



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

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

PETIÇÃO INICIAL AJCONST/PGR Nº 419001/2021

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, com fundamento nos arts. 102, I, “a”, 103, VI e § 2º, 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 POR OMISSÃO

contra a omissão parcial do Congresso Nacional em tornar plenamente efetivo o mandamento do art. 5º, XLII, da Constituição Federal, que impõe ao legislador o dever de criminalizar a prática de racismo com pena de reclusão, tendo em vista a edição do art. 4º, § 2º, da Lei 7.716, de 5.1.1989, que, ao tipificar como crime de racismo a conduta de “*quem, em anúncios ou qualquer*



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

outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências”, deixou de prever pena de reclusão no preceito secundário do tipo penal, apenas cominando as penas de multa e de prestação de serviços à comunidade.

1. CABIMENTO DA AÇÃO

Cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão pressupõe a existência de uma norma constitucional cuja efetividade dependa de adoção de medida por parte de poder da República ou órgão da administração pública.

Omissão legislativa que dá ensejo à propositura desse instrumento de controle concentrado tanto pode ser total – caracterizada pela existência de lacuna normativa sobre a matéria – quanto parcial – no caso de, apesar de existente norma infraconstitucional, essa não satisfaz plenamente o preceito constitucional, porque insuficiente para concretizar direitos tutelados.

Acerca da omissão suscetível de impugnação por meio de ADO, afirma Luiz Guilherme Marinoni:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

(...) A omissão inconstitucional, objeto da ação direta de inconstitucionalidade, é, em princípio, normativa. É a falta da edição de norma – cuja incumbência é, em regra, do Legislativo, mas que também pode ser do Executivo e até mesmo do Judiciário – que abre oportunidade à propositura da ação. Neste sentido, pode ser objeto da ação a ausência de ato de caráter geral, abstrato e obrigatório.

Assim, a ação não permite questionar apenas a ausência de atos normativos primários, mas também a falta de atos normativos secundários, como os regulamentos, de competência do Executivo, e, eventualmente, até mesmo a inexistência de atos normativos cabíveis ao Judiciário.

No caso em que a lei não contém os elementos que lhe dão condição de aplicabilidade, a falta de regulamento é empecilho evidente para a efetividade da norma constitucional. Porém, a falta de ato de caráter não normativo, inclusive por poder ser enquadrado na previsão do art. 103, § 2º, da CF, que remete à ciência para a “adoção de providências necessárias”, igualmente pode ser objeto de omissão inconstitucional e da correspondente ação direta.

Pense-se, por exemplo, na falta de organização do Judiciário ou na insuficiência de estruturação da saúde pública. É possível falar, nessas hipóteses, de falta de tutela fático-concreta aos direitos fundamentais, que, como é óbvio, não sofrem apenas com a carência de tutela normativa, mas também com a ausência de tutela fática de natureza administrativa.

Portanto, a omissão inconstitucional, objeto da ação, não decorre, necessariamente, de previsão de legislar contida em norma constitucional, mas pode advir da falta ou da insuficiência de norma, ou de prestação fático-administrativa, para proteger ou viabilizar a realização de um direito fundamental. Evidencia-se, neste momento, que o legislador não tem dever apenas quando a norma constitucional expressamente lhe impõe a edição de lei, mas também quando um direito fundamental carece, em vista da sua natureza e



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

*estrutura, de norma infraconstitucional, especialmente para lhe outorgar tutela de proteção.*¹

Em obra doutrinária, assinala Gilmar Mendes que o controle abstrato da omissão inconstitucional é essencial para a preservação da força normativa da Constituição e volta-se, precipuamente, à “defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis”, tendo por objeto a “mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional”, abarcando tal controle “não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade de norma constitucional”.²

Sobre a chamada *inertia deliberandi* – é dizer, a mora do parlamento em concluir o processo legislativo e promulgar leis –, observa ainda:

(...) a concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei. Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa de construção do Estado constitucional. Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social. A omissão legislativa constitui, portanto, objeto fundamental da ação direta de inconstitucionalidade em apreço.

1 MARINONI, Luiz Guilherme. O Sistema Constitucional Brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang; ____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.241-1.242.

2 MENDES, Gilmar F., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.289-1.291.



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

Esta pode ter como objeto todo o ato complexo que forma o processo legislativo, nas suas diferentes fases. Destinatário principal da ordem a ser emanada pelo órgão judiciário é o Poder Legislativo. (...)

Questão que ainda está a merecer melhor exame diz respeito à inercia deliberandi (discussão e votação) no âmbito das Casas Legislativas. Enquanto a sanção e o veto estão disciplinados, de forma relativamente precisa, no texto constitucional, inclusive no que concerne a prazos (art. 66), a deliberação não mereceu do constituinte, no tocante a esse aspecto, uma disciplina mais minuciosa. (...)

Quid juris, então, se os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação? Ter-se-ia aqui uma omissão passível de vir a ser considerada morosa no processo de controle abstrato da omissão?

(...) peculiaridades da atividade parlamentar, que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam, todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional.

Não temos dúvida, portanto, em admitir que também a inercia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade da omissão. Assim, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre questão, declarando, assim, a inconstitucionalidade da omissão.³

Também ao analisar a inércia legislativa, Anna Cândida da Cunha Ferraz caracteriza-a como um dos processos informais de mutação da Constituição:

A inércia provoca mutação inconstitucional na Constituição quando a omissão dos poderes constituídos é intencional, provisória mas prolongada, de tal sorte que paralisa a aplicação da norma constitucional, evidentemente não desejada pelo constituinte.

3 *Idem*, p. 1.293-1.294.



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

Configura, na verdade, uma inconstitucionalidade por omissão, figura hoje consagrada inclusive na Constituição Brasileira de 1988. Como modalidade de processo de mutação da constituição a inércia é processo pernicioso, que acarreta consequências desastrosas à vida constitucional dos Estados. De um lado porque, ao contrário dos demais processos de mutação, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. De outro, porque arrasta consigo, quase que invariavelmente, a descrença na Constituição.⁴

Omissão inconstitucional que enseja a propositura de ADO, assim, advém não somente da falta de legislação expressamente exigida por dispositivo do texto constitucional, mas também da ausência ou insuficiência de prestação – legislativa ou fático-administrativa – que obste a concretização de regras e princípios insertos na Lei Maior.

Nesta ação direta, a inconstitucionalidade que se busca sanar refere-se à omissão parcial do Congresso Nacional em tornar plenamente efetivo, no tocante ao tipo penal do art. 4º, § 2º, da Lei 7.716, de 5.1.1989, incluído pela Lei 12.288, de 20.7.2010, o mandamento de criminalização constante do art. 5º, XLII, da Constituição Federal. Este exige do legislador tornar a prática de racismo crime sujeito a pena de reclusão.

4 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 791.



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

O art. 4º, § 2º, da Lei 7.716/1989, conquanto tenha observado de forma parcial o art. 5º, XLII, da Constituição Federal ao tipificar como crime uma determinada conduta resultante de preconceito de raça ou de cor, não concretizou plenamente referida disposição constitucional, dado que comina ao tipo somente as penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, sem prever pena de reclusão tal como exigido pela Carta da República.

Configura-se, assim, omissão parcial e injustificada em tornar plenamente efetivo o art. 5º, XLII, da Constituição Federal.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é, portanto, o instrumento processual adequado para exortar o Poder Legislativo a adotar “*providências necessárias*” (art. 103, § 2º, da CF) direcionadas a sanar a omissão inconstitucional parcial sob testilha.

Enquanto não for editada lei federal que venha a impor pena de reclusão ao preceito secundário do crime de racismo tipificado no art. 4º, § 2º, da Lei 7.716/1989, os infratores da norma permanecerão sujeitos somente às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade ali cominadas, com manifesta violação ao art. 5º, XLII, da Constituição Federal.

Desse modo, no ver da Procuradoria-Geral da República, é cabível esta ação direta de inconstitucionalidade por omissão.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

**2. MANDAMENTO DE CRIMINALIZAÇÃO DA PRÁTICA DE
RACISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Estatui o art. 5º, XLII, da Constituição Federal:

Art. 5º (...)

(...)

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (...).

O dispositivo constitucional, mais do que impor a criminalização da prática de racismo, demonstra o notável repúdio manifestado pelo constituinte de 1988 perante condutas discriminatórias e preconceituosas praticadas em prejuízo da dignidade da pessoa humana.

A aversão constitucional a práticas discriminatórias e preconceituosas também se mostra evidente em outras disposições da Carta da República, a exemplo dos arts. 3º, IV (objetivo fundamental de promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), 4º, VIII (princípio de repúdio ao terrorismo e ao racismo, inserido entre aqueles que o Estado brasileiro considera regente nas suas relações internacionais), e 7º, XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil).



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

Compreende-se dessas normas que a Constituição Federal de 1988 elevou ao *status* de direito fundamental a máxima segundo a qual as pessoas não merecem ser discriminadas ou tratadas de forma preconceituosa em razão de origem, raça, sexo, cor, idade, estado civil ou por quaisquer outros motivos. Reconheceu a Carta da República, assim, aquilo que pode ser denominado como *direito à não discriminação*.

Como todo bem jurídico relevante para o ordenamento jurídico, o direito à não discriminação merece observância e proteção, de modo a ser-lhe garantida sua concretização tanto por intermédio de ações positivas desempenhadas pelo Estado, por instituições públicas e privadas e pelos cidadãos em geral, como por meio da criação de mecanismos para combate de condutas que venham a contrariá-lo ou afrontá-lo.

Uma das medidas exigidas pela Constituição de 1988 para combater a afronta ao direito à não discriminação está prevista exatamente no art. 5º, XLII, o qual impõe que a prática de racismo deve ser considerada crime inafiançável e imprescritível, sujeita a pena de reclusão, na forma da lei.

Longe de disciplinar o óbvio, o dispositivo constitucional representa inovação no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, antes da edição da Carta de 1988, a prática de preconceito de raça ou de cor era



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

tipificada apenas como contravenção penal, nos termos da Lei 1.390/1951 (Lei Afonso Arinos).

Sabe-se que as contravenções são espécies de infrações penais direcionadas à punição de condutas consideradas, de modo geral, menos lesivas ao ordenamento jurídico em comparação com aquelas tipificadas como crimes. Tanto que o Decreto-Lei 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais), por exemplo, prevê (i) que a pena privativa de liberdade imposta aos autores de contravenções penais, no caso a prisão simples, há de ser cumprida em regime semiaberto ou aberto (art. 6º, *caput*), ao contrário dos condenados pela prática de crime, que se sujeitam aos regimes fechado, semiaberto ou aberto (art. 33 do Código Penal); (ii) que os condenados a pena de prisão simples devem ficar sempre separados dos condenados pela prática de crime sujeito a pena de reclusão ou de detenção (art. 6º, § 1º); e (iii) que a pena privativa de liberdade aplicável aos condenados por contravenção penal encontra-se limitada a cinco anos (art. 10), enquanto o Código Penal e a legislação penal especial cominam penas muito superiores a autores de crimes diversos.

Ao haver tipificado somente como contravenção penal o cometimento de atos resultantes de preconceito de raça ou de cor, a Lei Afonso Arinos acabou por considerar a prática de racismo conduta menos



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

lesiva e de menor gravidade, em comparação com outros atos criminalizados pela legislação penal brasileira.

Esse entendimento é reforçado pela análise das penas privativas de liberdades abstratamente cominadas pela Lei Afonso Arinos. Com efeito, o art. 2º do diploma legal cominava a pena de prisão simples de 3 meses a 1 ano a quem recusasse hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou estabelecimento da mesma finalidade, por preconceito de raça ou de cor.

Já o art. 3º do mesmo diploma legal previa a pena de prisão simples de 15 dias a 3 meses a quem recusasse a venda de mercadorias e em lojas de qualquer gênero ou o atendimento em restaurantes, bares, confeitarias e locais semelhantes, abertos ao público, por preconceito de raça ou cor.

Por sua vez, o art. 4º impunha a pena de prisão simples de 15 dias a 3 meses a quem recusasse entrada em estabelecimento público, de diversões ou esporte, bem como em salões de barbearias ou cabeleireiros, por preconceito de raça ou de cor.

O art. 5º instituía a pena de prisão simples de 3 meses a 1 ano a quem recusasse a inscrição de aluno em estabelecimentos de ensino de qualquer curso ou grau, por preconceito de raça ou de cor.



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

O art. 6º cominava a pena de perda do cargo para o funcionário que obstasse o acesso de alguém a qualquer cargo do funcionalismo público ou a serviço em qualquer ramo das forças armadas, por preconceito de raça ou de cor.

Por fim, o art. 7º fixava as penas de prisão simples de 3 meses a 1 ano, para empresa privada, e de perda do cargo público, para o funcionário responsável pela recusa, no caso de autarquia, sociedade de economia mista e empresa concessionária de serviço público, em caso de negativa de emprego ou trabalho, por preconceito de raça ou de cor.

A nova redação dada à Lei Afonso Arinos pela Lei 7.437, de 20.12.1985, manteve as mesmas condutas e idênticos patamares de pena privativa de liberdade aos autores das contravenções penais ali tipificadas, tendo apenas ampliado, para cada tipo, as elementares *“por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil”*, assim como feito alterações nas penas de multa cominadas.

Embora seja indiscutível a gravidade das condutas tipificadas como contravenção penal pela Lei Afonso Arinos, as penas privativas de liberdade nela previstas eram irrisórias, não ultrapassando 1 ano, patamar abstrato



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

difícilmente motivador, na prática, de efetiva restrição de liberdade dos condenados pela prática de racismo.

Com a promulgação da Constituição de 1988, inaugurou-se um novo paradigma para a responsabilização penal decorrente de atos resultantes de preconceito e de discriminação no Brasil, uma vez que (i) o racismo passou a ser expressamente classificado como crime punível com pena privativa de liberdade em regime inicial fechado (reclusão), e não como mera contravenção penal sujeita a penas privativas de liberdade diminutas, não sujeitas a cumprimento em regime inicial fechado (prisão simples), tal qual ocorria sob a égide da Lei Afonso Arinos; e (ii) o racismo foi inserido no seleto grupo de crimes que a Constituição Federal repudiou de tal modo ao ponto de considerá-los inafiançáveis⁵ e/ou imprescritíveis^{6,7}.

5 Ou seja, crime que não admite fiança, esta conceituada como “*uma caução real destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu*” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 1170).

6 A saber, crime que não admite prescrição, esta conceituada como “*instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade*” (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 22. ed. Niterói: Impetus, 2020. v. 1, p. 897).

7 No caso, somente a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático foi também considerada pela Carta da República como crime tanto imprescritível quanto inafiançável (art. 5º, XLIV), enquanto a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos foram classificados como crimes inafiançáveis (art. 5º, XLIII).



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

A nova ordem constitucional brasileira passou, portanto, a exigir que o legislador, ao tipificar o racismo como infração penal, considere-o como crime de elevada gravidade cuja pena privativa de liberdade deva ser fixada em patamar que viabilize a imposição de regime inicial fechado (reclusão), não havendo de ser submetido, ainda, aos institutos da fiança e da prescrição.

Leis que tipifiquem a prática de racismo como contravenção penal, que viabilizem a aplicação dos institutos da fiança e da prescrição e/ou que não fixem pena privativa de liberdade de reclusão para seus autores mostram-se incompatíveis com a Carta de 1988, por ofensa ao art. 5º, XLII.

É o caso, por exemplo, da Lei Afonso Arinos, que há de ser compreendida como incompatível com a nova ordem constitucional por considerar mera contravenção penal a prática de racismo, cominando-lhe pena privativa de liberdade distinta da reclusão (prisão simples).

3. CRIMINALIZAÇÃO DA PRÁTICA DE RACISMO NA LEI 7.716/1989

Antes mesmo da promulgação da Constituição vigente, já tramitava no Congresso Nacional a proposição legislativa que deu origem à Lei 7.716, de 5.1.1989, a qual passou a definir os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor na nova ordem constitucional.



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

Apresentado em 11.5.1988 pelo Deputado Carlos Alberto Caó, o Projeto de Lei 668/1988 direcionava-se a tipificar como crime a prática de racismo, justamente por se reconhecer a insuficiência da Lei Afonso Arinos para a efetiva punição dos autores de atos resultantes de preconceito de raça ou cor, tipificados à época apenas como contravenções penais. Lê-se na justificativa do PL 668/1988, que originou a Lei 7.716/1989:

Atualmente, a prática do racismo é punida como uma contravenção penal, o que enseja às pessoas que cometem atos discriminatórios o benefício da primariedade, do pagamento de multas, sem que, de fato, sejam condenados e cumpram penas em estabelecimentos carcerários. Assim, encarada como contravenção penal, a prática do racismo tem sido estimulada de forma crescente, sem que o Estado, detentor de uma máquina policial-judiciária extremamente lenta e ineficiente venha a punir os culpados.

A Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, que caracteriza a prática do racismo como contravenção penal, cumpriu à sua época e tempo, o papel de acautelar e diminuir o cometimento odiando do racismo. Torna-se imperiosa, porém, uma caracterização mais realista de combate ao racismo, configurando-o como crime assim definido em lei.

Com a prática de racismo tornando-se crime, e com penas que possam ser sentidas no seu cumprimento, será possível que o Brasil saia do bloco de países discriminadores (embora tenha vergonha de admitir a existência desse tipo de discriminação em seu território), porque é cometido nas caladas da noite ou, sorrateiramente, nos balcões de lojas, hotéis ou logradouros públicos.⁸

⁸ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1154198&filename=Dossie+-PL+668/19>88. Acesso em: 30.11.2020.



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

A Lei 7.716/1989 tipificou como crime diversas condutas resultantes de preconceito de raça ou de cor, cominando a todas elas penas privativas de liberdade de reclusão, com patamares distintos para cada conduta tipificada, fixados entre 1 a 3 anos (arts. 5º, 8º, 9º, 10, 11, 12), 2 a 4 anos (arts. 13 e 14), 2 a 5 anos (arts. 3º e 4º) e 3 a 5 anos (arts. 6º e 7º).

Percebe-se, assim, que a Lei 7.716/1989, editada três meses após a promulgação da Constituição Federal, direcionou-se a concretizar o mandamento de criminalização estabelecido no art. 5º, XLII, da Carta de 1988, tanto por haver tipificado como crime a prática de racismo, quanto por ter cominado penas privativas de liberdade de reclusão em patamares sujeitos a imposição de regime de cumprimento inicial fechado.

Novos tipos penais foram posteriormente incluídos na Lei 7.716/1989 pelas Leis 8.081/1990, 8.882/1994, 9.459/1997, 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial) e 12.735/2012, de modo que novas condutas passaram a ser consideradas como crimes de racismo, definidos na legislação como “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (art. 1º da Lei 7.716/1989, com redação dada pela Lei 9.459/1997).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Quase todas as alterações e acréscimos efetivados na Lei 7.716/1989 impuseram, para cada nova conduta tipificada, penas privativas de liberdade de reclusão em patamares equivalentes aos previstos na redação original do diploma, ressalvado o ora questionado art. 4º, § 2º, oriundo da Lei 12.288/2010, que fixou somente as penas de multa e de prestação de serviços à comunidade a quem, *“em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências”*.

Impende ressaltar que a conduta tipificada como crime no art. 4º, § 2º, da Lei 7.716/1989 foi criminalizada pelo Estatuto da Igualdade Racial, em 20.7.2010. Sua edição deu-se após a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH reconhecer, em 21.10.2006, o Estado brasileiro como responsável pela violação a direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, por haver deixado de efetivar a persecução criminal de conduta tida por racista praticada em prejuízo de Simone André Diniz, a qual, ao candidatar-se a vaga de emprego anunciada no jornal Folha de São Paulo com os dizeres *“doméstica. Lar. P/ morar no empr. C/ exp. Toda rotina, cuidar de crianças, c/docum. E ref.; Pref. Branca, s/filhos, solteira, maior de 21a. Gisele”* (grifo nosso), foi informada que não preenchia os requisitos exigidos para o cargo, após, indagada sobre a cor de sua pele, afirmar ser negra.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

No contexto fático apurado pela CIDH, conquanto tenham sido empreendidas diligências investigatórias direcionadas a apurar os aludidos fatos, o Ministério Público promoveu o arquivamento do inquérito correspondente sob o entendimento de que não teria sido praticada qualquer conduta passível de constituir crime de racismo, em decisão confirmada pelo juiz competente.

Concluiu a CIDH que *“a investigação efetuada para apurar o crime de racismo (...) não foi adequada e eficaz, uma vez que não foi aberta a ação penal para julgar a responsável pelo ilícito, tampouco foram impostas sanções pertinentes, como determina a lei 7716/89”*. Em decorrência, expediu diversas recomendações ao Estado brasileiro, entre as quais a de *“realizar as modificações legislativas e administrativas necessárias para que a legislação antirracismo seja efetiva”*.⁹

Os acréscimos realizados pelo Estatuto da Igualdade Racial na Lei 7.716/1989, especialmente a inclusão do § 2º ao art. 4º, são compreendidos como medidas adotadas pelo Estado brasileiro em decorrência do relatório expedido pela CIDH no Caso 12.001 (Simone André Diniz *versus* Brasil), dirigidas ao aperfeiçoamento da legislação voltada ao combate ao racismo.

9 Cf. Relatório 66/06 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm#_ftn1. Acesso em: 1º.10.2021.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Contudo, não obstante a tentativa de aperfeiçoamento da legislação direcionada ao combate ao racismo, ao deixar de cominar pena privativa de liberdade de reclusão para a conduta tipificada no art. 4º, § 2º, da Lei 7.716/1989, o Congresso Nacional terminou por incorrer em omissão parcial inconstitucional, dado que não tornou plenamente efetivo o mandamento de criminalização estatuído no art. 5º, XLII, da Constituição Federal.

4. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL

A Lei 12.288/2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, promoveu os seguintes acréscimos na Lei 7.716/1989:

(i) incluiu parágrafo único no art. 3º do diploma, para criar figura equiparada ao tipo penal constante do *caput* do dispositivo. Enquanto o *caput* prevê como crime *“impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos”*, cominando a pena de reclusão de dois a cinco anos, o parágrafo único, acrescido pelo Estatuto da Igualdade Racial, passou a prever que *“incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstar a promoção funcional”*; e



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

(ii) inseriu dois parágrafos no art. 4º da lei, cujo *caput* tipifica como crime a conduta de “negar ou obstar emprego em empresa privada”, prescrevendo pena de dois a cinco anos de reclusão.

No § 1º do art. 4º da Lei 7.716/1989 foram criadas três figuras equiparadas ao tipo penal previsto no *caput*, estabelecendo que “*incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica: I – deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores; II – impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional; III – proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário*”.

Já no § 2º do art. 4º, sujeitou-se “às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências”.

Nota-se que os acréscimos promovidos pelo Estatuto da Igualdade Racial na Lei 7.716/1989 direcionaram-se à repressão criminal de condutas discriminatórias e preconceituosas praticadas em contexto laboral, tanto na



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

vigência da relação jurídico-administrativa mantida entre a administração pública e seus servidores (parágrafo único do art. 3º) e durante o curso de vínculo empregatício mantido com trabalhadores (§ 1º do art. 4º), quanto em momento prévio à contratação, na divulgação de oportunidades de emprego em anúncios ou outras formas de recrutamento de trabalhadores (§ 2º do art. 4º).

Para as primeiras condutas, impôs o Estatuto da Igualdade Racial pena abstrata de 2 a 5 anos de reclusão e, para a última, previu unicamente as penas de multa e de prestação de serviços à comunidade.

Sendo o bem jurídico protegido por todas as disposições da Lei 7.716/1989 o direito fundamental à não discriminação e havendo similitude do grau de reprovabilidade das condutas nela tipificadas como crime, inexistente fundamento razoável ou justificável para a cominação tão somente das penas de multa e prestação de serviços à comunidade à prática da conduta descrita no art. 4º, § 2º, do diploma, sobretudo em face da determinação expressa do art. 5º, XLII, da Carta da República, o qual exige que o racismo seja tipificado como crime sujeito a pena de reclusão.



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

Verifica-se, de plano, que o art. 4º, § 2º, da Lei 7.716/1989, inserido pelo Estatuto da Igualdade Racial, é o único tipo penal de racismo previsto no diploma ao qual não é cominada pena de reclusão.

Se, por um lado, o legislador federal observou de forma parcial o art. 5º, XLII, da Constituição Federal, ao tipificar, no art. 4º, § 2º, da Lei 7.716/1989, como crime de racismo a conduta de *“quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências”*; por outro, terminou por não concretizar plenamente referido dispositivo constitucional, ao cominar àquele tipo unicamente as penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, quando a norma constitucional é clara ao exigir a punição de racismo com pena de reclusão.

Decorridos mais de 10 anos desde a edição do Estatuto da Igualdade Racial, configura-se a omissão parcial do Congresso Nacional em tornar plenamente efetivo o art. 5º, XLII, da Constituição Federal.

Como reforço argumentativo, compreende-se que a não sujeição do crime de racismo previsto no art. 4º, § 2º, da Lei 7.716/1989 a pena de reclusão também ofende o princípio da proporcionalidade em sua acepção positiva, da qual deriva a vedação à proteção insuficiente, que impõe ao Estado (no



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

particular, ao Poder Legislativo) o dever de tutelar de maneira ótima os direitos fundamentais.

Sobre tal princípio, discorreu o Ministro Roberto Barroso em voto proferido no RE 878.694/MG, salientando que *“o Estado também viola a Constituição (...) quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes”*:

O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação do excesso, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia nesse caso é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais.

(RE 878.694/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 6.2.2018.)

O Ministro Gilmar Mendes, com base na doutrina e jurisprudência constitucional alemãs, também tratou da proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais no julgamento do HC 102.087/MG, em que foi relator para o acórdão:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (...) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

(HC 102.087/MG, Rel. Min. Celso de Mello, Red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 159, de 14.8.2012) – Grifo nosso.

Ao não cominar pena privativa de liberdade de reclusão à prática da conduta tipificada como crime de racismo no art. 4º, § 2º, da Lei 7.716/1989, o legislador federal promove redução arbitrária e injustificada do nível de proteção do direito fundamental à não discriminação exigido constitucionalmente, infringindo o princípio da proporcionalidade, derivado do postulado do devido processo legal previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, em sua dimensão substantiva.



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

Encontra-se, de todo modo, configurada a omissão parcial inconstitucional do Congresso Nacional em tornar plenamente efetivo o art. 5º, XLII, da Constituição Federal.

No que concerne à fixação de prazo para adoção de providências necessárias à edição de lei, desde o julgamento da ADI 2.061/DF (Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 29.6.2001), entendia a jurisprudência da Corte que os 30 dias previstos no art. 103, § 2º, da CF somente se aplicavam a atribuições administrativas do chefe do Executivo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC Nº 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998).

Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, a, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC nº 19/98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, in fine, que pretê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação.

Ocorre, por outro lado, que “a Constituição não pode se submeter à vontade dos Poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e liberdades não serão jamais ofendidos” (ADI-MC 293/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16.4.1993).

Com base nessa compreensão, a jurisprudência posterior do Supremo Tribunal Federal tem flexibilizado o entendimento de que a decisão em ADO deva se limitar a constatar a inconstitucionalidade da omissão, passando a admitir fixação de prazo para providências necessárias ao cumprimento dos deveres impostos pela norma mais importante do país, a Constituição Federal. Nesse sentido, colhe-se trecho da ementa da mencionada ADI 3.682/MT:

(...) A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal.

*4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um **parâmetro temporal razoável**, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n^{os} 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais*



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

continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (Grifos nossos.)

Dado o caráter obrigatório da sujeição da prática do crime de racismo a pena de reclusão, é cabível estabelecer prazo razoável ao Congresso Nacional para que delibere e aprove lei federal que comine pena de reclusão à conduta tipificada no art. 4º, § 2º, da Lei 7.716/1989, a fim de tornar plenamente efetivo o art. 5º, XLII, da Constituição Federal. Tal prazo não se confunde com o do art. 103, § 2º, da Lei Maior e do art. 12-H, § 1º, da Lei 9.868/1999, mas respeita as garantias constitucionais mencionadas.

Por esse motivo, incumbe a essa Corte Suprema declarar a omissão parcial inconstitucional na edição de lei federal que comine pena de reclusão ao tipo penal de racismo previsto no art. 4º, § 2º, da Lei 7.716/1989, fixando, por conseguinte, prazo razoável para que o Congresso Nacional supra a omissão parcial.

Por fim, compreende-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente o pedido formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade por omissão, contribuirá para o aperfeiçoamento da interpretação da legislação antirracismo do Brasil, empreendendo esforços para que não se repitam novos casos de proteção deficiente do direito fundamental à não



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

discriminação, como o Caso 12.001 (Simone André Diniz *versus* Brasil) analisado pela CIDH.

5. PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Em face do exposto, requer o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA que se colham informações do Congresso Nacional e que se ouça a Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 12-E, § 2º, da Lei 9.868/1999. Superadas essas fases, pede prazo para a manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Ao final, postula que seja julgado procedente o pedido, para (i) declarar a omissão parcial inconstitucional na edição de lei federal que comine pena de reclusão ao tipo penal de racismo previsto no art. 4º, § 2º, da Lei 7.716/1989; e (ii) fixar prazo razoável para que o Congresso Nacional supra a omissão.

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República
Assinado digitalmente

VF