

EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA, *IN DUBIO PRO SOCIETATE* E EXCESSO DE ACUSAÇÃO

GUILHERME DE SÁ MENECHIN

1. INTRODUÇÃO

A titularidade da ação penal pública é a função clássica do Ministério Público, que exerce o papel de acusador nos processos penais. Essa atribuição se orienta com a essência da instituição, cujo objetivo é a tutela dos interesses coletivos, conforme lição de Celso Ribeiro Bastos:

O Ministério Público tem a sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que este remanesceria inerte porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda a coletividade. Mesmo com relação aos indivíduos, é notório o fato de que a ordem jurídica por vezes lhe confere direitos sobre os quais não podem dispor. Surge daí a clara necessidade de um órgão que zele tanto pelos interesses da coletividade quanto pelos dos indivíduos, estes apenas quando indisponíveis. Trata-se, portanto, de instituição voltada ao patrocínio desinteressado de interesses públicos, assim como de privados, quando merecem um especial tratamento do ordenamento jurídico. (Bastos, 1999, p. 417)

Consagrada no art. 129, I, da Constituição da República (CR/1988), a propositura da ação penal está disciplinada no Código de Processo Penal (CPP, arts. 24 a 62) e, a partir dos princípios compilados pela dogmática, ganhou contornos bem definidos no sistema brasileiro.

Diante da prática de uma infração penal, a organização jurídico-institucional vigente em nosso país determina a apuração dos fatos, geralmente desempenhada pela Polícia Judiciária. Reunidas provas de autoria e materialidade, o profissional que corporifica o Ministério Público – Promotor de Justiça ou Procurador da República –, com base no caderno investigatório, deve propor a denúncia contra o indiciado (também denominado suspeito, denunciado ou investigado).

No célebre comentário de Montesquieu, a figura do

vingador público superou as implicações negativas dos delatores existentes no período romano:

Possuímos hoje uma lei admirável: é esta que determina que o príncipe, estabelecido para fazer executar as leis, coloque um oficial em cada tribunal, para perseguir, em seu nome, todos os crimes: de sorte que a função dos delatores não é conhecida entre nós e, se este vingador público fosse suspeito de abusar de seu ministério, obrigá-lo-íamos a nomear seu denunciante. (Montesquieu, 2005, p. 92)

Em nossa atual ordem democrática, o Ministério Público, por intermédio de seus membros, tem o poder-dever de acusar os sujeitos ativos dos crimes com base nas leis constitucionais, penais e processuais penais que disciplinam o exercício da ação penal. Os seus integrantes, selecionados por concurso público e vinculados a um código ético exigente¹, atuam com imparcialidade, independência e unidade.

Todavia, é possível notar, dentre agastadas e peculiares narrativas, um evidente ensaio doutrinário e jurisprudencial para desqualificar o exercício legítimo da ação penal com a pecha de “excesso de acusação”, comumente denominado *overcharging*.

Essa discussão merece a atenção dos estudiosos do processo penal, pois a acusação, formulada com apoio no instrumental probatório preambular, não pode ser confundida nem subsumida pela decisão final do processo. Se a decisão não acolhe totalmente uma denúncia, é porque, na interpretação do órgão julgador, não foram comprovados fatos relacionados à integralidade da acusação, sem que isso possa significar abuso por parte do órgão acusador.

Para enfrentar esse dilema, nesse breve estudo, será empregado o método dogmático, na esteira dos ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli:

¹ Os membros do Ministério Público brasileiro estão entre os mais regrados do mundo, com normas de conduta explícitas na Constituição da República (arts. 37, 127 a 130-A), nas leis orgânicas nacionais e estaduais (Lei n. 8.625/1993, Lei Complementar do Estado de Minas Gerais n. 34/1994) e em resoluções publicadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), além de um cipoal de atos normativos infralegais emitidos pelas corregedorias e conselhos dos diversos ramos ministeriais.

Atualmente o método mais difundido no saber penal é o *dogmático*, a tal ponto que se costuma identificar a “ciência penal” com a “dogmática penal”. A exposição do método dogmático foi mérito do jurista alemão Rudolf von Jhering (1818-1892), surgindo no âmbito do direito privado.

Traduzido numa forma mais sintética, o método dogmático consiste numa análise da letra do texto, em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos em forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria. A denominação de “dogmática”, devida a Jhering, tem um sentido metafórico, porque o intérprete não pode alterar esses elementos, devendo respeitá-los como “dogmas”, tal como lhe são revelados pelo legislador, o que é um princípio básico que deve orientar a tarefa da ciência jurídica: o intérprete não pode alterar o conteúdo da lei. (Zaffaroni e Pierangeli, 2018, p. 156)

Desse modo, serão analisados os princípios da ação penal pública, sua compatibilidade com a denúncia elaborada *in dubio pro societate* e como esse arremate não afeta a desclassificação e aplicação de alternativas penais ao direcionar a questão de fundo para a sentença de mérito.

2. AÇÃO PENAL PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

A ação penal é o instituto jurídico que consubstancia “o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal objetivo. Ou o direito de se pedir ao Estado-Juiz uma decisão sobre um fato penalmente relevante” (Tourinho Filho, 2010, p. 369). Devido às diferenças entre a ação penal pública e a ação penal privada, a doutrina cunhou princípios para cada uma dessas modalidades.

No tocante à ação penal pública, a doutrina enumera seis princípios, a saber: a) legalidade ou obrigatoriedade; b) indisponibilidade; c) intranscendência ou pessoalidade; d) divisibilidade; e) oficialidade, investidura ou autoritariedade; f) oficiosidade.

O princípio da indisponibilidade significa a vedação imposta ao órgão acusador para dispor livremente da ação penal. Conforme Renato Brasileiro de Lima:

Também conhecido como princípio da indesistibilidade, funciona como desdobramento lógico do princípio da obrigatoriedade. Em outras palavras, se o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia, caso visualize a presença das condições da ação penal e a existência de justa causa (princípio da obrigatoriedade), também não pode dispor ou

desistir do processo em curso (indisponibilidade). Enquanto o princípio da obrigatoriedade é aplicável à fase pré-processual, reserva-se o princípio da indisponibilidade para a fase processual.

Como desdobramento do princípio da indisponibilidade da ação penal, o Ministério Público não poderá desistir da ação penal (CPP, art. 42). Por sua vez, segundo o art. 576 do CPP, o Ministério Público não poderá desistir do recurso que haja interposto. Veja-se que o *Parquet* não é obrigado a recorrer, haja vista que os recursos são voluntários (CPP, art. 574, *caput*). Porém, se o fizer, não poderá desistir de recurso que haja interposto. (Lima, 2018, p. 249/250)

Intranscendência alude à impossibilidade de oferecer a denúncia em face de outra pessoa senão aquela que figura como suspeita do delito. Trata-se de desdobramento do princípio da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV, da CR/1988).

Divisibilidade, por outro lado, permite ao órgão acusador separar as ações penais, de modo que, havendo provas suficientes contra um coautor ou partícipe, nada obsta a propositura imediata da denúncia contra este, sem prejuízo do processamento dos demais coautores ou partícipes em outra ação penal. Segundo Mirabete:

Fala-se também no **princípio da divisibilidade**, oposto ao princípio da indivisibilidade da ação privada. Por esse princípio, o processo pode ser desmembrado, o oferecimento da denúncia contra um acusado não exclui a possibilidade de ação penal contra outros, permite-se o aditamento da denúncia com a inclusão de co-réu a qualquer tempo ou a propositura de nova ação penal contra co-autor não incluído em processo já sentenciado etc. (Mirabete, 2003, p. 121, grifo no original).

Oficialidade, autoritariedade ou investidura estabelece que a ação penal pública é atribuição exclusiva do Ministério Público e, assim, “somente os membros do Ministério Público estadual ou federal, devidamente investidos no cargo, é que podem exercê-la através da denúncia” (Lopes Jr., 2016, p. 202).

Oficiosidade simboliza a natureza *ex officio* da atuação das autoridades, isto é, em regra independem de provocação, ressalvada a representação ou requisição exigida na ação penal pública condicionada. Seja como for, uma vez provocada, as autoridades policiais e ministeriais conduzem seus trabalhos oficiosamente.

A despeito da importância desse cabedal jurídico, é o princípio da legalidade ou obrigatoriedade o mais importante para os objetivos deste estudo, pois, em última análise, enfeixa todos os princípios.

De acordo com o entendimento majoritário, o princípio da obrigatoriedade ou legalidade significa que o Ministério Público tem o dever de propor a ação penal sempre que se deparar com indícios de autoria e materialidade de uma infração penal. Em outras palavras, presentes as condições da ação penal e a justa causa, o membro do Ministério Público deve propor a denúncia.

Essa conclusão fundamenta o adágio *in dubio pro societate* na fase inicial da persecução penal, isto é, na dúvida o órgão acusador está obrigado a processar o conjecturado autor do crime.

Depreende-se da legislação que esse princípio não está expresso em um dispositivo específico; porém, é uma decorrência da interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico.

Na lúcida explicitação de José Frederico Marques:

No Direito brasileiro, apesar de não haver texto explícito sobre o assunto, o que se deduz da sistemática legal é que nêle vigora o chamado “princípio da ação penal obrigatória”.

Nos crimes de ação penal pública, a autoridade policial deve proceder à abertura de inquérito, com tôdas as diligências necessárias, tão logo tenha “conhecimento da prática da infração penal” (Cód. de Proc. Penal, art. 6º). Por outro lado, a omissão da comunicação de crime de ação penal pública é ilícito penal, quando alguém dele teve conhecimento “no exercício de função pública”, ou “no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária” (Lei das Contravenções Penais, art. 66). Se a própria *notitia criminis* é obrigatória, em tais situações, como se admitir que deixe de denunciar o promotor que, no exercício de suas funções, recebeu um inquérito policial e pelas de informação sôbre a prática de algum crime? (Marques, 1961, p. 337).

O princípio da obrigatoriedade, contudo, não implica o exercício ilimitado das acusações. É uma outra face da moeda, qual seja, o princípio da legalidade existente no Direito Penal, que delimita explicitamente a atividade dos órgãos persecutórios, que somente podem acusar réus por fatos típicos previstos na legislação penal, vedando-se o emprego, por exemplo, da analogia.

Nelson Hungria destaca a importância de tal princípio na proteção dos direitos individuais, associando-o à sua

feição política:

Princípio da legalidade. A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre *lei* e *direito*. *Sub specie juris*, não existe *crime* “sem lei anterior que o defina, nem *pena* “sem prévia cominação legal”. *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*. A lei penal é, assim, um *sistema fechado*: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser *suprida* pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos “princípios gerais de direito”, ou pelo *costume*. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem *lacunas*. Se estas existem sob o prisma da *política criminal* (ciência pré-jurídica), só uma nova lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las. Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprovação pública, francamente lesivo do *minimum* de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se êsse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, *a parte objecti* e *a parte subjecti*, a uma das *figuras delituosas* anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da *licitude jurídico-penal*. Os Códigos Penais modernos, segundo um conceito aparentemente paradoxal de VON LISZT, são a “*Magna Charta libertatum*” dos delinquentes. O princípio central de quase todos êles é o da *legalidade rígida*: o que em seus textos não se proíbe é penalmente lícito ou indiferente. *Permittitur quod non prohibetur*.

Antes de ser um critério jurídico-penal, o *nullum crimen, nulla poena sine lege* é um princípio político (político-liberal), pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado. Em reação à estatolatria medieval, adotou-o a Revolução Francesa, incluindo-o, em fórmula explícita, entre os *direitos fundamentais* do homem; e somente em retôrno ao ilimitado autoritarismo do Estado pode explicar o seu repúdio nos últimos tempos, como aconteceu na Rússia soviética e na Alemanha de Hitler. ANOSSOW, penalista russo, defendendo a abolição do *nullum crimen sine lege* no Código Penal dos Sovietes, procura apoiá-la no *defensismo* da “escola penal positiva” e argumenta: “o direito não tem a mobilidade da vida, mas não é isso razão para que fatos perigosos fiquem impunes por falta de um adequado artigo no Código Penal”. [...] (Hungria, 1955, 11/12, grifos no original).

De fato, o princípio da legalidade² corresponde perfeitamente ao exame conjunto das normas penais e processuais penais brasileiras, sendo correlacionado ao *in dubio pro societate* no oferecimento da denúncia e constituindo, ao mesmo tempo, um poder-dever e uma limitação aos membros do Ministério Público.

3. A TESE DO EXCESSO DE ACUSAÇÃO

Na visão dos autores que adotam essa terminologia, o excesso de acusação ocorre quando o acusador qualifica exacerbadamente os fatos ou imputações criminosas na propositura da ação penal. Essa prática, conhecida como *overcharging* no sistema norte-americano, pode acontecer de forma horizontal, quando são imputados fatos típicos adicionais não suportados pelo conjunto probatório, ou vertical, quando o fato é qualificado supostamente de forma mais grave.

Segundo Mathaus Agacci, em artigo disponibilizado no site *Conjur*:

Em terras tupiniquins, mormente no âmbito da operação lava jato, percebemos o início de possível uso do *overcharging* para forçar o acusado a formalizar acordos de delação premiada – verificável, sobretudo, pelo vazamento de mensagens trocadas entre Procuradores da República e o, na época, Juiz Federal Sérgio Moro, realizado pelo site *The Intercept Brasil* – mesmo quando não se tem indícios suficientes de autoria e/ou a prova da materialidade.

Exemplo disso é a – indevida – dupla imputação pelo crime de corrupção e lavagem de dinheiro ao agente público, tema muitíssimo bem explanado em artigo publicado aqui no CONJUR pelo professor Pierpaolo Cruz Bottini; Devassas na vida íntima de familiares de alvos da operação lava jato, durante investigações frívolas. (Agacci, 2019).

Sem adentrar no mérito da sobredita operação, a ideia de *overcharging* não é estranha ao direito brasileiro, pois o próprio CPP possui disposições que apresentam regras para situações similares, mas sem importação de léxico estrangeiro que pode mais confundir do que esclarecer. O art. 419 do CPP permite ao julgador desclassificar a infração penal imputada na denúncia e situa as consequências dessa decisão. Para ilustrar, se o

acusado for denunciado por homicídio (art. 121 do Código Penal – CP) e, após a instrução probatória, o julgador convencer-se de que houve lesão corporal seguida de morte (art. 129, §3º, do CP), remeterá os autos a juiz competente.

A mesma *ratio* se aplica na absolvição de algum dos crimes capitulados na denúncia ou no decote de qualificadoras, seja em processo de competência do Tribunal do Júri, seja em processo da competência de outros órgãos jurisdicionais. Desse modo, não se pode afirmar que inexistente resposta normativa adequada no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Tal discussão granjeia mais importância na medida em que o legislador positiva novas alternativas penais, como o acordo de não persecução penal (ANPP), conforme dispõe o art. 28-A do CPP. Um dos requisitos da ANPP é que o crime perpetrado tenha pena mínima inferior a 4 anos e, assim, a indicação dos fatos e do tipo penal correspondente na denúncia é fundamental para saber se o acusado faz jus ou não ao referido benefício.

Perante essas considerações, eis as perguntas a serem respondidas: o exercício da ação penal pode ser limitado por alegações de *overcharging*? O magistrado deve, automaticamente, remeter os autos ao órgão de revisão ministerial na hipótese de alegação de *overcharging* que implique óbice ao oferecimento de alternativas penais?

4. AÇÃO PENAL PÚBLICA, ABUSO DE DIREITO DE DEFESA E IN DUBIO PRO SOCIETATE

O primeiro problema a ser enfrentado é desmistificar a expressão *overcharging* (“excesso de acusação”). Certos termos assimilam ilusões linguísticas e, para evitar interpretações farisaicas, faz-se necessário relacioná-los contextualmente. O filósofo Ludwig Wittgenstein identificou claramente a existência dessas roupagens na linguagem, que frequentemente disfarçam o pensamento:

A linguagem é um traje que disfarça o pensamento. E, na verdade, de um modo tal que não se pode inferir, da forma exterior do traje, a forma do pensamento trajado; isso porque a forma exterior do traje foi

² A doutrina costuma indicar a transação penal e o ANPP como exceções ao princípio da legalidade ou da obrigatoriedade. Contudo, essas alternativas penais figuram melhor como mitigações do princípio, pois são rigidamente regulados na Lei n. 9.099/1995 e no CPP. Trata-se de tema polêmico, cujo exame extrapolaria os estreitos limites deste artigo, mas, a rigor, a obrigatoriedade em face da preexistência de justa causa criminal desloca-se da oferta da denúncia à prévia tentativa de composição que, se não for alcançada, torna-se obrigatoriedade de ação penal. Em síntese, a obrigatoriedade da persecução penal permanece, seja por meio da composição penal, seja por meio da denúncia.

construída segundo fins inteiramente diferentes de tornar reconhecível a forma do corpo. (Wittgenstein, 1994, 4.002).

Contrapondo-se à aludida expressão o contexto processual brasileiro, ressalta-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública impõe ao órgão ministerial o dever de propor a petição inicial acusatória ao deparar-se com a justa causa para o seu exercício. A denúncia “conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”, nos termos do art. 41 do CPP.

Assim, havendo no inquérito policial ou outro instrumental investigativo (justa causa), indícios de qualificadoras, concurso de crimes e causas de aumento de pena, ainda que não relatados pela autoridade policial, o *Parquet* tem o poder-dever de incluir essas circunstâncias na exordial, associando-se estruturalmente o princípio da obrigatoriedade ao postulado *in dubio pro societate* no oferecimento da denúncia.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) assinalou em múltiplos julgados a incidência do princípio *in dubio pro societate* no ato de recebimento da denúncia, conforme ilustrado pela ementa do acórdão abaixo transcrito:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. ESTELIONATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SÚMULA 24/STF. NÃO INCIDÊNCIA. PARECER ACOLHIDO. 1. A propositura da ação penal pressupõe a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade dos delitos de estelionato e de estelionato previdenciário, os quais foram devidamente sopesados pela instância ordinária quando da denegação da ordem, pois, nessa fase, prevalece o princípio *in dubio pro societate*, sobretudo porque, para o recebimento da peça acusatória, não se exige prova cabal de todas as afirmações de fato e de direito tecidas na denúncia, pois é suficiente a sua verossimilhança, desde que bem assentada no acervo de elementos cognitivos que subsidiam a acusação (AgRg no RHC n. 130.466/RJ, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 15/12/2020). 2. O trancamento da ação penal, na via estreita do habeas corpus, somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de

autoria ou de prova da materialidade do delito (AgRg no RHC n. 120.936/RN, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 25/6/2020). 3. A parte agravante não reuniu elementos suficientes para infirmar o decisum agravado, o que autoriza a sua manutenção. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC n. 155.733/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 25/2/2022.)

Logicamente, se o ato de recebimento da denúncia observa o *in dubio pro societate*, é de se estender essa conclusão ao oferecimento da denúncia, pois não faria sentido o julgador vincular-se a um princípio em teoria mais severo ao réu do que a atuação do órgão acusador.

Nessas condições, se o acusado não atender aos requisitos das alternativas penais (transação penal, suspensão condicional do processo, ANPP), o Ministério Público propõe a denúncia e deve recusar o oferecimento dos referidos benefícios, mediante justificativa apresentada na cota ministerial que acompanha a exordial acusatória.

A defesa tem ampla margem para questionar a descrição e capitulação dos fatos feita na denúncia, visando o reexame do cabimento dos referidos benefícios penais. Contudo, a despeito da lacuna no CPP, não deve o magistrado agir de forma automática, remetendo o feito à instância revisora ministerial com base no simples pedido defensivo. É mais prudente aguardar a instrução processual e definir na sentença a adequação típica.

Essa conclusão decorre de quatro fatores entrelaçados: 1º) a aceitação automática do pleito revisional provocará delongas processuais inadmissíveis; 2º) o pedido exercido na fase postulatória do processo pode configurar abuso de direito processual; 3º) antes da instrução probatória o magistrado não pode adotar um posicionamento sobre os fatos que acarrete pré-julgamento³; 4º) o princípio *in dubio pro societate* deve incidir no exame da defesa apresentada pelo acusado, assim como ocorre no ato de recebimento da denúncia.

De todos esses fundamentos, sobressai a vedação ao abuso de direito processual, derivado de uma integração descomedida das eventuais deficiências de regras explícitas no CPP.

Imagine-se uma denúncia de homicídio com provas

3 Sobre pré-julgamento no exame preambular da imputação: “[...] Mais: feita a imputação, seja pelo Ministério Público, seja pelo particular, o réu deve manifestar-se não só sobre a existência do fato, mas da adequação desse fato a uma norma penal. Os órgãos acusatórios não detêm o poder ou a prerrogativa de escolher a definição jurídica do fato. Essa missão constitucionalmente atribuída ao Judiciário; por isso a defesa há de voltar-se para o ordenamento jurídico, e não para a escolha, eventualmente malsucedida, feita pelo responsável pela acusação. Por último: a hipótese representaria fracionamento temporal da sentença, na medida em que já anunciaria, em boa medida, o convencimento judicial.” (Oliveira, 2009, p. 527/528).

robustas de autoria e materialidade. Na defesa prévia – resposta escrita à acusação, vide arts. 406 e 409 do CPP –, o advogado alega *overcharging*, sustentando que teria ocorrido um furto simples e postula a remessa do feito ao Procurador-Geral de Justiça para avaliar o cabimento de uma ANPP. O acolhimento do pedido importará na esdrúxula suspensão do processo até o exame do pedido *interna corporis* na instituição ministerial, a despeito de sua total carência de fundamento.

O legislador não introduziu a ANPP com a finalidade de criar morosidade processual e tampouco para gerar anfibologias desnecessárias ou impunidade, mas para a realização de uma justiça penal menos interventiva, limitando a aplicação da pena privativa de liberdade aos delitos mais graves. Nesse sentido, é pertinente relembrar a obra de Beccaria:

Quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais de perto acompanhar o crime, tanto mais justa e útil será. Mais justa, porque evitará ao acusado os cruéis tormentos da dúvida, tormentos supérfluos, cujo horror para ele aumenta na razão da força de imaginação e sentimento de debilidade. (Beccaria, 2009, 61/62).

Vale dizer que o direito deve ser interpretado racionalmente, evitando-se consequências paradoxais. Carlos Maximiano ressalta que à ciência jurídica repugna conclusões exegéticas absurdas e que resultem contrárias ao fim colimado pela norma:

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um *absurdo*, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que tome aquele sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.

Revela acrescentar o seguinte: “É tão defectivo o sentido que deixa ficar sem efeito (a lei), como o que não faz produzir efeito senão em hipóteses tão gratuitas que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para preveni-las”. Portanto a exegese há de ser de tal modo conduzida que explique o texto como não contendo superfluidades, e não resulte um sentido contraditório com o fim colimado ou o caráter do autor, nem conducente a *conclusão física ou moralmente impossível*. (Maximiliano, 1988, P. 136).

Em harmonia com os argumentos acima expostos, a jurisprudência nacional repele o abuso de direito em todas as esferas normativas. O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 contém dispositivos expressos sobre o assunto (arts. 5º, 77 e 80) e, no processo penal, a jurisprudência consolidou entendimentos que situaram limites ao exercício de direitos processuais.

A doutrina destaca o princípio da lealdade ou da boa-fé processual, que veda a utilização de estratégias desonestas para provocar nulidades e depois argui-las. Segundo Renato Brasileiro de Lima:

Nenhuma das partes pode arguir nulidade a que haja dado causa, ou para a qual tenha concorrido (CPP, art. 565, 1ª parte). Apesar do silêncio da lei, entende-se que tal vedação alcança não apenas as hipóteses em que estiver comprovada a má-fé, ou seja, o dolo da parte em produzir a nulidade para, posteriormente, dela se beneficiar, como também aquelas situações em que a parte laborou com culpa (v.g., negligência processual). (LIMA, 2018, p. 1619)

Na mesma linha, o STJ reconheceu a inadmissibilidade da “nulidade de algibeira”:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INTEMPESTIVIDADE AFASTADA. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES NA ORIGEM. EMENDA À INICIAL PARA JUNTADA DO COMPROVANTE DE ENTREGA DA MERCADORIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA MANIFESTAÇÃO SOBRE DOCUMENTOS. SUSCITAÇÃO TARDIA. PRECLUSÃO. NULIDADE DE ALGIBEIRA. AGRAVO INTERNO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Segundo entendimento desta Corte, a ausência de intimação deve ser alegada na primeira oportunidade que a parte interessada tiver de se manifestar nos autos. A suscitação tardia da nulidade, somente após a ciência de resultado de mérito desfavorável, configura a chamada nulidade de algibeira, manobra processual que não se coaduna com a boa-fé processual e que é rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça. 2. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, ainda que apresentados embargos do devedor, cumpre ao magistrado determinar a emenda da inicial, permitindo ao exequente a juntada do comprovante da entrega da mercadoria. Precedentes. 3. Agravo interno provido para conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial. (AgInt no AREsp n. 1.734.523/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/8/2021, DJe de 16/9/2021.)

Entretanto, pode-se objetar que o “excesso de acusação” operaria em prejuízo ao acusado, que estaria impossibilitado de usufruir de uma ANPP. Porém, essa alegação não procede, pois o sistema penal brasileiro confere tratamento jurídico apropriado a esse dilema.

Na eventualidade do magistrado, após a instrução processual, decidir condenar o acusado em delito menos grave, qualificando a conduta do acusado em tipo penal que torna admissível, v.g., a ANPP, caberá ao juízo competente remeter os autos do Ministério Público para

avaliar o cabimento do benefício penal. Obviamente, no julgamento do mérito, é que o magistrado deverá orientar-se pelo princípio *in dubio pro reo*.

Dessa maneira, mantém-se a acusação indene até a prolação da sentença e, mesmo assim, não há impossibilidade ou prejuízo para a oferta da ANPP ao final do processo. A respeito, o STJ decidiu recentemente:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. TEXTO LEGAL. CARGA HERMENÊUTICA POLISSÊMICA. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. DEDICAÇÃO CRIMINOSA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. LAPSO TEMPORAL EXÍGUO PARA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. OCUPAÇÃO LÍCITA COMPROVADA. REQUISITOS DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). DESCRIÇÃO DOS FATOS NA DENÚNCIA. DESNECESSIDADE. EXCESSO DE ACUSAÇÃO (OVERCHARGING) NÃO DEVE PREJUDICAR O ACUSADO. REQUISITOS PARA PROPOSTA DO ANPP ATENDIDOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, os requisitos para a aplicação do tráfico privilegiado devem ser observados de forma cumulativa. 2. O princípio *in dubio pro reo* exige interpretação favorável ao acusado em casos de texto polissêmico. O legislador deveria especificar no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 se pretendesse incluir pequenos traficantes, como no caso em questão, que lidam com quantidades reduzidas de drogas em comparação às grandes organizações criminosas. O ônus hermenêutico de delimitar situações desfavoráveis ao acusado é do legislador. 3. O tráfico privilegiado busca tratar de forma adequada os não envolvidos em atividades ilícitas e organizações criminosas de grande porte. O período de três meses no tráfico não indica dedicação significativa e duradoura ao crime. A ocupação lícita como radiologista pelo paciente demonstra falta de total dedicação à venda de entorpecentes. 4. Considerando o caráter aberto e vago do conceito de "dedicação às atividades criminosas", impõe-se uma interpretação restritiva, a fim de assegurar a aplicação efetiva do tráfico privilegiado nos casos em que haja uma incompatibilidade entre a conduta do agente e a penalidade prevista para o tráfico comum. 5. A quantidade ou a natureza da substância entorpecente podem fundamentar o afastamento da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, desde que evidenciem a efetiva dedicação do réu à atividade criminosa. No presente caso, não ficou comprovada tal dedicação do paciente. 6. No precedente do AgRg no REsp 2.016.905/SP, a Quinta Turma do STJ estabeleceu que, em casos de alteração do enquadramento jurídico ou desclassificação do delito, é possível aplicar o ANPP, desde que preenchidos os requisitos legais. Esse precedente reconheceu a aplicação adaptada da Súmula 337/STJ, que prevê

ser cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e procedência parcial da pretensão punitiva. Portanto, se houver a desclassificação da imputação para outra infração que admite benefícios despenalizadores do art. 89, caput, da Lei 9.099/1995, os autos do processo devem retornar à instância de origem para aplicação desses institutos. 7. A situação dos autos segue o mesmo raciocínio, uma vez que foi constatado um equívoco na descrição dos fatos narrados para a imputação do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas) ao acusado. Isto posto, é necessário que o processo retorne à sua origem para avaliar a possibilidade de propositura do ANPP, independentemente das consequências jurídicas da aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (tráfico privilegiado) na dosimetria da pena, ou seja, para reduzir a pena. 8. Uma vez reconhecida a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, os patamares abstratos de pena estabelecidos na lei situam-se dentro do limite de 4 anos para a pena mínima, previsto no art. 28-A do CPP. Além disso, com a aplicação da minorante neste STJ, o acusado tem direito ao ANPP, mesmo se o Parquet tiver descrito os fatos na denúncia de maneira imperfeita, pois o excesso de acusação (*overcharging*) não deve prejudicar o acusado. 9. No caso dos autos estão presentes os requisitos para proposta do ANPP, quais sejam: 1) confissão formal e circunstanciada; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) necessidade e suficiente para reprovação e prevenção do crime. 10. Habeas corpus não conhecido, porém concedida a ordem de ofício, a fim de aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e determinar a remessa dos autos ao juízo criminal para proceder a intimação do Ministério Público, com vistas a avaliar a proposta de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). (HC n. 822.947/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023.)

Conclui-se que o exame do julgador, ao abalizar ocasional alegação de *overcharging*, precisa pautar-se pela regra de manutenção da inteireza da acusação até o julgamento do mérito, de maneira análoga à súmula 64 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes."

Assim, apenas na rara hipótese de absoluta, teratológica e evidente dissociação dos fatos imputados na denúncia com a sua base probatória preambular, é que o magistrado poderá exercer esse juízo e reavaliar a capitulação após a defesa prévia.

De outro modo, a preceito deverá ser a aceitação integral da denúncia até a prolação da sentença, prestigiando-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal e seus desdobramentos. Em outras palavras, o juiz deve, ao ponderar a alegação de excesso de acusação na

resposta escrita à acusação, conduzir-se pelo princípio *in dubio pro societate*, da mesma forma que se faz na fase de recebimento da denúncia.

Analogamente, pode-se aplicar o entendimento do seguinte acórdão proferido no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que afastou a alegação de *overcharging* em sede de *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS - ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE DINHEIRO - IMPETRAÇÃO ANTERIOR DE WRIT - APLICAÇÃO DA SÚMULA 53 DESTE TRIBUNAL - CONHECIMENTO PARCIAL DA ORDEM - NEGATIVA DE AUTORIA - MATÉRIA DE MÉRITO - PRISAO PREVENTIVA DECRETADA - PRESENÇA DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS CAPAZES DE JUSTIFICAR A CUSTÓDIA CAUTELAR - EXTENSÃO DE BENEFÍCIOS - IMPOSSIBILIDADE - OVERCHARGING - MATÉRIA DE MÉRITO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. Não se conhece de pedido de habeas corpus que seja mera reiteração de anterior já julgado. Em sede de Habeas Corpus não é possível a análise da conduta delituosa atribuída ao paciente. Atendido ao menos um dos pressupostos do art. 312 do CPP, qual seja a garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, bem como um dos requisitos instrumentais do art. 313 do CPP, deve ser a prisão preventiva mantida, não havendo que se falar em sua revogação. Não restando evidenciado nos autos a indispensabilidade da concessão do benefício pleiteado e, mantidos os requisitos que ensejam o decreto de prisão preventiva, não há que se falar extensão dos efeitos da medida liminar para concessão da liberdade provisória. (TJMG – *Habeas Corpus Criminal* 1.0000.22.207953-5/000, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 27/09/2022, publicação da súmula em 28/09/2022)

Portanto, o roteiro a ser seguido no exame dessas alegações é a análise perfunctória da justa causa como filtro do princípio do *in dubio pro societate*, inerente ao exercício do ajuizamento da ação penal, de modo a enfrentar na sentença a alegação de excesso de acusação, após o exercício do contraditório e ampla produção probatória.

5. CONCLUSÃO

As inovações doutrinárias, nacionais ou estrangeiras, fazem parte da ciência jurídica e com elas o ordenamento pode aperfeiçoar-se, seja acolhendo, seja rejeitando as novidades.

O chamado “excesso de acusação”, cognominado *overcharging*, adentrou recentemente no vocabulário jurídico nacional e, conforme visto, significaria uma

imputação mais grave daquela que, em tese, se poderia extrair do caderno investigatório.

Contudo, o sistema jurídico brasileiro já contém regras para resolver conjunturas idênticas, o que corrobora o caráter mais simbólico do que autêntico da citada expressão, cujo intuito pode sublevar críticas desnecessárias ao oferecimento da denúncia, que se submete ao princípio da legalidade ou da obrigatoriedade.

Seja como for, o exercício legítimo da ação penal, ainda que permeada de imputações mais severas, deduzidas da interpretação dos elementos coligidos na fase investigatória, não pode ser desqualificada com uma mera alegação destituída de provas em contrário.

O Ministério Público é uma instituição independente, essencial à função jurisdicional e formada por profissionais capacitados, salientando que “em todo o mundo, pois, o Promotor Público é o interprete dos interesses gerais na punição dos criminosos e o responsável directo pela eficácia, pela legalidade e pela humanidade dessa missão.” (Lyra, 1937, 59/60). Logo, deve-se confiar no cumprimento profissional da propositura da ação penal.

A solução engendrada neste estudo aponta para a manutenção da inteireza das capitulações expostas na denúncia, redirecionando para o julgamento do mérito a apreciação aprofundada dos fatos, das provas e dos argumentos, de modo a permitir um julgamento que equalize as relações processuais, sem prejudicar o interesse do acusado na celebração de eventual transação penal, suspensão condicional do processo ou ANPP.

De todo o exposto, o que se quer reafirmar, em suma, é que a mirífica alegação de *overcharging* não pode gerar contrassenso e agravar ainda mais o caos legislativo e processual instalado no Brasil, o que resultaria em ingentes estragos aos interesses da coletividade.

6. REFERÊNCIAS

AGACCI, Mathaus. *O overcharging e o direito de ser bem acusado no processo penal brasileiro*. Conjur, 24 set. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-24/mathaus-agacci-overcharging-processo-penal-brasileiro#_ftn6. Acesso em: 3 out. 2023.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. Tradução de Torrieri Guimarães. Título original: *Dei Delitti e Delle Pene* (1764). São Paulo: Martin Claret, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt

no AREsp n. 1.734.523/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/8/2021, DJe de 16/9/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001857538&dt_publicacao=16/09/2021. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC n. 155.733/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 25/2/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103365341&dt_publicacao=25/02/2022. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 822.947/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301580600&dt_publicacao=30/06/2023. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Habeas Corpus Criminal 1.0000.22.207953-5/000, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 27/09/2022, publicação da súmula em 28/09/2022. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=overcharging&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Súmula 64, aprovada pelo Grupo de Câmaras Criminais. Disponível em: < <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia/> >. Acesso em: 9 out. 2023.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3ª edição. Volume I. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 6ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LYRA, Roberto. *Theoria e Prática da Promotoria Pública*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Jacyntho, 1937.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1ª edição. Editora Forense: Rio de Janeiro - São Paulo, 1961, volume I.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 17ª ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Paidéia)

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume 1*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.