



A tentação de punir além da lei

A história do Direito Penal é, em larga medida, a história da contenção do poder punitivo. Entre avanços civilizatórios e recaídas autoritárias, consolidou-se uma premissa elementar: por mais repugnante que seja a conduta, a resposta estatal deve permanecer estritamente vinculada à lei. É justamente nos casos mais difíceis, mais sensíveis e moralmente perturbadores que o compromisso com a legalidade revela sua verdadeira importância.

O recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no RHC 219.028/SP, insere-se nesse cenário delicado. Tratava-se de imputação fundada no artigo 20 da Lei 7.716/1989, envolvendo a prática e incitação à discriminação religiosa contra comunidades islâmicas. Diante da gravidade dos fatos, o Ministério Público recusou a proposta de suspensão condicional do processo, decisão posteriormente chancelada pelo Judiciário sob o argumento de que, à luz da Constituição e de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, não seria admissível a incidência de institutos despenalizadores em crimes dessa natureza.

Não há qualquer dúvida quanto à extrema gravidade do racismo e da intolerância religiosa. Trata-se de práticas que historicamente estruturaram formas de dominação, exclusão e violência, exigindo resposta firme do Estado. A Constituição de 1988 não apenas repudia tais condutas, como as eleva à condição de ilícitos especialmente reprováveis, ao prever o racismo como crime inafiançável e imprescritível. O combate a essas práticas não é apenas legítimo, mas necessário.

O problema, contudo, não reside na finalidade perseguida, mas nos meios empregados.

O acórdão em questão avança para além do que o ordenamento jurídico permite ao afastar a aplicação da suspensão condicional do processo com base em fundamentos que, embora revestidos de densidade axiológica, carecem de suporte legal específico. A decisão opera uma ampliação interpretativa a partir de precedente do Supremo Tribunal Federal que tratou exclusivamente da inaplicabilidade do acordo de não persecução penal em crimes raciais, transpondo essa lógica para um instituto diverso, sem previsão legislativa nesse sentido.

Mas há um ponto ainda mais sensível — e raramente enfrentado com a devida franqueza: sequer a própria vedação do acordo de não persecução penal em crimes de racismo encontra respaldo legal expresso.

O artigo 28-A do Código de Processo Penal, ao disciplinar o ANPP, estabelece critérios objetivos e negativos claros: crimes com violência ou grave ameaça, reincidência específica, entre outros. Em nenhum momento o legislador excluiu, de forma categórica, os crimes previstos na Lei 7.716/1989 do âmbito de incidência do instituto. Ao contrário, ao fixar como critério central a pena mínima inferior a quatro anos e a ausência de violência ou grave ameaça, o legislador realizou uma opção de política criminal baseada em parâmetros objetivos, e não em juízos abstratos de valor.

Essa constatação é decisiva.

A política criminal contemporânea, especialmente após a Lei 13.964/2019, adotou uma expansão controlada dos mecanismos de justiça penal consensual. O legislador avaliou, de forma consciente, quais hipóteses deveriam admitir soluções negociadas e quais deveriam ser excluídas. Essa escolha se materializa na própria arquitetura normativa dos institutos despenalizadores, que trazem requisitos positivos e hipóteses de vedação expressas.

Spacca

Quando o intérprete passa a criar novas hipóteses de exclusão com base em fundamentos genéricos, ainda que moralmente nobres e utilitariamente valiosos, não se está apenas interpretando a lei, mas substituindo a política criminal democraticamente estabelecida por outra, de cunho jurisdicional.

No caso do ANPP, a exclusão de crimes de racismo foi construída a partir de uma leitura constitucional orientada pela ideia de proteção reforçada de determinados bens jurídicos. Trata-se de raciocínio compreensível sob o ponto de vista axiológico, mas problemático sob a ótica da legalidade estrita – elemento fundante do Direito Penal moderno desde 1764 em obra clássica dos primeiros anos escolares da graduação em Direito com Cesare Beccaria. A Constituição, ao qualificar o racismo como crime inafiançável e imprescritível, não vedou a incidência de mecanismos negociais ou despenalizadores. Tampouco o fez o legislador infraconstitucional.

A transposição desse entendimento para a suspensão condicional do processo agrava ainda mais o problema.

A suspensão condicional do processo encontra disciplina expressa no artigo 89 da Lei 9.099/1995, com critérios objetivos definidos pelo legislador. Se o tipo penal imputado apresenta pena mínima compatível com o instituto, a sua exclusão não pode decorrer de juízo abstrato de gravidade, tampouco de construção jurisprudencial baseada em analogias prejudiciais ao acusado. A analogia *in malam partem*, em matéria penal e processual penal, permanece vedada como corolário do princípio da legalidade estrita.

A invocação de categorias como “mandados de criminalização” e “proibição de proteção insuficiente”, embora relevantes no plano da teoria constitucional, não autoriza a supressão de garantias processuais previstas em lei. Tais conceitos não podem ser manejados como cláusulas abertas capazes de expandir o poder punitivo à revelia do legislador. Do contrário, corre-se o risco de transformar princípios em instrumentos de erosão das próprias bases do direito penal garantista.

A distinção entre o acordo de não persecução penal e a suspensão condicional do processo, ademais, não é meramente formal. Trata-se de institutos com estruturas, pressupostos e impactos distintos. A transposição automática de entendimentos de um para outro revela um raciocínio que, sob o pretexto de coerência sistêmica, acaba por suprimir diferenciações relevantes estabelecidas pelo próprio ordenamento.

Mais grave ainda é o efeito institucional dessa construção

Ao afastar, na prática, a incidência de institutos legalmente previstos sem que haja alteração legislativa correspondente, o Judiciário assume papel que não lhe compete. A definição sobre quais infrações admitem ou não mecanismos despenalizadores insere-se no âmbito da política criminal, cuja titularidade pertence ao Poder Legislativo. Quando o intérprete substitui o legislador, ainda que movido por intenções legítimas, rompe-se o equilíbrio entre os poderes e instala-se um cenário de insegurança jurídica.

A seletividade potencial desse tipo de decisão também não pode ser ignorada. A depender do bem jurídico tutelado ou da carga simbólica atribuída a determinadas infrações, abre-se espaço para um direito penal fragmentado, no qual garantias são aplicadas de forma desigual. O risco não está apenas no caso concreto, mas na lógica que se projeta para o futuro.

O enfrentamento ao racismo e à intolerância religiosa, como no caso em concreto, passa pela seriedade, firmeza e compromisso institucional. Não se pode, no entanto, renunciar às regras do jogo democrático e, principalmente, da interpretação restritiva e legalista que demanda o Direito Penal. Não se *combate* — se é que se pode falar no termo *combate* por parte do Poder Judiciário — discriminação com arbitrariedade, nem se fortalece a dignidade humana à custa da erosão das garantias que estruturam o Estado de Direito.

Se o legislador entender que determinados crimes não devem admitir institutos despenalizadores, cabe-lhe promover as alterações necessárias, seja por meio da modificação das penas cominadas, seja pela exclusão expressa desses mecanismos — como se deu no âmbito da violência doméstica, por exemplo. Enquanto isso não ocorrer, a lei vigente deve ser aplicada em sua integralidade, sem atalhos interpretativos que ampliem o poder punitivo.





A tentação de punir além da lei é compreensível em tempos de indignação moral. Ceder a ela, entretanto, é abdicar de um marco jurídico-civilizatório consistente no afastamento do utilitarismo penal a justificar avanços sobre direitos.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2026-abr-10/a-tentacao-de-punir-alem-da-lei/>