

PAULO MARRECCAS FERREIRA

Técnico Superior
no Gabinete de Documentação e Direito Comparado
da Procuradoria-Geral da República

ALGUMAS NOÇÕES RELATIVAS
A RACISMO
E A REPONSABILIDADE CIVIL

I. *Introdução*

1. A questão talvez pioneira que se põe neste momento da vida dos direitos do homem é, para mim, a questão da responsabilidade civil por actos de discriminação racial. Por o tema ser aparentemente novo, não há qualquer pretensão de exaurir a questão nem de trazer todas as respostas às mais que muitas questões que virão a colocar-se. Seja este, apenas, um desbravar de caminhos a seguir.

Segundo Medicus, na sua parte especial do Direito das Obrigações ¹, a responsabilidade civil implica geralmente uma indemnização, dever secundário nos direitos de crédito (que surge após o incumprimento), dever que assume maior importância em outras situações de violação de direitos.

2. Mas se a violação do crédito pode ser entendida, o que são as outras violações? Esta questão impõe um pequeno percurso pelo Direito Civil da responsabilidade com referências, para além das que se fizerem ao direito português, a algumas noções que nos advêm da evolução germânica da responsabilidade civil. Aquilo que ora se indaga é a definição da discriminação racial como fundamento da responsabilidade, saber, adiantando noções, em que cláusula geral de responsabilidade se há-de enquadrar a discriminação racial.

¹ Medicus, Schuldrecht, II, Besonderer Teil, 5 Auflage, pág. 339.

II. Breve quadro geral da responsabilidade civil em Portugal

3. Reza o artigo 483.º do Código Civil:

- “1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.*
- 2. Só existe obrigação de indemnizar independente de culpa nos casos especificados na lei”.*

4. A redacção do preceito português aproxima-se da redacção do § 823 do BGB e do § 826 (ofensa aos bons costumes) do BGB a que corresponde, quanto a este último parágrafo, a proibição do abuso de direito em Portugal.

Podemos, um pouco à maneira alemã, distinguir, no campo do n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil, várias cláusulas gerais de responsabilidade civil, contrariamente ao que sucede com as cláusulas gerais únicas e alargadas do Code Civil e do Codice Civile.

5. A cláusula de responsabilidade pode consistir numa cláusula geral de responsabilidade alargada, opções italiana e francesa, ou por pequenas cláusulas gerais, como o fizeram o BGB e o Código Civil português².

Assim, o § 823.1 do BGB protege os bens da vida (a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade) e ao lado dele surgem três pequenas cláusulas gerais: os “sonstige Rechte” do § 823.1, além dos bens referidos; os direitos que resultam de uma norma de protecção, ou que estão protegidos por ela, do § 823.2³; e a ofensa aos bons costumes, prevista no § 826 do BGB.

6. Fazendo uma referência que nos permitimos não aprofundar, por ser amplamente conhecida e ultrapassar o âmbito deste pequeno texto, no comportamento proibido, fundamento da responsabilidade, distinguem-se o tipo, o ilícito (Rechtswidrigkeit) e a culpa.

7. Em Portugal, ensina-nos Almeida Costa⁴ que “existe responsabilidade civil quando uma pessoa deve reparar um dano sofrido por outra”. A obrigação

² Medicus, cit., pág. 341, no que respeita ao Direito alemão.

³ Verletzung eines Schutzgesetzes.

⁴ Direito das Obrigações, 4.ª ed., Coimbra 1984, pág. 340.

de indemnizar nasce directamente da lei e não da vontade das partes, ainda que o responsável tenha querido causar o prejuízo.

A responsabilidade extracontratual está regulada nos artigos 483.º e segs., a responsabilidade contratual nos artigos 798 e segs. e a obrigação de indemnização nos artigos 562.º e seguintes ⁵.

Os Autores usam comparar os regimes de responsabilidade contratual e extracontratual, apresentando geralmente a responsabilidade contratual como mais favorável ao lesado.

8. A cláusula geral da responsabilidade civil está, como vimos, no artigo 483.º do Código Civil, que põe numa primeira parte os direitos subjectivos, dentro dos quais estão os direitos de personalidade, os direitos absolutos e numa segunda parte a violação de normas de protecção, à maneira do § 823 do BGB. No n.º 2 abre uma tipicidade, que resulta da enumeração que dá a lei quanto aos casos em que não há culpa. Finalmente, surge, no Código Civil, uma série de cláusulas de responsabilidade civil, o que faz com que o nosso Direito ainda especifique mais, em matéria de pequenas cláusulas de responsabilidade civil que o BGB e acaba por ser, assim, extremamente parecido, e tipificador, no seu enunciado de situações de responsabilidade civil, com o BGB.

9. Retomando, no artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil, estão previstas a violação de um direito de outrem e a violação de preceito de lei tendente à protecção de interesses alheios.

10. Na primeira categoria estão os direitos absolutos (os próprios bens da vida previstos no § 823.1 BGB, direitos de personalidade e direitos reais). Este conjunto abrange, sem dúvida, aquilo a que, em Direito alemão se designa por “sonstige Rechte”, abrangendo os chamados “direitos-quadro”, primeira pequena cláusula geral no BGB, correspondente à cláusula geral contida na primeira parte do n.º 1 do artigo 489.º do Código Civil. Mas há uma diferença quanto ao Direito alemão: o “direito de outrem” abrange também os direitos de crédito, e não apenas os direitos absolutos ⁶.

11. A parte do n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil, dirigida à violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, corresponderá seguramente à violação de normas de protecção.

⁵ Almeida Costa, cit., pág. 353.

⁶ Veja-se Menezes Cordeiro, “Das Obrigações”, AAFDL, Lisboa 1986, 2.º vol., págs. 342-346.

12. Fica no ar a questão de saber se existe alguma correspondência com o § 826 do BGB, no nosso Código. Julgamos que estará na disposição do artigo 334.º do Código Civil, que profbe o abuso de direito.

III. *Inclusão do racismo numa das cláusulas gerais de responsabilidade civil*

13. O n.º 1 do Código Civil protege, ao referir o “*direito de outrem*”, os chamados direitos absolutos, que cobrem os bens da vida (a própria vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade e, além destes, qualquer bem a que corresponda um direito fundamental da primeira geração – direito civil e político⁷ – como o é, seguramente, a proibição da discriminação e, nesta, da discriminação racial).

14. Discriminação racial, esta, que está desde logo coberta pela primeira cláusula geral do n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil.

15. A título de mera curiosidade, é possível debruçarmo-nos um pouco sobre as cláusulas gerais do artigo 483.º, n.º 1; ainda sobre a contida na referência à violação do “*direito de outrem*”.

16. Nela, com efeito, avultam ainda o que se poderia qualificar de “outros direitos” como, além do direito de crédito, direitos que resultam da violação de deveres no tráfego. Duvido, mas este estudo é demasiado precoce sobre o tema que nos ocupa, que possa haver uma violação de um dever no tráfego, que implique a violação de um direito no quadro de uma actividade, que possam caber aqui as questões da discriminação racial. Mas a vida dirá, no seu desenvolvimento com a lei, se ocorre esta violação também aqui e os advogados, quais bandeirantes no desbravar das densas e intrincadas florestas do conhecimento, darão a resposta, ou provocá-la-ão, no impulso que forem dando aos tribunais.

17. Outra cláusula geral do n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil está na violação de qualquer “*disposição legal destinada a proteger interesses*

⁷ Sem embargo das suas consequências económicas, sociais e culturais, que também se devem considerar cobertas.

alheiros”. Corresponde à noção de responsabilidade “daquele que viola uma norma destinada à protecção de outrem” do n.º 2 do § 823 do BGB.

E aqui, poderia ficar-se com a ideia, que, no domínio da responsabilidade civil por acto racista, já foi minha, de que – nada se dizendo em texto legal sobre a discriminação racial, este tipo de discriminação não seria coberto pelo Direito Civil.

Seria por conseguinte necessária uma norma de protecção e aplaudir-se-ia a Lei n.º 134/99 e a sua regulamentação por, ao trazerem uma referência legal à discriminação, permitirem ao jurista enquadrar a violação no n.º 1 do artigo 483.º Na verdade, o Direito Civil, que é o primeiro dos ordenamentos internos de protecção e defesa dos direitos fundamentais, não depende da norma de protecção assim criada, pois, ao prever a protecção dos bens da vida logo de início, cobre a discriminação racial como vimos.

Seja como for, a referência legal é de aplaudir e, se – a título principal – a jurisprudência não admitir a discriminação racial como violação de um direito absoluto, sempre se poderá, subsidiariamente no que à cláusula geral sobre os bens da vida respeita, recorrer à norma de protecção que a lei assim instituiu e à última cláusula geral contida no nosso n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil. Não se recorrerá nunca à cláusula geral não contida no n.º 1 do artigo 483.º - A do abuso de direito, pois na base da discriminação racial não parece estar um direito de que se abuse: há, desde logo, um ilícito.

IV. *A presunção de culpa estabelecida pela “Directiva raça”*

18. Também não se recorrerá ao n.º 2 do artigo 483.º do Código Civil. Não há, na responsabilidade civil por actos de discriminação, uma responsabilidade objectiva. Esta responsabilidade não existe – no que à discriminação racial respeita – e bem, a meu ver, no Direito português. Também não a estabelece a Directiva relativa à discriminação racial. Ao inverter o ónus da prova, inversão que não resulta do Direito mas da lei, e que terá que ser acatada por a Directiva dever ser transposta – inversão que se pode aplaudir – a Directiva estabelece uma presunção de culpa.

Em geral, para satisfazer uma pretensão, a indemnização nos termos do n.º 1 do artigo 483.º cabe o ónus da prova da lesão ao autor, bem como aos lesados. Estes não devem apenas demonstrar que o réu os feriu, mas ainda que daí advieram danos cuja reparação é pedida na petição inicial. Também pertencem ao ónus da prova do autor a culpa do réu e o nexo de causalidade entre a culpa e a lesão.

Esta prova é fácil, no caso de simples e directas lesões, pode ser difícil no caso da discriminação racial, tendo – segundo parece – a Directiva que proíbe a discriminação racial escolhido a via mais forte de protecção da vítima.

19. Afastou-se a prova *prima facie* que permitiria dizer que o facto ocorreu segundo as regras da vida. Válida esta prova para os acidentes de viação, não podemos permitir-nos afirmar que o racismo corresponde a uma regra da vida. Deve ser, sempre, um fenómeno excepcional.

20. Poderíamos estar no *ónus da prova subjectivo*, cabendo a prova ao lesante. Seria uma solução útil. Mas parece que estamos numa situação mais forte: trata-se do *ónus da prova objectivo*. Por aqui se resolverão os casos em que o juiz não consegue provar, sendo a falta de prova, o risco da falta de prova suportado pelo lesante, contra quem o facto será havido como provado se ele não conseguir demonstrar o contrário ⁸.

Mas em qualquer destes casos, e parece que a Directiva contra a discriminação racial estabelece uma forte presunção de culpa, há que dizer que continuamos a nos situar na culpa e que estes casos são de gradação da culpa: na medida em que o lesante puder ultrapassar a incapacidade material de provar do juiz e desfizer os laços da culpa e, quiçá, da causalidade, deixa de haver imputação de danos – a responsabilidade não é, e bem, objectiva.

Para isto ser assim, a norma que operar a transposição da Directiva deverá prever a sua aplicação ao Direito Civil.

V. *Remissão da questão do facto, do tipo, do ilícito, da culpa e do nexo de causalidade para a matéria geral do Direito das Obrigações*

21. Do tipo, do ilícito e da culpa não nos vamos ocupar. A responsabilidade civil exige a tipicidade e daí as cláusulas gerais do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 483.º para alargar os casos às situações não imediatamente previstas no Código Civil, exige um comportamento contrário à lei e o dolo e a negligência que – e este aspecto é importante – numa acção de responsabilidade civil por acto racista previsto e punido no Código Penal, deverão ser equivalentes no domínio da responsabilidade civil ao da responsabilidade penal; e exige um nexo

⁸ Veja-se, Calvão da Silva – “Responsabilidade civil do produtor”, Lisboa 1990, págs. 359-371 e Miguel Teixeira de Sousa, “As partes, o objecto e a prova na acção declarativa”, pág. 215.

de causalidade entre a culpa do agente e o facto danoso. Finalmente, pressupõe um prejuízo que pode ser traduzido num dano moral.

VI. *Remate: tutela geral da personalidade e acção inibitória*

22. Como se todas estas disposições não bastassem, surge-nos a tutela geral da personalidade prevista no artigo 70.º do Código Civil. Tem utilidade por vir reforçar a defesa e tutela do direito fundamental à não discriminação e por abrir a porta à chamada acção inibitória.

Diz este artigo que *“A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física e moral”*, no seu n.º 1. E no seu n.º 2, que *“independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”*.

23. O nosso Código conhece as pretensões de cessação (*“atenuar os efeitos da ofensa já cometida”*) e de afastamento (*“evitar a consumação da ameaça”*). São aplicáveis à discriminação racial.

24. Para o regime da chamada acção inibitória, encontramos um primeiro suporte na prestação de facto negativo do artigo 829.º do Código Civil, dobrada da sanção pecuniária compulsória do artigo 829-A do Código Civil, em caso de inexecução. Pode, assim, havendo fundamento, pedir-se a cessação da conduta desconforme com base neste artigo. Há de existir um dever, desta feita assente num crédito, que fundamente esta pretensão.

25. Depois surge o meio, ou a sede legal de cessação da conduta desconforme (que acima designámos por *“pretensão de cessação”*) e da acção de afastamento (que acima designámos por *“pretensão de afastamento”*), que Vaz Serra⁹ apelida de *“abstenção”* e de *“remoção”*, que se encontra precisamente

⁹ Anotações aos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Abril de 1976, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 110.º, 1977-1978; ao acórdão do STJ de 9 de Novembro de 1980, in RLJ, ano 111.º; e ao acórdão do STJ de 22 de Janeiro de 1980, RLJ, ano 113.º, 1980-1981.

no artigo 70.º, n.º 2, do Código Civil, disposição que permite para todo o fundamento ¹⁰ a cessação da conduta desconforme ou o seu afastamento.

Este artigo – o artigo 70.º, n.º 2 – vale para os bens da vida, os direitos absolutos, os interesses protegidos e os direitos de crédito, cobrindo assim o núcleo de protecção do artigo 483.º do Código Civil.

26. Muito sumariamente, tratar-se-á, enquanto durar a situação de discriminação e ela não for decidida pelo tribunal, de pedir – a título de providência cautelar ou em acção autónoma – a sua cessação, dados os prejuízos que ela determina. Cessação, quando já tiver ocorrido; afastamento, sempre que houver indícios de potencial discriminação, e a discriminação propriamente, não tiver ocorrido, ou vier a continuar e a prolongar-se no tempo.

27. Entretanto, o n.º 1 deste artigo, ao referir a responsabilidade civil no quadro da tutela da personalidade, confirma-nos que o fundamento de responsabilidade racismo se deve incluir na expressão “direito de outrem” e na cláusula geral relativa aos bens da vida.

VII. *Conclusões*

28. O Direito Civil, Direito Romano e primeiro ramo do Direito a ocupar-se dos direitos fundamentais, contém todos os elementos que permitem a defesa destes direitos. Julgo que o vimos para a responsabilidade por actos racistas, estou convicto que as suas soluções valem para quaisquer actos.

O estudo da ligação entre o Direito Civil e os direitos fundamentais deve ser aprofundado, não apenas para mitigar a proliferação legislativa, mas também para enquadrar as novas leis e permitir a sua melhor compreensão e aplicação.

Numa postura de jurista, talvez com presunção mas sem arrogância, permitir-me-ia retomar o elogio a Bártolo, “Nemo bonus iurista nisi Bartolista” e afirmar “Nemo bonus iurista nisi civilista”, procurando exprimir a ideia e o desejo de que a cultura do Direito Civil seja aprofundada, com toda a utilidade que este ramo do Direito tem no domínio dos direitos fundamentais.

¹⁰ Seja ele a violação de um direito absoluto, propriedade ou “sonstige”, de um direito de crédito, de um direito conferido por uma norma de protecção.