racismo é forma de molestar a integridade psíquica da vítima. É comportamento antijurídico e fonte de danos ao sujeito que sofreu a discriminação. Sendo assim, o dever de indenizar vai além de mera decorrência de prática de ato ilícito. É instrumento de direito antidiscriminatório.”

Por isso, entendeu que a decisão tem alguma dimensão que ultrapassa os limites de um único indivíduo, pois a característica que o fez ser discriminado é algo que é compartilhado por outras pessoas, a cor da pele. A ação processual difere, mas o que se quer tutelar é o mesmo objeto, o direito a não-discriminação racial, à não violação de direitos de personalidade, à honra subjetiva, o autorrespeito, que pode ter dimensão individual ou coletiva.

[...]no caso sob análise, o dever de reparar se insere no plexo normativo destinado ao alcance da igualdade e da dignidade humana mediante a distribuição de justiça e eliminação de quaisquer formas de discriminação, na esteira dos objetivos fundamentais da República estabelecidos pela Magna Carta (artigo 3º, III e IV).

Discussão doutrinária se deu também no caso de Nelson Piquet, remontando ao juízo de intencionalidade do réu, ao proferir as falas de cunho racista ou homofóbico. A doutrina, em que se baseou o juiz, foi a de concepção normativa da culpa, ou seja, de um desvio do comportamento esperado. O querer do réu nada importa ou perde o foco na análise da caracterização do dano a ser ressarcido. A tônica é a reparação da consequência de um dano.

[...]a falta de intenção, do agir deliberado para ofender, já não é mais relevante para justificar ou desresponsabilizar condutas discriminatórias às minorias. Os atos discriminatórios foram por séculos tolerados por uma sociedade eurocêntrica, autodenominada branca, que definiu a narrativa histórica

O exame prosseguiu em relação ao teor da fala, do contexto e do espaço, em que proferida. O teor foi considerado racista, pois “neguinho”, demonstra o desprezo do réu pelo piloto, é uma desqualificação como ser humano, dotado de personalidade e capacidade técnica, sendo um dos melhores da história onde atua. O juízo utilizou a doutrina de base deste trabalho. Para Moreira.

“[o] racismo também é um sistema de crenças que guiam atos racistas de agentes sociais no espaço público e no espaço privado; suas manifestações são empresas por meio de atos cotidianos destinados a marcar a distinção moral e social entre pessoas de grupos raciais distintos”

O aprofundamento histórico, jurídico, sistemático do ordenamento jurídico brasileiro de proteção e vedação à discriminação racial salta aos olhos, na decisão de 2º grau do caso Metropolo e na sentença do caso Piquet. Se trata de análise sistemática, não há invenção normativa, não há tese “criativa”, que abone conduta evidentemente discriminatória. Se tem uma decisão de efetivação da irradiação dos direitos fundamentais, nas relações privadas, nos casos individuais e coletivos. Tal decisão restou revertida pelo TJDF, que entendeu não ser possível a imputação da intencionalidade do réu, ao proferir a fala. Novamente, uma análise e disputa doutrinária de concepção da culpa, até referenciada pelo magistrado de segundo grau, a fim de refutá-la.

Mesmo que se substitua o conceito tradicional de culpa, de cunho psicológico por uma concepção normativa, mais objetiva, como instrumento de valoração em abstrato de comportamentos, como defende a doutrina mais moderna, referida na sentença (p. 10), em que a conduta do sujeito é culposa se afastada de um parâmetro prefixado, abstraindo-se as condicionantes intrínsecas do sujeito, não é possível desconsiderar o resultado danoso, no âmbito do dano coletivo. No campo do direito civil não há responsabilidade sem dano. Examina-se, pois, o dano coletivo.

Portanto, reformou a decisão para julgar improcedentes os pedidos, pois não encontrou elementos capazes de demonstrar que a fala do piloto viesse a produzir discurso de ódio contra grupos minorizados, como negros e pessoas LGBTQIA+. Indica que, dos elementos dos autos, não vislumbrou um dano moral, contra os objetivos da república brasileira, que pudesse ser deduzida da conduta do réu, ao se referir ao piloto de Fórmula 1, Lewis Hamilton, como “neguinho”, em canal do Youtube, de alcance mundial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar o uso do princípio da proporcionalidade nos casos de responsabilidade civil envolvendo discriminação racial, para isso teve-se que refazer um caminho de dogmática constitucional, demonstrando através de doutrina, bem como do processo histórico-legislativo de construção de um panorama constitucional antirracista, ou seja, para além de uma tutela penal específica, o Estado brasileiro, tem como fim a dignidade da pessoa humana. Assim, houve a criação legislações especiais que visam coibir a discriminação racial, por exemplo, a Lei n.º 7.716/89 - Lei sobre os crimes raciais, o Estatuto da Igualdade racial. Não obstante, a própria utilização do instituto da responsabilidade civil, se mostra adequado para a resolução judicial de violações de direitos de personalidades, envolvendo a raça.

Como já dito na introdução, internacionalmente o país é signatário de tratados internacionais que visam coibir a prática discriminatória racial. No âmbito interno, o Brasil criou em 1951, a lei Afonso Arinos, a fim de punir comportamentos racistas em lugares, tais como comércios, hotéis e escolas. O objeto da lei era a recusa de pessoas negras nos estabelecimentos, bem como vinculava a administração pública, pois, se acaso o funcionário de repartição pública impedisse ou obstaculizasse o ingresso em emprego público, poderia vir a perder o seu cargo público. Esta tônica volta com a sanção presidencial da Lei n.º 14.532/2023, que cria no art. 20-C, da Lei n.º 7.716/1989, criando majorantes para o caso de ser servidor público, o praticante do crime. Sem se esquecer da responsabilização administrativa.

Portanto, na primeira parte deste trabalho, estabelecemos que o estado da arte brasileiro em relação ao combate ao racismo é de uma postura ativa. Em um próximo momento, trabalhamos com a teoria dos princípios de Robert Alexy e a restrição a direitos fundamentais, quando estes são elevados ao nível de princípios, bem como analisamos a teoria da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre privados.

Na segunda parte do trabalho estudamos sobre o instituto da responsabilidade civil e sobre a construção do conceito de dano moral continuamente debatido na doutrina e jurisprudência, quanto à sua indenizabilidade. Por isso, enfrentou e demonstrou a construção de conceito de dano moral ligado às características da pessoa humana, que devem ser resguardadas, pois à Constituição, assim previu no art. 5º, X, da CF/1988.

O ordenamento jurídico brasileiro confere ao instituto da responsabilidade civil a tutela de toda violação de direito, independentemente de se ter reflexos na seara penal, pois o

ilícito é gerador de responsabilização, bem como a vítima deve ser ressarcida dos prejuízos sofridos. Por isso, se tem a cláusula da responsabilidade civil do art. 187, que tem o ilícito como fonte de obrigação. Assim, a responsabilidade surge do exercício abusivo de um direito, caracterizado somente após a análise da colisão de princípios fundamentais, através da lei da ponderação, poderá se fazer juízo e restrição a direito. Assim, há o chamado conflito aparente de direitos fundamentais. Portanto o intérprete só afirma o abuso de direito, após análise das circunstâncias do caso concreto, sem que entendimentos empíricos do que venha ser algo possa trazer uma solução. Assim, *a priori*, existe legitimidade do exercício do direito no caso de colisão.

Os estudos de casos serviram como base de análise da aplicação ou não do princípio da proporcionalidade, em conflitos aparentes de direitos fundamentais, envolvendo discriminação racial, os casos revelam similitude fática, as vítimas são pessoas negras, três dos casos, uma das partes são famosas ou todas; 2) os casos foram midiáticos; 3) ocorreram em ambientes públicos.

Da análise dos casos, pode-se ver que, em um primeiro momento, a discussão se centrou sobre a liberdade de expressão e o direito de personalidade ou honra coletiva, nos casos de ACP. Os juízos tiveram que configurar a responsabilidade, perpassando pela análise de seus pressupostos, houve uma discussão em comum em nos casos, em relação à concepção normativa da culpa, em que, o que se deve demonstrar é um desvio de um comportamento adequado, sem necessariamente ter que demonstrar uma intencionalidade do ofensor, ou seja, sem que se adote uma concepção psicológica da culpa. Recorre-se a figura do *bonus pater familiae*, cuja figura representa um homem de comportamento médio na sociedade, não obstante, haja críticas em relação ao *bonus pater familiae*, a fim de aperfeiçoado para um modelo de *standards* de comportamento, em que a análise se centra no ambiente em que produzida a violação do direito.

O presente estudo buscou demonstrar a existência de um panorama antirracista, bem como fez análise de casos sobre a discriminação racial e o uso dos princípios perpassando, as chamadas máximas parciais da aplicação da proporcionalidade, exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por fim, pode se concluir que a tutela universal da responsabilidade civil é o meio adequado para tutelar violação de direitos de responsabilidade envolvendo discriminação racial, mas parte da escolha do magistrado a adoção de concepção sobre o panorama constitucional antirracista que deve irradiar nas relações entre privados, bem como cabe ao intérprete entender ou basear-se em uma concepção de culpa normativa, aperfeiçoada por *standards* comportamentais.

Na análise da restrição de princípios constitucionais, a análise das circunstâncias do caso concreto é imprescindível para a caracterização da responsabilidade civil, mas não se pode deixar de buscar no ordenamento jurídico que se pretende ser uno, de um agrupamento de regras de diversos níveis. Portanto, cabe ao intérprete desenvolver um ônus de fundamentação para restrição de um direito.

O objetivo não era trazer respostas prontas, mas traçar um caminho que possa tutelar as violações de direitos de personalidade, envolvendo a raça, ou seja, deduzir propriamente do texto constitucional, a vedação, à discriminação racial. Sendo assim, se depreende do texto constitucional que a cláusula de ilicitude prevista no art. 187 do Código Civil é um dos instrumentos normativos que podem ser utilizados para dar eficácia ao panorama antirracista brasileiro, pois não requer a demonstração de culpa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: parte especial. Crimes contra a pessoa (arts. 121 a 154-B). v.2. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553627031. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627031/>. Acesso em: 10 nov. 2023.

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. Racismo estrutural / Sílvio Luiz de Almeida. -- São Paulo : Sueli Carneiro ; Pólen, 2019.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, São Paulo: Editora Malheiros, 2018.

BANDEIRA, Paula Greco. A Evolução do Conceito de Culpa e o Artigo 944 do Código Civil. Revista da Emerj, Rio de Janeiro, v. 11, p. 227-249, abril, maio, junho, 2008.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: Uma leitura orientada no Discurso Jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. Direitos de personalidade e responsabilidade civil na perspectiva da ética do discurso. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Lisboa. Ano 3, n. 4 (2017), p. 1123-1154, 2017.

MILLS, Charles Wade. O contrato racial: Edição comemorativa de 25 anos. tradutor Teófilo Reis, Breno Santos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2023.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). Atlas da violência 2023. Brasília: Ipea; FBSP, 2023. DOI: <https://dx.doi.org/10.38116/riatlasdaviolencia2023>

JR., Humberto T. Dano Moral, 8ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. *E-book*. ISBN 9788530972295. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972295/>. Acesso em: 31 out. 2023.

GOMES, LAURENTINO. Escravidão: da independência do Brasil à Lei Áurea. Vol. III, 1ª ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2022

MARTINS- COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS- COSTA, Judith. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre, v. 19, n. 19, 2017. DOI: 10.22456/0104-6594.71527. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71527>. Acesso em: 13 fev. 2024.

MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme B.; SARLET, Ingo W. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624771. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624771/>. Acesso em: 04 fev. 2024.

MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à Pessoa Humana Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. 2ª edição. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica, São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

MOREIRA, Adilson José. Tratado de direito antidiscriminatório, São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

MOREIRA, Adilson José. Racismo recreativo, São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil; Gustavo Tepedino. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal: Parte Especial. Arts. 121 a 212 do Código Penal. v.2. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643721. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643721/>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da Reparação Integral. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5ª edição. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda V.; GUEDES, Gisela Sampaio da C. Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil. v.4. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647590. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647590/>. Acesso em: 14 jul. 2023.

Legislações:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 04 fev.2024

BRASIL. Lei Federal nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm Acesso em: 04 fev.2024

BRASIL. Lei 12.188, de 20 de julho de 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm Acesso em: 04 fev.2024

BRASIL. Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114532.htm Acesso em: 04 fev.2024

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 04 fev.2024

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693> Acesso em: 04 fev. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.926.012. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202002524891&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em 04 fev.2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.961.581. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2021 Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202100929384&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 04 fev. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 779. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361685556&ext=.pdf> Acesso em 04 fev. 2024

Rio de Janeiro. 3ª Vara da comarca regional da Ilha do Governador. Procedimento Comum 0002021-46.2016.8.19.0207. Autor Ludmilla. Réu Val Marchiori; TV OMEGA LTDA (REDE TV). Juiz Dr. Françoise Picot. Rio de Janeiro, 29 jun, 2020. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0002021-46.2016.8.19.0207> Acesso em 04 fev. 2024

Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível 0002021-46.2016.8.19.0207 Apelante Ludmilla; Val Marchiori. Apelado Ludmilla; Val Marchiori; TV OMEGA LTDA (REDE TV). Relator Desº Francisco de Assis Peçanha. Rio de Janeiro, 24 mar. 2021. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0002021-46.2016.8.19.0207> Acesso em: 04 fev. 2024

São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1095057-92.2018.8.26.0100. Apelante Ministério Público de SP. Apelado Julio Cocielo. Desº Viviani Nicolau. São Paulo. 8 mar. 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?jsessionid=94CD50A1B39FC14B575C848E84F7D819.cposg11?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1095057-92.2018&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=1095057-92.2018.8.26.0100&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO> Acesso em: 04 fev. 2024

São Paulo. 18ª Vara Cível do Foro de São Paulo. Ação Civil Pública - Indenização por dano moral. Autor Ministério Público de São Paulo; Réu Júlio Cocielo. Juiz de direito Dr. Caramuru Afonso Francisco. São Paulo. 7 jul. 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000X1340000&processo.foro=100&processo.numero=1095057-92.2018.8.26.0100> Acesso em: 04 fev. 2024

São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1065241-60.2021.8.26.0100. Apelante Gustavo Metropolo; João Lima; Apelado Gustavo Metropolo; João Lima. Desº Relator Vito Guglielmi. São Paulo, 31 jan, 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NU>

[MPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1065241-60.2021&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=1065241-60.2021.8.26.0100&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=12](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S001FIHI0000&processo.foro=100&processo.numero=1065241-60.2021.8.26.0100) Acesso em: 04 fev. 2024

São Paulo. 25ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo. Procedimento Comum Cível - Indenização por dano moral 1065241-60.2021.8.26.0100. Autor João Lima. Réu Gustavo Metropolo. Juíza Dra. Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira. São Paulo, 31 jan. 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S001FIHI0000&processo.foro=100&processo.numero=1065241-60.2021.8.26.0100> Acesso em 04 fev. 2024

Brasília. 20ª Vara Cível de Brasília. Ação Civil Pública 0724479-75.2022.8.07.0001. Autor: FAECIDH – FRANCISCO DE ASSIS: EDUCAÇÃO, CIDADANIA, INCLUSÃO E DIREITOS HUMANOS, CENTRO SANTO DIAS DE DIREITOS HUMANOS, ALIANÇA NACIONAL LGBTI+ e ABRAFH - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FAMÍLIAS HOMOTRANSAFETIVAS; Réu: Nelson Piquet Souto Maior. Juiz Dr. Pedro Matos de Arruda. Brasília, 24 mar. 2023. Disponível em: <https://pje-consultapublica.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=4c7b2b210b53eaa5542d649e25dc9d58b3b0c6b7efc1f38d> Acesso em: 04 fev. 2024.

Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível 0724479-75.2022.8.07.0001. Apelante: FRANCISCO DE ASSIS: EDUCACAO, CIDADANIA, INCLUSAO E DIREITOS HUMANOS,CENTRO SANTO DIAS DE DIREITOS HUMANOS DA ARQ DE S PAULO,ALIANCA NACIONAL LGBTI,ASSOCIACAO BRASILEIRA DE FAMILIAS HOMOTRANSAFETIVAS - ABRAFH e NELSON PIQUET SOUTO MAIOR; Apelado: os mesmos; Desº Relator Aiston Henrique de Souza. Brasília, 16 out. 2023. Disponível em: <https://pje2i-consultapublica.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=603edc09c1014a6c74496b3b38d6f01f40947abb54ca716ec6300c70c6a153a05535d339d8ef8279d1c708751685d87b91d81f2c973f9a36&idProcessoDoc=52423712> Acesso em: 04 fev. 2024.