

O § 4º DO ART. 394 DO CPP E O PROCEDIMENTO PENAL NA LEI DE DROGAS (LEI N. 11.343/2006)

Renato Marcão

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Penal, Político e Econômico. Professor no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito Damásio E. de Jesus; no curso de pós-graduação em Ciências Criminais da Rede Luiz Flávio Gomes, e no curso de pós-graduação do Instituto Busato de Ensino. Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP). Autor dos livros: *Tóxicos* (Saraiva); *Curso de Execução Penal* (Saraiva), *Estatuto do Desarmamento* (Saraiva), *Crimes de Trânsito* (Saraiva), e *Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada* (Lumen Juris). Co-autor dos livros: *Notáveis do Direito Penal* (Consulex) e *Comentários à Lei de Imprensa* (Revista dos Tribunais).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O art. 394 do CPP; 3. Disposições inconciliáveis; 4. Conclusão.

1. Introdução

A Lei n. 11.719/2008, 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 “lei penal” desde 1990!

É sintomática a diferença de qualidade entre as mudanças que ocorrem no campo penal e aquelas extrapenais. 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 § 4º do novo art. 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 arts. 396, *caput*, e 399, ambos do CPP, com a redação da Lei n. 11.719/2008, mas desse tema cuidaremos de forma detalhada em outro trabalho.

2. O art. 394 do CPP

Diz o § 4º do novo art. 394 do CPP, com a redação da Lei n. 11.719/2008: “As disposições dos arts. 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 art. 398 foi revogado pela Lei n. 11.719/2008, não sendo possível sua aplicação, bem por isso, a qualquer procedimento. A referência, portanto, fica restrita aos arts. 395 a 397.

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

O art. 396-A trata da resposta escrita, e o art. 397 prevê possibilidades de absolvição sumária, pressupondo, esta, 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 art. 399 do CPP.

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

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

Com efeito, ao dizer que o procedimento será comum ou especial o art. 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 (§ 1º do art. 394).

Conforme dispõe o § 2º do art. 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 residual¹ das regras gerais também está ressaltado no § 5º do art. 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 arts. 395 a 404 do CPP.

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

Em outras palavras, o § 4º do art. 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 § 5º do mesmo artigo assegura que estas mesmas regras somente serão aplicadas de forma subsidiária, até porque, como referido no § 2º, também do art. 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 arts. 55 a 58 da Lei de Drogas dispõe de forma *contrária* ao que está expresso nos arts. 396 a 397 do CPP e, diga-se de passagem, com melhor técnica.

Conforme o art. 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, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir 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 (§ 1º do art. 55).

As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal (§ 2º do art. 55).

Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação (§ 3º do art. 55).

Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias (§ 4º do art. 55).

Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias (§ 5º do art. 55).

Ao invés de *receber a denúncia* de plano (art. 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

¹ 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>