



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

PETIÇÃO INICIAL AJCONST/PGR Nº 1284416/2023

A **PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA**, com fundamento nos arts. 102, I, “a” e “p”, 103, VI, e 129, IV, da Constituição Federal; no art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20.5.1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União); e na Lei 9.868, de 10.11.1999, vem propor

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

contra o art. 216, § 2º, do Código Penal Militar, inserido pela Lei 14.688, de 20.09.2023, que alterar o Decreto-Lei 1.001, de 21.10.1969, a fim de compatibilizá-lo com as reformas do Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal) e com a Lei 8.072, de 25.07.1990 (Lei dos Crimes Hediondos), define o crime militar de injúria racial e homotransfóbica e fixa-lhe pena em abstrato inferior àquela definida para o crime de injúria racial prevista no art. 2º-A da Lei 7.716, de 05.01.1989 (Lei do Racismo), com a redação conferida pela Lei 14.532, de 11.01.2023.¹

1 Acompanham a petição inicial cópia da norma impugnada (art. 3º da Lei 9.868/1999) e peças do Procedimento Administrativo 1.00.000.011272/2023-84.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

I. OBJETO DA AÇÃO

Eis o teor da norma impugnada (em destaque):

Injúria

Art. 216 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro:

Pena – detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência.

§ 1º O juízo pode deixar de aplicar a pena: (incluído pela Lei 14.688, de 2023)

I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria.

II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

Injúria qualificada

*§ 2º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a **raça, a cor, a etnia, a religião, a origem, a orientação sexual** ou a condição de pessoa idosa ou com deficiência: (incluído pela Lei 14.688, de 2023)*

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Consoante se demonstrará, a norma questionada viola os arts. 3º, IV (objetivo fundamental de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação); 4º, VIII (repúdio ao racismo); 5º, XLI e XLII (mandamento de criminalização da prática de racismo) todos da Constituição Federal; assim como os art. 4º, 7º e 10 da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, promulgada pelo Decreto 10.932, de 10.01.2022, na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (com *status* de emenda constitucional).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

II. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

A Lei 14.688, de 20.09.2023, oriunda de **projeto de lei proposto em 2017** (PL 9.432/2017), foi editada com a finalidade específica de adequar o Código Penal Militar – CPM (Decreto-Lei 1.001/1969) aos ditames da Constituição Federal, às disposições do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940) e à Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), de forma a promover atualização da legislação penal castrense às leis penal comum e especiais vigentes, inclusive com a correção de nomenclaturas já ultrapassadas em razão do tempo.

Conquanto a Lei 7.716, de 5.01.1989 (Lei dos Crimes Raciais), **à época da apresentação do projeto de lei de atualização do CPM**, tipificasse diversos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional com pena em abstrato de reclusão de 1 (um) a três (anos) e multa,² o crime de injúria racial era tipificado apenas no art. 140, § 3º, do Código Penal, com a redação conferida pelas Lei 9.459, de 13.05.1997, e atualizada pela Lei 10.741, de 1º.10.2003, que igualmente estabeleciam pena em abstrato de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

2 **Arts. 5º** (recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador); **8º** (impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público); **10** (impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades); **11** (impedir acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos); **12** (impedir acesso ou uso de transportes públicos); **20** (praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional), entre outros.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Ou seja, ao tempo em que apresentada o projeto de lei para atualização do CPM, a injúria qualificada consistia na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, com pena em abstrato de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Ocorre que, durante a tramitação legislativa do PL 9.432/2017, o Supremo Tribunal Federal equiparou a injúria racial e homotransfóbica ao racismo (HC 154.248/DF e MI 4.733/DF). O legislador, atento a isso, editou a Lei 14.532, de 11.01.2023, que tipifica como crime de racismo a injúria racial, **com pena aumentada de 1 (um) a 3 (três) anos para 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa.**

A pena de 1 (um) a 3 (três) anos e multa, porém, continuou para a injúria relacionada à religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência (CP, art. 140, § 3º, com a redação dada pela Lei 14.532/2023), ficando prevista a pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa para a injúria resultante de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia ou procedência nacional, descrito no art. 2º-A da Lei 7.176/1989, com a redação conferida pela Lei 14.532/2023.

Entretanto, a Lei 14.688, de 20.9.2023, no intuito de adequar o CPM à legislação penal vigente, **promoveu inconcebível retrocesso na tutela penal de vítimas de crime de racismo e/ou resultante de preconceito ou discriminação racial**, ao prever, para o crime militar de injúria qualificada pela utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, e orientação sexual a **pena de 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão e multa.**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

III. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICA CRIMINAL

Emerson Garcia, ao discorrer sobre os limites do controle judicial de política criminal, ressalta que *“o delineamento da norma proibitiva implícita no tipo penal e a cominação da respectiva sanção estão sujeitas à liberdade de conformação do legislador, que realiza juízos valorativos que lhes são próprios. Infirmar esses juízos valorativos, conquanto juridicamente viável, é tarefa de difícil realização no plano pragmático”*,³ motivo pelo qual cabe ao Poder Judiciário, em regra, adotar postura de autocontenção e, sem ingressar no juízo próprio do legislador, interpretar de forma integrativa a norma penal incriminadora, a fim de delinear o seu conteúdo normativo e o seu alcance aos contextos específicos.

O Supremo Tribunal Federal, nessa direção, não tem admitido, em regra, intervenção judicial na opção político-legislativa de tipificar penalmente determinada conduta e de cominar a pena em abstrato (preceito secundário).⁴ Permite o controle judicial, todavia, quando a política criminal seja manifestamente desproporcional ou contrária a algum outro valor ou interesse constitucionalmente protegido, desde que não importe criação judicial de uma terceira norma não prevista e não desejada pelo legislador.

3 GARCIA, Emerson. *Aferição da proporcionalidade da pena cominada à infração penal: uma interpretação constitucionalmente (in)correta*. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/211/77. Acesso em: 17.11.2023.

4 RE 829.226/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 6.3.2015; HC 109.676/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 14.8.2013; RE 443.388/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 11.9.2009.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

É o que explicita, por exemplo, trecho da ementa do seguinte julgado:

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIIS:

1.1. Mandados Constitucionais de Criminalização:

A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbot). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade:

Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. - Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

(HC 104.410/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 27.03.2012) – Grifos do original.

É certo que no crime militar de injúria qualificada pelo uso de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem e orientação sexual há de se levar em conta que, além da dignidade humana, também tutela o tipo penal do art. 216, § 2º, do Código Penal Militar, com a redação conferida pela Lei 14.688/2023, os vetores constitucionais da disciplina e hierarquia, uma vez que *“não é razoável imaginara que militar pratique crime contra outro, ambos em exercício de função pública e com motivação derivada dessa condição, e que essa conduta tenha contornos estritamente privados”* (HC 131.876/RS, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 1º.6.2016).

Essa circunstância, todavia, mesmo na esfera política de definição dos tipos penais e sanções correspondentes não pode servir de fundamento para a redução do apenamento aos militares que pratiquem a conduta penal. Isso por que, a reprovabilidade da conduta de ofender a dignidade humana — que deve ser protegida independentemente de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual — , **é agravada pela condição de ser praticada por militar contra militar em ambiente castrense regido pela disciplina e hierarquia, e não o contrário.** Admitir a redução do patamar de reprovabilidade da conduta significa reconhecer evidente transgressão ao estatuto constitucional punitivo do racismo e, portanto, a inconstitucionalidade da proteção deficiente.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

IV. ESTATUTO CONSTITUCIONAL PUNITIVO DO RACISMO

O repúdio ao racismo de qualquer espécie pela Constituição de 1988 é tamanho que o texto constitucional o estabelece expressamente como um dos princípios regentes da República Federativa do Brasil nas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII). O princípio da igualdade de todos na lei e perante a lei é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual o texto constitucional estabelece, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer formas de discriminação (CF, art. 3º, IV).

A Carta de 1988 não apenas rejeita todas as formas de preconceito e discriminação, como também **impõe o dever de repressão estatal ao racismo na seara penal e de combate ao preconceito e à discriminação racial de qualquer espécie** (CF, art. 5º, XLI e XLII).⁵ Estabelece o texto constitucional que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

5 Sílvia Almeida distingue o racismo do preconceito racial e da discriminação racial. O **racismo** consistiria numa forma de discriminação sistêmica que tem a raça como fundamento, manifestada por práticas de imposição de desvantagens a indivíduos e privilégios a outros, a depender do grupo racial. **Preconceito racial** seria o uso de estereótipos de cunho inferiorizante e **discriminação racial** seria a utilização da raça como forma de exclusão (em algum grau) de direitos (ALMEIDA, Sílvia Luiz de. *Racismo estrutural*. Coleção Femininos Plurais. São Paulo: Sueli Carneiro/Pólen, 2019, p. 25).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, promulgada pelo Decreto 10.932, de 10.01.2022, na forma do art. 5º, § 3º, da CF, igualmente estabelece o compromisso dos Estados-Partes de prevenir, de eliminar, de proibir e de **punir**, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições da Convenção, todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância (Artigo 4).

Estabelece também o compromisso de adoção de legislação que defina e proíba expressamente o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, aplicável a todas as autoridades públicas, e a todas pessoas e indivíduos ou pessoas físicas ou jurídicas, tanto no setor público como no privado, bem como de revogar e de **reformular toda legislação** que constitua ou produza racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância (Artigo 7º).

Além disso, garante às vítimas do racismo, da discriminação e formas correlatas de intolerância tratamento equitativo e não discriminatório, acesso igualitário ao sistema de justiça, processos ágeis e eficazes e **reparação justa nos âmbitos civil e criminal** (Artigo 10).

O ordenamento constitucional, portanto, estabelece um verdadeiro estatuto constitucional punitivo do racismo, da discriminação racial e formas correlatas de intolerância, **não admitindo retrocesso nos patamares já alcançados de proteção e de repressão previstos na legislação.**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O Supremo Tribunal Federal, atento a esse regime constitucional que impõe punição severa ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância, **equiparou a injúria racial e homotranfóbica ao racismo** (HC 154.248/DF, ADO 26/DF e MI 4.733-ED/DF).

A Lei 14.532, de **11.01.2023**, atenta ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, incluiu o art. 2-A da Lei 7.716/1989 estabelecendo a pena em abstrato de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa para a conduta de injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional.

A Lei 14.688, de **20.09.2023**, com o intuito declarado de atualizar o Código Penal Militar, em que pese o avanço quanto a utilização dos elementos referentes à religião, à **orientação sexual** ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência no tipo penal militar da injúria qualificada, fixou, apenas oito meses após a alteração promovida pela Lei 14.532/2023, preceito secundário substancialmente inferior (de um a três anos de reclusão e multa) para conduta parcialmente idêntica àquela prevista no art. 2-A da Lei 7.716/1989 (utilização dos elementos referentes a raça, cor, etnia e procedência nacional).

O legislador, ao assim proceder, incorreu em decurso de proteção do direito fundamental, em afronta ao princípio da proteção deficiente e com inadmissível retrocesso nos patamares de defesa de direitos fundamentais.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

V. VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE NA ESFERA CRIMINAL

A prática da infração penal provoca lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e, por conseguinte, violação de bens jurídicos tutelados. A persecução penal, nesse sentido, afigura-se como instrumento pelo qual o Estado cumpre seus deveres de preservar a ordem e a paz social, de promover segurança pública e proteger os direitos fundamentais.⁶

O legislador há de observar a cláusula do devido processo legal substantivo (CF, art. 5º, LIV), no qual se insere o princípio da proporcionalidade, de modo que a lei penal editada seja adequada à finalidade de prevenção, repressão e proteção dos bens jurídicos tutelados, sem incorrer em motivação arbitrária.

O princípio da proporcionalidade é tradicionalmente invocado em sua dimensão negativa, para refrear medidas excessivas do Estado que interfiram no exercício de direitos fundamentais. Doutrina e jurisprudência contemporâneas, todavia, têm explorado outro aspecto relevante do princípio da proporcionalidade: **a vedação de proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados.**

Diante do reconhecimento de que o Estado tem não apenas o dever de não violar bens jurídicos de índole constitucional, como também o de protegê-los e promovê-los, entende-se que a violação da proporcionalidade não ocorre apenas

6 TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 163.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

diante de excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta insuficiente para a tutela adequada dos bens e valores constitucionalmente protegidos.⁷

Sob o prisma dos direitos humanos, observa André de Carvalho Ramos que o princípio da proteção deficiente — fundado implicitamente no dispositivo constitucional que trata do Estado Democrático de Direito e de seu dever de promover a dignidade humana (CF, art. 1º, *caput* e III) — “*torna inconstitucional lei ou interpretação de lei que venha a descriminalizar ou ainda dificultar a persecução penal a violadores de direitos humanos*”. Registra, a propósito, o seguinte sentido que há de ser conferido ao princípio da vedação de proteção deficiente ou insuficiente:

O princípio da proporcionalidade possui ainda uma dimensão positiva, que consiste na proibição da proteção insuficiente (ou deficiente) a um determinado direito. Assim, ao mesmo tempo em que o Estado não se pode exceder no campo de direitos humanos (dimensão negativa, proibição do excesso ou Übertmassverbot), também não se pode omitir ou agir de modo insuficiente (proibição da insuficiência ou Untermassverbot). Por exemplo, o Estado, ao descriminalizar graves ofensas a direitos fundamentais (por exemplo, tortura), agiria contra a Constituição, pois a tutela penal seria considerada essencial para a adequada proteção desses bens jurídicos graças ao seu efeito dissuasório geral e específico. Consequentemente, a proporcionalidade consiste não só em um instrumento de controle das restrições a direitos, mas também de con-

7 Cf. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 162-166; SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e deficiência. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, v. 47, p. 60-122, 2004; e STRECK, Lênio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição do excesso (Übertmassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 80, p. 303-345, 2004.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

trole da promoção a direitos. Essa atuação de proibição da proteção insuficiente decorre do reconhecimento dos deveres de proteção, fruto da dimensão objetiva dos direitos humanos. A proporcionalidade, então, tem fruição dúplici: serve para que se analise eventual “restrição em demasia”, mas também serve para que se verifique se houve “proteção deficiente” dos direitos.

No Estado Democrático de Direito, no qual o Estado deve intervir na vida social para assegurar uma sociedade justa e solidária (art. 3º da CF/88), a proibição de insuficiência fixa um mínimo de proteção adequada, necessária e proporcional em sentido estrito a um direito, que sofre a omissão do Estado ou mesmo colisão com outros direitos. No campo penal, a proporcionalidade age com seus dois vértices: na proibição do excesso, há o combate às leis que restringem, de modo excessivo, os direitos dos acusados; na proibição da insuficiência, atua para coibir leis e decisões judiciais que, de modo desproporcional, não prevejam o direito à justiça das vítimas e o direito à segurança de todos beneficiados pela prevenção geral da tutela penal. Há aqueles que denominam, essa combinação das duas facetas do critério da proporcionalidade no âmbito penal, de garantismo integral ou positivo.⁸

Assenta o Ministro Gilmar Mendes, nessa direção, que “a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição da proteção insuficiente adquire importância na aplicação de direitos fundamentais de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção do direito fundamental” (RE 418.376/MS, Tribunal Pleno, Red. p. acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 23.3.2007).

8 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 345-346 – e-book.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Como pontuado por Ingo Wolfgang Sarlet, “o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo ineficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigido)”. Entende, dessa forma, que “o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direito à proteção”.⁹

Requer o princípio da proporcionalidade que a norma penal seja capaz de oferecer um nível adequado de proteção ao bem jurídico, de forma a compatibilizar o respeito aos direitos constitucionais dos investigados e acusados com a necessidade de conferir efetividade à persecução penal. Daí registrar Cleber Masson que o princípio da proporcionalidade, sob a vertente da proteção deficiente, “*impede a proteção insuficiente de bens jurídicos, pois não tolera punição abaixo da medida correta*”.

A redução substancial da pena cominada em abstrato para a injúria decorrente do uso dos elementos referente a raça, cor, etnia e origem, promovida pela Lei 14.688/2023, em relação ao preceito secundário do tipo penal inscrito no art. 2-A da Lei 7.716/1989, inserido pela Lei 14.532/2023, **consubstancia violação do princípio da vedação da proteção insuficiente, visto que o legislador, sem justificativa aparente, reduziu o patamar de apenamento para conduta violadora de direitos humanos pela única e exclusiva circunstância de se tratar de crime militar.**

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, n. 7, ano 4, p. 178, jan. 2006.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

VI. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO

O princípio da vedação de retrocesso é evolução doutrinária da teoria da irreversibilidade desenvolvida por Konrad Hesse. No campo dos direitos humanos, a vedação de retrocesso é desdobramento do princípio da progressividade, haja vista que os patamares já alcançados de proteção dos direitos humanos sempre devem ser ampliados, nunca eliminados, restringidos, limitados ou reduzidos.

A propósito, esclarece André de Carvalho Ramos:

Os direitos humanos caracterizam-se pela existência da proibição do retrocesso, também chamada de “efeito cliquet”, princípio do não retorno da concretização ou princípio da evolução reacionária, que consiste na vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se somente aprimoramentos e acréscimos. Outra expressão utilizada pela doutrina é o entrenchment ou entrenchment, que consiste na preservação do mínimo já concretizado dos direitos fundamentais, impedindo o retrocesso, que poderia ser realizado pela supressão normativa ou ainda pelo amesquinçamento ou diminuição de suas prestações à coletividade. (...) A vedação do retrocesso (...) proíbe as medidas de efeitos retrocessivos, que são aquelas que objetivam a supressão ou diminuição da satisfação de um dos direitos humanos. Abrange não somente os direitos sociais (a chamada proibição de retrocesso social), mas todos os direitos humanos, que, como vimos, são indivisíveis.¹⁰

Jorge Miranda, ao abordar o regime específico dos direitos econômicos, culturais e sociais e explicitar que carecem de conformação normativa, pontua

10 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 262.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

que, pela regra do não retorno, “*não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-los significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais*”.¹¹

Uma vez que o princípio da vedação de retrocesso protege os avanços conquistados de medidas retrocessivas dos órgãos estatais no campo dos direitos humanos, a liberdade dos agentes estatais fica limitada aos níveis conquistados de proteção a direitos. O legislador infraconstitucional, nesse sentido, vincula-se à legislação existente efetivadora dos direitos humanos, não estando autorizado a simplesmente eliminar, restringir, limitar ou reduzir os patamares legais de proteção já alcançados, “*pois isto equivaleria a subtrair as normas constitucionais a sua eficácia, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador*”.¹²

Cármem Lúcia, ao discorrer doutrinariamente sobre o princípio da dignidade humana e a exclusão social, acentua que o princípio da vedação de retrocesso impede, em matéria de direitos humanos, que avanços alcançados sejam suprimidos total ou parcialmente por maiorias parlamentares ocasionais:

11 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. Vol. IV, 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 188.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 444.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Há de se atentar que prevalece, hoje, no direito constitucional o princípio do não-retrocesso, segundo o qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combalidas, por se cuidarem de avanços da humanidade e não dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares.

*Não se há de cogitar em retroceder no que é afirmado patrimônio jurídico e moral do homem havido em conquistas de toda a humanidade, e não apenas de um governante ou de uma lei. Os direitos conquistados, especialmente aqueles que representam um avanço da humanidade no sentido do aperfeiçoamento da sociedade e que se revelam nos direitos sociais, não podem ser desprezados ou desconhecidos, devendo, antes, ser encarecidos e podendo ser ampliados.*¹³

J. J. Gomes Canotilho, ao discorrer sobre o princípio da proibição de retrocesso, pontua que os direitos fundamentais sociais e econômicos, uma vez concretizados pelo legislador ordinário, passam a constituir verdadeiros direitos subjetivos que interditam o legislador de revogá-los, anulá-los, aniquilá-los, reduzi-los ou limitá-los, sem outros arranjos alternativos ou compensatórios:

A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da igualdade, princípio da proibição de discriminações sociais e de políticas antissociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculados da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode afirmar-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...)

13 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>. Acesso: 17.11.2023.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais, sobretudo seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo existencial condigna, inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (cf. Ac. 509/2002, DR. I 12/2/2003).¹⁴

Não se trata de conferir caráter absoluto ao princípio da vedação do retrocesso, de modo a impedir que o legislador possa, nos limites do seu campo de conformação, alterar determinadas formatações legislativas relacionadas a direitos humanos.¹⁵ Pode-se, por exemplo, alterar determinada garantia já prevista em lei, desde que se estabeleça esquema alternativo e compensatório que não resulte em redução dos patamares protetivos já conquistados.

Esse posicionamento encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como ilustra, por exemplo, trecho do seguinte julgado:

14 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338-339.

15 “(...) não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra de cunho absoluto, já que não apenas a redução da atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição se revela insustentável, mas também pelo fato de que essa solução radical, caso tido como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Ob. cit., p. 449).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS.

– O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que vive.

– A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina.

– Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.

(ARE 639.337/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello. DJe de 15.09.2011).

A redução da pena cominada em abstrato para a injúria decorrente do uso de elementos referentes a raça, cor, etnia, origem e orientação sexual, de dois a cinco anos de reclusão e multa para um a três anos de reclusão, pela única circunstância de a conduta descrita ser praticada por militar contra outro no exercício de suas funções e/ou em lugar sujeito à administração militar, traduz inequívoco retrocesso nos patamares de proteção já conferidos na esfera penal, em cumprimento ao dever estatal de punir adequadamente o racismo.

É, por conseguinte, inconstitucional a redução da pena em abstrato definida no preceito secundário do § 2º do art. 216 do Código Penal Militar.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

VII. ALTERNATIVA PARA RESGUARDO DO NÍVEL DE PROTEÇÃO

Os arts. 124 e 125, § 4º, da Constituição Federal estabelece competir à Justiça Militar da União e dos Estados julgar os crimes militares assim definidos em lei. A lei que prevê os crimes militares é o Código Penal Militar, que, nos arts. 9º e 10, define os crimes militares em tempo de paz e de guerra.

A Lei 13.491, 13.10.2017, alterou o inciso II do art. 9º do CPM, ampliando o conceito de crime militar impróprio. Antes da alteração legislativa, previa o inciso II do art. 9º do CPM que se consideram crime militar em tempo de paz os crimes previstos no diploma, mesmo que também o sejam com igual definição na lei penal comum. Com a alteração promovida pela Lei 13.491/2017, passou-se a se considerar crime militar, além daqueles definidos no CPM, os previstos na legislação penal. Ou seja, antes da alteração promovida pela Lei 13.491/2017, os crimes militares em tempo de paz eram apenas os previstos na parte especial do CPM. Após, **passaram a ser crimes militares todos aqueles previstos na legislação penal brasileira, desde que praticados por militar, contra outro militar (da ativa ou não), ou em lugar sujeito à administração militar.**

Não há razão de ordem jurídica ou ontológica que distinga a injúria racial tipificada no art. 2-A da Lei 7.716/1989, com a redação dada pela Lei 14.532/2023, da injúria qualificada descrita no § 2º do art. 216 do CPM, com redação conferida pela Lei 14.688/2023, no que se refere à utilização dos elementos relativos a raça,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

cor, etnia, origem e orientação sexual, motivo pelo qual a redução significativa da pena cominada em abstrato para o tipo militar traduz violação dos princípios da proteção deficiente, da vedação do retrocesso e, por conseguinte, do próprio estatuto constitucional punitivo do racismo.

É o caso, portanto, de declaração de inconstitucionalidade das expressões “a raça”, “a cor”, “a etnia”, “a origem” e “a orientação sexual”, contidas no § 2º do art. 216 do CPM, com redação da Lei 14.688/2023, de modo que o tipo penal resultante fique assim descrito, em conformidade com a legislação penal vigente:

Código Penal Militar	Código Penal
Art. 216 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro: (...) § 2º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.	Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro: (...) § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

De outro lado, com a declaração de inconstitucionalidade das expressões “a raça”, “a cor”, “a etnia”, a “a origem” e “a orientação sexual”, aplicar-se-á à injúria cometida por militar, contra outro militar, ou em ambiente sujeito à administração militar o tipo penal descrito no art. 2-A da Lei 7.716/1989, com a redação da Lei 14.532/2023, **por força do disposto no art. 9º, II, do CPM, com pena em abstrato de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa.**



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Ainda que o tipo penal inscrito no art. 2-A da Lei 7.716/1989, com redação da Lei 14.532/2023, não preveja injúria resultante da utilização do elemento referente à orientação sexual, a declaração de inconstitucionalidade da expressão, contida no § 2º do art. 216 do CPM, com a redação dada pela Lei 14.688/2023, não importaria decréscimo de proteção, visto que, por força do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia pode configurar crime de injúria racial (MI 4.733-ED/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 11.09.2023).

Portanto, a injúria em razão de orientação sexual também estaria abarcada no tipo penal descrito no art. 2-A da Lei 7.716/1989, com redação dada pela Lei 14.532/2023, **podendo qualificar-se como crime militar, nos termos do art. 9º, II, da CPM, com redação dada pela Lei 13.491/2017.**

Caso o Supremo Tribunal Federal considere que a inconstitucionalidade das expressões “a raça”, “a cor”, “a etnia”, “a origem” e “a orientação sexual”, contidas no § 2º do art. 216 do CPM, resultaria criação de norma penal diversa daquela desejada pelo legislador e, portanto, atuação do Judiciário como legislador positivo, ainda assim não há empecilho à declaração de inconstitucionalidade da redução do patamar adequado de repressão do crime de racismo.

Basta que se reconheça a inconstitucionalidade do preceito secundário e, por conseguinte, de todo o tipo penal do § 2º do art. 216 do CPM, de modo que as condutas descritas sejam abarcadas pela legislação penal vigente, nos termos do art. 9º, II, do Código Penal Militar, com a redação dada pela Lei 13.491/2017.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

VIII. PEDIDO CAUTELAR

Estão presentes os pressupostos para a concessão de medida cautelar. A plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni juris*) está suficientemente demonstrada pelos argumentos deduzidos nesta petição inicial, que encontram amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre de que a Lei 14.688, de 20.09.2023, está na iminência de entrar em vigor em razão do transcurso da *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias (art. 5º), e de que sua aplicação traz prejuízos irreparáveis à proteção constitucional da dignidade humana, por implicar redução dos patamares de proteção já alcançados de repressão ao racismo e consequente violação de direitos humanos.¹⁶

É necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pelas normas impugnadas seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia, em juízo liminar, na forma do art. 10 da Lei 9.868/1999.

Portanto, além do sinal do bom direito, evidenciado pelos próprios fundamentos constitucionais em que se apoia esta ação direta, há premência em que esta Corte conceda a medida cautelar para determinar a imediata suspensão dos efeitos da norma impugnada.

16 O anuário brasileiro de segurança pública de 2023 mostra que o registros dos crimes de injúria racial, de racismo e de homofobia dispararam em 2022 no país, em comparação com o ano anterior. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso: 17.11.2023.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

IX. PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Em face do exposto, requer a PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA que se conceda medida cautelar para suspensão da eficácia das normas impugnadas, para os fins expostos acima e nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999.

Em seguida, pleiteia que se colham informações da Presidência da República e do Congresso Nacional. Ainda, que se ouça a Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição Federal. Superadas as fases, pede prazo para a manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Ao final, postula que se julgue procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade das expressões “a raça”, “a cor”, “a etnia”, “a origem” e “a orientação sexual”, contidas no § 2º do art. 216 do Código Penal Militar, com a redação conferida pela Lei 14.688/2023, de modo que o tipo penal resultante tenha preceito primário idêntico ao inscrito no art. 140, § 3º, do Código Penal e mesma faixa de apenamento, e que as elementares declaradas inconstitucionais sejam abarcadas pelo tipo penal inscrito no art. 2-A da Lei 7.716/1989, com redação dada pela Lei 14.532/2023, nos termos do disposto no art. 9º, II, do Código Penal Militar, na redação conferida pela Lei 13.491/2017, e por força do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MI 4.733-ED/DF (Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 11.9.2023).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Caso eventualmente se entenda que a declaração de inconstitucionalidade das expressões acima referidas resultará na criação de tipo penal não previsto e desejado pelo legislador, com atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, requer, subsidiariamente, a declaração de inconstitucionalidade de todo o § 2º do art. 216 do Código Penal Militar, de modo que as condutas nele descritas fiquem abarcadas pelos tipos inscritos no art. 140, § 3º, do Código Penal, e no art. 2-A da Lei 7.716/1989, com a redação dada pela Lei 14.532/2023, nos termos do art. 9º, II, do Código Penal Militar, com redação dada pela Lei 13.491/2017, e por força do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MI 4.733-ED/DF (Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 11.09.2023).

Brasília, data da assinatura digital.

Elizeta Maria de Paiva Ramos
Procuradora-Geral da República
Assinado digitalmente

PC