



Regra geral penal sobre drogas tem aplicação subsidiária

A Lei 11.719/08, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, trouxe várias discussões a respeito da aplicação de suas regras. Discussões evitáveis caso fosse o legislador melhor preparado e mais responsável com o manuseio da legislação penal.

É lamentável o que se tem feito com a chamada Lei Penal desde 1990.

É sintomática a diferença de qualidade entre as mudanças que ocorrem no campo penal e aquelas extra-penais. Estas, ligadas e movidas por interesses privados, são sempre de melhor qualidade.

Dentre as várias discussões que estão em pauta, uma diz respeito ao alcance do parágrafo 4º do novo artigo 394 do CPP. Outra, de igual magnitude, trata do momento em que deverá ocorrer o recebimento da denúncia no procedimento comum, ordinário, e isso em razão do disposto nos artigos 396, *caput*, e 399, ambos do CPP, com a redação da Lei 11.719/08, mas desse tema cuidaremos de forma detalhada em outro trabalho.

Diz o parágrafo 4º do novo artigo 394 do CPP, com a redação da Lei 11.719/08: “As disposições dos artigos 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código”.

De início cumpre anotar que o artigo 398 foi revogado pela Lei 11.719/08, não sendo possível sua aplicação, bem por isso, a qualquer procedimento. A referência, portanto, fica restrita aos artigos 395 a 397.

O artigo 395 estabelece causas de rejeição liminar da denúncia ou queixa quando — nem era preciso — aplicáveis a qualquer procedimento, independentemente da existência de previsão expressa.

O artigo 396 trata do recebimento da peça acusatória e citação do réu para resposta escrita.

O artigo 396-A trata da resposta escrita, e o artigo 397 prevê possibilidades de absolvição sumária pressupondo denúncia efetivamente recebida, já que não é possível absolver alguém sem que exista processo formalmente instaurado, o que exclui admitir o recebimento efetivo da acusação somente por ocasião do artigo 399 do CPP.

A interpretação isolada do parágrafo 4º do artigo 394 tem proporcionado conclusões com as quais não concordamos, sustentando a extensão e aplicação das novas regras ao procedimento da chamada Lei de Drogas, como se tem proclamado amiúde.

A questão, entretanto, merece análise mais ampla, envolvendo o artigo 394 do CPP em toda sua extensão.

Com efeito, ao dizer que o procedimento será comum ou especial, o artigo 394, *caput*, do CPP, estabelece de forma clara a existência e independência dos gêneros: comum e especial, em matéria de procedimento. O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo (parágrafo 1º do artigo



394).

Conforme dispõe o parágrafo 2º do artigo 394 do CPP, “aplica-se a todos os processos o procedimento comum (ordinário, sumário ou sumaríssimo), salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial”.

O dispositivo é claro ao resguardar a integridade dos procedimentos especiais, que só sofrerão incidência das regras do procedimento comum quando não houver disposição em contrário.

O caráter subsidiário ou residual (no mesmo sentido, conferir: **Jayme Walmer de Freitas**, *Pinceladas à reforma do CPP. O art. 394 do CPP em face dos ritos especiais, na Lei n. 11.719/08*. Disponível na Internet: <http://jus.uol.com.br>) das regras gerais também está ressaltado no parágrafo 5º do artigo 394 do CPP, assim redigido: “Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo, as disposições do procedimento ordinário”.

O procedimento ordinário constitui subespécie do procedimento comum, e suas regras estão dispostas exatamente nos artigos 395 a 404 do CPP.

Ora, está claro que a conclusão expansiva e derogadora de regras especiais que se tem tirado do disposto no parágrafo 4º do artigo 394 do CPP não resiste à análise e não diz mais que o parágrafo 5º do mesmo artigo, que manda aplicar aquelas mesmas regras apenas de forma subsidiária, visto que os artigos 395 a 397 estão compreendidos dentro do procedimento ordinário a que se refere.

Em outras palavras, o parágrafo 4º do artigo 394 está a dizer que as regras a que se refere, todas contidas no procedimento ordinário, aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, previstos ou não no Código de Processo Penal, e o parágrafo 5º do mesmo artigo assegura que estas mesmas regras somente serão aplicadas de forma subsidiária, até porque, como referido no parágrafo 2º, também do artigo 394, as regras do procedimento comum serão aplicadas aos procedimentos especiais somente se não houver disposição em *contrário*.

Sabido é que o procedimento especial previsto nos artigos 55 a 58 da Lei de Drogas dispõe de forma *contrária* ao que está expresso nos artigos 396 a 397 do CPP e, diga-se de passagem, com melhor técnica. Conforme o artigo 55 da Lei de Drogas, oferecida a denúncia, o juiz ordenará a *notificação* do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Na resposta, que consiste em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá argüir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas (parágrafo 1º do artigo 55).

As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos artigos 95 a 113 do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal (parágrafo 2º do artigo 55). Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em dez dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação (parágrafo 3º do artigo 55). Apresentada a defesa, o juiz decidirá em cinco dias (parágrafo 4º do artigo 55). Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de dez dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias (parágrafo 5º do artigo



55).

Ao invés de *receber a denúncia* de plano (artigo 396, *caput*, do CPP), caso não seja hipótese de rejeição, e desde logo mandar *citar o réu* para apresentar resposta escrita, no procedimento da Lei de Drogas o juiz, não sendo caso de rejeição liminar da peça acusatória, mandará *notificar o denunciado para apresentação de resposta escrita*, esta, portanto, precedente ao recebimento da denúncia, ao *contrário* do que ocorre no procedimento comum, ordinário.

No âmbito da Lei de Drogas, somente após a efetiva apresentação da resposta é que o juiz, não sendo caso de rejeição — avaliação mais uma vez pertinente após a resposta escrita —, irá receber a acusação, designar audiência de instrução e julgamento e seguir conforme o disposto nos artigos 56 a 58.

No procedimento comum, não tendo sido rejeitada de plano a acusação, desde logo a inicial será recebida e o réu passará a contar contra si com ação penal em curso, o que evidentemente é mais gravoso se comparado à sistemática da Lei de Drogas.

Dir-se-á que o artigo 397 do CPP instituiu hipóteses de absolvição sumária, e que permitir ao juiz tal possibilidade é benefício que não se deve subtrair ao “acusado”, devendo se assegurar sua incidência em todo e qualquer procedimento, mas tal forma de pensar também não é suficiente para impor a aplicação de tal instituto ao procedimento regulado na Lei de Drogas nos moldes em que tipificado no Código de Processo Penal, não sendo demais salientar que, estando presente qualquer das hipóteses reguladas no artigo 397 do CPP, no âmbito da Lei de Drogas o juiz sequer receberá a denúncia, o que uma vez mais traduz considerável vantagem ao denunciado.

No procedimento especial da Lei de Drogas, as causas de rejeição da denúncia previstas no artigo 395 do CPP serão aplicadas, como de resto já afirmamos, também a todo e qualquer procedimento, e não por força do disposto no parágrafo 4º do artigo 394 do CPP.

O recebimento da denúncia antes da resposta escrita, conforme o artigo 396, *caput*, do CPP, colide com regra expressa do artigo 55 da Lei de Drogas. O que é “citação” para resposta escrita no artigo 396, *caput*, do CPP, no artigo 55 da Lei de Drogas é “notificação” para resposta escrita, e os prazos são idênticos. O que é causa de absolvição sumária no artigo 397 do CPP é causa de rejeição da peça acusatória no âmbito da Lei de Drogas, e, insista-se, não por força do disposto no parágrafo 4º do artigo 394, mas sim porque o juiz jamais, em tempo algum, deve receber formalmente a acusação inicial e instaurar processo criminal quando verificar: I – *a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato*; II – *a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade*; III – *que o fato narrado evidentemente não constitui crime*; ou IV – *extinta a punibilidade do agente*.

Não é razoável pensar o contrário. Não tem sentido lógico imaginar o recebimento de uma denúncia ou queixa quando evidentes, as situações negativas indicadas no artigo 397 do CPP. Tais situações, até porque manifestas e evidentes, não dependerão, no mais das vezes, do conteúdo da resposta escrita para se explicitarem no processo, e então, pergunta-se: Se já no primeiro instante, por ocasião do artigo 396 do CPP, o juiz verificar qualquer das causas previstas no artigo 397, até porque, frise-se, são manifestas, evidentes, deverá desde logo absolver sumariamente o denunciado? Mesmo antes do recebimento da denúncia? Mesmo antes da citação do denunciado e a completa formação do processo a que alude o



artigo 363 do CPP?

A resposta a todas as indagações é a mesma: é claro que não.

Deverá o juiz, em qualquer das hipóteses, rejeitar a peça acusatória.

E assim é que ocorre no procedimento especial da Lei de Drogas, sob todos os aspectos, mais benéfico ao denunciado, que antes mesmo de ter contra si instaurada a ação penal, com o efetivo e formal recebimento da acusação, terá rejeitada a peça inaugural, mantendo íntegro seu *status dignitatis*.

A Lei de Drogas, sobre os aspectos acima destacados, se mostra, de forma contrária e com melhor técnica, de maneira mais benéfica ao denunciado, se confrontadas suas regras com aquelas dos artigos 396 e 397 do CPP.

O artigo 48, *caput*, da Lei de Drogas, soma suas formas ao parágrafo 5º do artigo 394 do CPP, de molde a acolher apenas subsidiariamente as regras do Código de Processo Penal, e bem assim aquelas pertinentes ao procedimento comum, ordinário, em que se inserem os artigos 395 a 397 do CPP, de aplicação inviável no âmbito da Lei 11.343/06.

Disposições inconciliáveis

Parte valiosa da doutrina defende que o efetivo recebimento da denúncia, nos contornos do procedimento comum ordinário, tratado no artigo 396 e seguintes do CPP, deve ocorrer já por ocasião do artigo 396, *caput* (nesse sentido, ver Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de Processo Penal*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 640; Guilherme de Souza Nucci, *Código de Processo Penal comentado*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 715; Jayme Walmer de Freitas, *Pinceladas à reforma do CPP*. O art. 394 do CPP em face dos ritos especiais, na Lei n. 11.719/08. Disponível na Internet: <http://www.jus2.uol.com.br>; Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 338; Rômulo de Andrade Moreira, A reforma do Código de Processo Penal – Procedimentos, *Revista Jurídica* n. 370, p. 117.)

Já outra parte louvável entende que o vocábulo “recebê-la-á”, contido no artigo 396, *caput*, indica apenas a ausência de rejeição (artigo 395) e não diz mais que um mero juízo preliminar de admissibilidade da denúncia ou queixa, sem representar efetivo recebimento da peça acusatória, que só ocorrerá após a apresentação da resposta escrita (artigo 396-A), não sendo caso, ainda, de rejeição, ou de absolvição sumária (artigo 397), isso por força do vocábulo “recebida”, contido no artigo 399 do mesmo Codex (nesse sentido, ver: Antonio Scarance Fernandes e Mariângela Lopes, O recebimento da denúncia no novo procedimento. *Boletim IBCCrim* n. 190, setembro de 2008, p. 2; Cezar Roberto Bitencourt e Jose Fernando Gonzales, O recebimento da denúncia segundo a Lei 11.719/08. Disponível na Internet: <http://www.conjur.com.br>; Geraldo Prado, Sobre procedimentos e antinonias. *Boletim IBCCrim* n. 190, setembro de 2008, p. 5.

Como já esclarecemos anteriormente, segundo nosso entendimento, o efetivo recebimento da peça acusatória deve ocorrer por ocasião do artigo 396, *caput*, do CPP, para que em seguida possa ser



completada a formação do processo com a citação do denunciado e regular triangulação, como manda o artigo 363, e para que se possa falar verdadeiramente em absolvição sumária, a ensejo do artigo 397.

A técnica jurídica está explícita. A lei fala em *rejeição* da denúncia ou queixa e *absolvição* sumária, tendo entre os dois extremos o *recebimento* e a *citação*. *Rejeição*, como é óbvio, se dá antes do recebimento da inicial acusatória. *Absolvição sumária*, como também é reluzente, acontece após a efetiva instauração da ação penal, pressupondo recebimento formal da acusação e citação, estando completa a formação do processo, como diz o artigo 363 do CPP.

Adotados tais parâmetros, caso se pretendesse aplicar as regras dos artigos 396 a 397 do CPP ao procedimento da Lei de Drogas, haveria manifesta incompatibilidade, face à impossibilidade de conciliação das regras comuns do Código de Ritos com as especiais dos artigos 55 e 56 da Lei de Drogas.

Note-se, por exemplo, que a denúncia passaria a ser recebida e o réu citado antes da resposta escrita, e o parágrafo 2º do artigo 56 manda que o juiz, *já no despacho que receber a denúncia*, designe dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, que deverá ser realizada dentro dos 30 dias seguintes ao recebimento, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 dias.

Tentada a aplicação das regras do CPP com as regras da Lei de Drogas, como poderia o juiz designar audiência de instrução e julgamento, ordenar a notificação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitar os laudos periciais, se ainda poderia impor absolvição sumária? Determinaria o juiz a notificação das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, quando ainda não haveria no processo o rol das testemunhas da defesa? Como poderia, então, o juiz, realizar audiência dentro do prazo de 30 dias, contados do recebimento da denúncia, se é sabido que os procedimentos visando à citação do réu para resposta escrita demandarão, na quase totalidade dos casos, tempo superior a 30 dias?

Não haveria processo sem excesso de prazo! Como pensar em designação de audiência para os próximos 90 dias em razão da necessidade de avaliação para atestar dependência de drogas se ainda não teria sido apresentada resposta escrita e não se saberia ser caso ou não de exame de dependência? É evidente que a solução não passaria por designar a realização de exame de dependência em todos os casos, indistintamente, e assim justificar audiência no prazo mais dilatado.

Note-se que, no âmbito do artigo 56 da Lei de Drogas, ao receber a denúncia, o juiz já apreciou a resposta escrita e nela pode conter requerimento ou informações que determinem a realização do exame de dependência, ao passo que, na sistemática do artigo 396 do CPP, a denúncia será recebida antes da resposta escrita, ocasião em que ainda não será possível, no mais das vezes, dispor de elementos que autorizem pensar na realização de exame de dependência.

Seria viável tal Frankenstein jurídico? Evidente que não.

Como se vê, o parágrafo 4º do artigo 394 do CPP não pode ser interpretado isoladamente, mas sim em consideração com os demais dispositivos do mesmo artigo, levando em conta, ainda, o disposto no artigo 48, caput, da Lei de Drogas, resultando claro que as regras gerais só têm aplicação de forma subsidiária,



residual, ao procedimento da Lei 11.343/06, que dispõe de forma contrária quando trata da notificação do denunciado para apresentação de resposta escrita, do recebimento da denúncia, citação do réu etc.

Não há dúvida, portanto, que o procedimento regulado nos artigos 55 a 58 da Lei 11.343/06, atual Lei de Drogas, permanece íntegro, sem qualquer modificação decorrente do disposto nos artigos 396 a 397 do CPP (aplica-se o princípio da identidade física do juiz, previsto no artigo 399, parágrafo 2º do CPP, com redação da Lei 11.719/08), ao contrário do que algumas vezes se tem proclamado em razão do disposto no parágrafo 4º do artigo 394 do mesmo Estatuto.

Como já advertia **Cesare Beccaria** (em *Dos delitos e das penas*, Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo, Hemus, 1983. p. 92 e 93), “uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência”.

E arrematava o ilustre jusfilósofo: “Desejais prevenir os crimes? Fazei leis simples e evidentes”. “Em um povo forte e valoroso, a incerteza das leis é constrangida finalmente a substituir-se por uma legislação exata”.

Date Created

19/11/2008