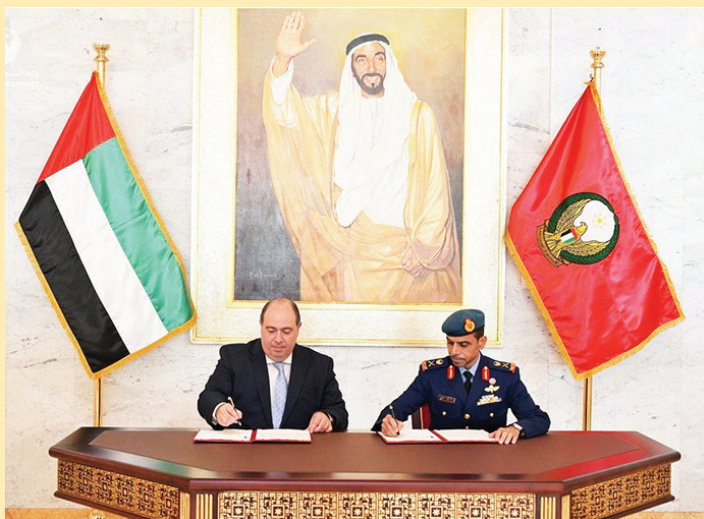




Jornal da AMAJME

Nº 164 • ANO XXV • Novembro / Dezembro de 2023

XI Seminário Internacional de Direito Militar e Direito Humanitário, de 6 a 8 de novembro de 2023 em Abu Dhabi/Emirados Árabes Unidos.



Mesa de abertura: Paulo Adib Casseb, Juiz Presidente da AIJM e Salem Jumaa Rashed Al Kaabi, General Brigadeiro Diretor Geral da Justiça Militar dos Emirados Árabes Unidos.



Paulo Adib Casseb, Discursando em Árabe na abertura do evento.

Ciclo de palestras “Os Tribunais Militares e as Forças de Seguranças Estaduais”, por ocasião aos 40 anos de instalação da Justiça Militar do Estado de Espirito Santo, 27/09/23.



Mesa dos trabalhos: Getúlio Corrêa, Des. TJSC e Pres. AMAJME; Fábio Clem de Oliveira, Des. Pres. TJES; e Getúlio Neves, Juiz de Direito Titular da AJM/ES.



Getúlio Neves, ladeado por Getúlio Corrêa e Rúbio Paulino Coelho, Des. Mil Pres. TJM/MG e demais autoridades.



EXPEDIENTE

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DAS JUSTIÇAS MILITARES ESTADUAIS – AMAJME

CNPJ: 65.137.044/0001-03

Declarada de Utilidade Pública
Federal - Portaria do Ministério da Justiça
nº 3.610, de 13 de dezembro de 2013
(D.O.U nº 243, 16/12/13)

Av. Osmar Cunha, 183
Ed. Ceisa Center, Bloco “B”,
Sala 1109, Centro,
Florianópolis/SC,
CEP 88015-100
Telefone (48) 3224.3488 e
Fax (48) 3224.3491
www.amajme-sc.com.br
amajme@amajme-sc.com.br e
amajme@uol.com.br

DIRETORIA DA AMAJME BIÊNIO 2022/2023

DIRETORIA

Presidente:

Getúlio Corrêa (SC)

Vice-Presidentes Regionais:

Centro-Oeste:

Alexandre Antunes da Silva (MS)

Nordeste:

Paulo Roberto Santos de Oliveira (BA)

Norte:

José Roberto Pinheiro Maia Bezerra
Junior (PA)

Sudeste:

Fernando José Armando Ribeiro (MG)

Sul:

Fábio Duarte Fernandes (RS)

**Os conceitos em trabalhos
assinados são de exclusiva
responsabilidade de seus
autores. A matéria deste Jornal
pode ser livremente transcrita,
observada a ética autoral que
determina a indicação da fonte.**

Sessão solene comemora os 86 anos do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, 09/11/23.

Oitenta e seis anos de história da Justiça Militar de Minas Gerais, com relevantes serviços prestados à sociedade mineira, através de uma prestação jurisdicional efetiva, pautada na busca constante pelo reconhecimento como uma justiça especializada para a promoção da paz social e fortalecimento do estado democrático de Direito. Este é o marco que o Tribunal de Militar do Estado de Minas Gerais (TJMMG) celebrou no dia 9 de novembro de 2023, e a data foi marcada por uma sessão solene com a presença de servidores, convidados e diversas autoridades, entre elas o presidente do Superior Tribunal Militar (STM), ministro Francisco Joseli Parente Camelo.

A sessão solene, realizada no auditório do Clube dos Oficiais da Polícia Militar de Minas Gerais, foi aberta pelo presidente do TJMMG, Desembargador Militar Rúbio Paulino Coelho. “Para o atingimento dos nossos objetivos cultuamos os valores da ética, transparência, integridade, efetividade, excelência e sustentabilidade, (...) convictos do nosso papel institucional, na desafiadora tarefa de contribuir para a manutenção da ordem e da tranquilidade pública, de forma a garantir uma convivência harmoniosa da sociedade. Como uma justiça especializada, temos como os nossos jurisdicionados os militares ativos e inativos integrantes das instituições militares mineiras, instituições estas que possuem como colunas mestras a hierarquia, a disciplina, bem como o dever de obediência e respeito à subordinação”, disse o presidente em discurso.

O Desembargador Militar Rúbio exaltou que a Justiça Militar Estadual exerce um “papel fundamental de controle das ações das corporações militares estaduais, verificando se presente está a legalidade, o equilíbrio, a coerência e a isenção”. “Instituições militares sem controle e sem o respaldo da lei penal militar em suas ações, perdem força, constituindo risco e ameaça para a sociedade. ‘A quem interessa instituições fragilizadas?’”, questionou.

Colar do Mérito – Durante o evento foi realizada a outorga do Colar do Mérito Judiciário Militar – Edição 2023. Instituído pela Resolução n. 34, de 26 de setembro de 2000, o Colar do Mérito Judiciário se destina a agraciar magistrados do TJMMG, bem como pessoas físicas ou jurídicas que tenham prestado relevantes serviços à Justiça Militar Estadual ou à sociedade.

Foram agraciados com o Colar durante cerimônia o presidente do Superior Tribunal Mi-

litar (STM), Ministro Tenente Brigadeiro do Ar Francisco Joseli Camelo Parente; o Comandante da 4ª Região Militar do Exército Brasileiro, Paulo Alípio Branco Valença; a Reitora da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Sandra Regina Goulart Almeida; o Comandante do Centro de Instrução e Adaptação da Aeronáutica, Brigadeiro do Ar José Henrique Kaipper; e o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT-3), Ricardo Antônio Mohallem.

Também receberam o Colar a Chefe da Polícia Civil de Minas Gerais, Delegada-Geral Letícia Ganboge Reis; o Comandante-Geral do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais, Cel. BM Erlon Dias Nascimento Botelho; o Conselheiro-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Gilberto Pinto Monteiro Diniz; o Comandante-Geral da PMMG, Cel. PM Rodrigo Piassi do Nascimento; a Defensora Pública-Geral Raquel Gomes de Sousa da Costa Dias; e o Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Juiz de Direito Frederico Mendes Júnior.

Foi entregue ainda durante a sessão solene a Medalha do Mérito Judiciário Militar, instituída em 2007 para agraciar Juizes de Direito do Juízo Militar, pessoas físicas ou jurídicas que prestaram relevantes serviços à JME ou à sociedade, assim como os servidores que completaram 15 anos de relevantes serviços prestados à Justiça Militar mineira.

“Não podemos deixar de reconhecer e prestar a nossa homenagem àqueles que nos ajudaram e que continuam contribuindo na construção da nossa história, homenageamos os servidores e magistrados ‘de ontem e de hoje’ que através da dedicação, comprometimento e constante motivação, engradeceram e engradecem com o seu trabalho a nossa instituição”, disse o presidente Rúbio, destacando também a presença na solenidade dos magistrados aposentados Paulo Duarte Pereira e Décio de Carvalho Mitre.

As comendas foram entregues pelo Presidente do TJM/MG e pelos Desembargadores Militares James Ferreira Santos, Jadir Silva e Fernando Armando Ribeiro. Os Juizes da Justiça Militar de Minas Gerais João Libério da Cunha, Marcelo Adriano Menacho dos Anjos e Daniela de Freitas Marques estiveram presentes ao evento.

Falando em nome dos agraciados, o Ministro Presidente do STM lembrou do início da carreira em terras mineiras, no município de Barbacena. “Hoje sou grato por mais uma vez estar sendo



agraciado com honrosa lembrança que guardarei com muito orgulho e zeloso carinho por me trazer belas recordações de um belo momento de minha juventude”, disse, inspirando-se em personalidades mineiras como Tiradentes e Juscelino Kubistchek, “heróis da pátria brasileira, que nos permitiram ser o que somos, um povo livre, forte e independente”. “Com o mesmo espírito caminhou o Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais ao longo desses 86 anos de luta pela manutenção da disciplina e da hierarquia daqueles que integram a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar desse grandioso e promissor Estado brasileiro”, des-

tacou.

Homenagem – Durante a solenidade foi reservado um momento a prestar homenagem pelos 150 anos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, celebrado este ano. O presidente do TJMMG descerrou uma placa alusiva junto à terceira vice-presidente do TJMG, Desembargadora Ana Paula Nannetti Caixeta, na solenidade representando o Presidente da Corte Mineira José Arthur de Carvalho Pereira Filho.

Antes de proferir o discurso em nome do presidente, a desembargadora relembrou, emocionada, o início da carreira profissional como datilógrafa no TJMMG. Em discurso, ela traçou

uma linha do tempo cruzando a trajetória dos 150 anos do TJMG com os 86 anos do TJMMG. “A justiça especializada criou-se ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com a missão de produzir o bem comum e a paz social. Nossas Cortes comungam, portanto, de um passado glorioso, de grandes personagens e acontecimentos que nos entregaram importantes ensinamentos e nos fizeram chegar aonde nos encontramos na atualidade, como tribunais reconhecidos pelo qualificado corpo de magistrados, magistrados, servidores, servidoras, bem como com pioneirismo em diversos campos”, exaltou em nome do presidente do TJMG.

Doutor em História das Relações Sociais, 17/11/23.

Em 17 de novembro de 2023 o Juiz de Direito titular da Justiça Militar do Estado do Espírito Santo, Getúlio Marcos Pereira Neves, defendeu tese e alcançou o grau de Doutor em História das Relações Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo. Na tese “O Conselho Supremo Militar e de Jus-

tiça como órgão do sistema judiciário militar do Império (1808-1869)” o magistrado investiga o processo de formação do foro militar em Portugal e sua implantação no Brasil, focando na formatação e atuação do órgão responsável pelo segundo grau da justiça militar imperial. Da banca examinadora partici-

param os profs Drs. Adriana Pereira Campos (orientadora - UFES); Arno Wehling (Unirio); Carlos Antônio Garriga Acosta (Un. Del Pais Vasco); Ricardo Alexandre Ferreira (UNESC- Franca); Erica Christyane Moraes da Silva (UFES) e Karulliny Silverol Siqueira (UFES).

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 altera 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

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 fun-

damental 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 arts. 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).

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.

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

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.

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.



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**.

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.

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

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS:

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 (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). 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 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 praticarem 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.

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.

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 **reformar 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**.

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 7.176/1989 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 7.176/1989 (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.

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.

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 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*. Co-leção Femininos Plurais. São Paulo: Sueli Carneiro/Pólen, 2019, p. 25).
6. TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do direito processual penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 163.

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.



O princípio da proporcionalidade é tradicionalmente invocado em sua dimensão negativa, para reprimir 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 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 Übermassverbot), 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 controle 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 dúplce: 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).

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.**

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 clique”, 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 entrenchamento, que consiste na preservação do mínimo já concretizado dos direitos fundamentais, impedindo o retrocesso, que poderia ser realizado pela supressão normativa ou ainda pelo amesquinamento 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 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

Cármén 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:

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 combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade e não dívidas 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 antisociais. 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

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 (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). Boletim da Faculdade de Direito, v. 80, p. 303-345, 2004.

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

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.

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

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.

13 ROCHA, Cármén 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.



pode afirmar-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (...) 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 formulações 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:

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, abstando-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.

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, 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:	Art. 140 – 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.	§ 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.	Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos semulta.

De outro lado, com a declaração de inconstitucionalidade das expressões “a raça”, “a cor”, “a etnia”, “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.**

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/DE, 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, do 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.

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.

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

15 “(...) não se pode encerrar 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).



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 abrangidas 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).

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 abrangidas 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

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RE 1438768 AgR / SP - SÃO PAULO

Relator: Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. MILITARES ESTADUAIS. LEI COMPLEMENTAR 915/2002 DO ESTADO DE SÃO PAULO. INEXISTÊNCIA DE SESSÃO DE JULGAMENTO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO INTERESSADO OU SEU ADVOGADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA PUBLICIDADE. 1. O art. 18 do Decreto-Lei 667/1969, na redação dada pela Lei 13.967/2019, prevê a competência dos Estados-membros para regulamentar o processo administrativo-disciplinar dos militares estaduais. 2. No âmbito dessa competência, o Estado de São Paulo editou a Lei Complementar 893, de 9 de março de 2001, atualizada pela LC 915/2002, que instituiu o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do ente federativo. 3. Verifica-se o acerto do Tribunal de origem, pois, além de a norma não prever qualquer sessão de julgamento no procedimento disciplinar, quer para a elaboração do Relatório da Comissão, quer para a decisão final do Conselho de Disciplina, no caso dos autos, a “sessão de julgamento” mencionada pelo recorrente sequer existiu. 4. Encontrando-se os autos suficientemente instruídos, nada há de irregular no fato de o recorrente e seu advogado não terem sido intimados para elaboração do relatório, solução e decisão final do Conselho de Disciplina. 5. Não se verifica qualquer violação aos princípios constitucionais suscitados pelo recorrente (ampla defesa, contraditório, devido processo legal e publicidade). 6. Agravo Interno a que se nega provimento. Na forma do art. 1.021, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil de 2015, em caso de votação unânime, fica condenado o agravante a pagar multa de um por cento do valor atualizado da causa ao agravado, cujo depósito prévio passa a ser condição para a interposição de qualquer outro recurso (à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno e, na forma do art. 1.021, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil de 2015, condenou a parte agravante a pagar multa de um por cento do valor atualizado da causa à parte agravada, cujo depósito prévio passa a ser condição para a interposição de qualquer outro recurso (à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final), nos termos do voto do Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 24.11.2023 a 1.12.2023.

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 07-12-2023 PUBLIC 11-12-2023

HC 232061 AgR / SP - SÃO PAULO

Relator: Ministro CRISTIANO ZANIN

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME PREVISTO NO ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PORTE DE ENTORPECENTE EM AMBIENTE CASTRENSE. AUSÊNCIA DO AUTO DE APREENSÃO DA DROGA. IRREGULARIDADE QUE NÃO COMPROMETE A CONDENAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS POR OUTROS MEIOS DE PROVAS. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Supremo Tribunal Federal já decidiu, em inúmeros julgados, que a ausência do auto de apreensão não pode, por si só, dar ensejo à nulidade da condenação, se a decisão condenatória tiver por fundamentos outras provas hábeis à comprovação da materialidade delitiva. II – No caso, os fundamentos lançados nas decisões atacadas são suficientes para se concluir pela higidez do conjunto probatório. Entender diversamente implicaria revolvimento de material fático-probatório, o que é inviável na via do habeas corpus. III – Agravo regimental a que se nega provimento.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 27.10.2023 a 7.11.2023.

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 14-11-2023 PUBLIC 16-11-2023

HC 222838 AgR / AM - AMAZONAS

Relator: Ministro GILMAR MENDES

Ementa: Agravo regimental no habeas corpus. 2. Crime militar. Perda da condição de militar. Prosseguibilidade da ação penal. 3. Não há se falar em extinção do processo em virtude da exclusão do acusado das Forças Armadas, mesmo no caso específico de deserção. 4. Agravo improvido.

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Segunda Turma, Sessão Virtual de 13.10.2023 a 23.10.2023.

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 23-11-2023 PUBLIC 24-11-2023

HC 215278 AgR / RR - RORAIMA

Relator: Ministro NUNES MARQUES

Ementa: EMENTA AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. UTILIZAÇÃO DE HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE. CRIME DE DESERÇÃO.



PERDA DA CONDIÇÃO MILITAR NO CURSO DA AÇÃO PENAL. IRRELEVÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Não se revela viável a utilização do habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal. 2. É irrelevante a perda superveniente da condição de militar, para fins de prosseguimento da ação penal ou cumprimento da pena pelo crime militar de deserção (CPM, art. 187). 3. Agravo interno desprovido.

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Segunda Turma, Sessão Virtual de 3.11.2023 a 10.11.2023.

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 06-12-2023 PUBLIC 07-12-2023

HC 226239 ED-Agr / PR - PARANÁ

Relator: Ministro NUNES MARQUES

Ementa: AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. POLICIAL MILITAR. CARACTERIZAÇÃO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIS. ART. 327 DO CÓDIGO PENAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO HABEAS CORPUS. 1. O conceito de funcionário público, para fins penais, previsto no art. 327 do Código Penal, não se limita a cargos, empregos ou funções públicas de natureza civil e abrange os policiais militares, que exercem função de segurança pública, nos termos do art. 144, V, da Constituição da República. 2. Agravo interno desprovido.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 20.10.2023 a 27.10.2023.

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 22-11-2023 PUBLIC 23-11-2023

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no RMS 69686 / GO – GOIÁS

Relatora: Ministra ASSUETE MAGALHÃES

Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR DA RESERVA. ATO DE BRAVURA. PROMOÇÃO PARA CARGO DE CARREIRA DIVERSA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela parte ora agravante, em face do Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Goiás, com o objetivo de obter promoção, por bravura, ao posto de 1º Tenente do Quadro de Oficiais da Polícia Militar. O Tribunal de origem denegou a segurança, sob o fundamento de que, “considerando que o impetrante ainda pertence à carreira de Praças da PMGO, não pode este pleitear a promoção por ato de bravura na carreira de Oficiais, o que configura indevida ascensão funcional”.

III. Na hipótese, o Tribunal de origem adotou orientação em consonância com o entendimento manifestado pela Segunda Turma desta Corte, no sentido da impossibilidade de promoção do militar, ainda que por bravura, em quadro funcional distinto daquele no qual ingressou na carreira, sob pena de violação à Súmula Vinculante 43 do STF. Nesse sentido: STJ, AgInt no RMS 69.963/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/06/2023; AgInt no RMS 69.918/GO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/08/2023.

IV. Agravo interno improvido.

Acórdão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 21/11/2023 a 27/11/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Assuete Magalhães.

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 01/12/2023

AgRg no RHC 179691 / RS – RIO GRANDE DO SUL

Relator: Ministro MESSOD AZULAY NETO

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, CORRUPÇÃO PASSIVA E VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL. FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - Quanto a prisão preventiva, *in casu*, do exame da decisão que decretou a prisão preventiva do agravante, tenho que está suficientemente fundamentada na necessidade de acautelamento da ordem pública, notadamente se considerada a periculosidade concreta do agente que, na condição de policial militar, teria se associado a uma das maiores facções criminosas do Rio Grande do Sul para fornecer informações de indivíduos de facções rivais, facilitando a prática de crimes graves, não sendo, ainda, fato isolado da sua vida. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que se justifica a decretação de prisão preventiva de membros de grupo criminoso como forma de interromper suas atividades. (Precedente).

III - No que tange a alegação de ilegalidade da prisão diante da inexistência de audiência de custódia, deve-se lembrar que a declaração de nulidade de um ato processual deve ser precedida de demonstração de eventuais prejuízos experimentados, o que não ocorreu na hipótese. Ademais, a não realização da audiência de custódia não enseja a nulidade da prisão preventiva decretada com a observância dos requisitos legais previstos no art. 312 do CPP e das outras garantias processuais e constitucionais. (Precedente).

IV - No que tange a alegação de ser pai de crianças menores, o Tribunal a quo fundamentou a negativa da concessão da prisão domiciliar em razão de não ter sido demonstrado pelo agravante ser o único responsável pelos cuidados dos filhos. Da mesma forma, não foi demonstrado nestes presentes autos sua imprescindibilidade.

V - Quanto a possibilidade da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, sucede que, no feito em mesa, a incapacidade de medidas cautelares alternativas resguardarem a ordem pública decorre, a contraio sensu, da própria fundamentação expendida para justificar a necessidade da prisão preventiva. Em outros termos, da efetiva comprovação da imprescindibilidade da prisão preventiva segue, naturalmente, a inaplicabilidade de outras medidas cautelares, na medida em que estas não se revelam aptas a tutelar os fins visados por aquela. Nesse sentido: (AgRg no RHC n. 170.486/BA, Quinta Turma, Rel. Min. Jesuíno Rissato - Desembargador Convocado do TJDF, DJe de 16/11/2022), (AgRg no AREsp n. 2.223.995/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 17/3/2023), (AgRg nos EDcl no RHC n. 159.078/AC, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 9/3/2023.) Agravo regimental desprovido.

Acórdão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 21/11/2023 a 27/11/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1). Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE

DJe 01/12/2023