

OBRAS DO AUTOR

- A reação defensiva à imputação.* São Paulo: RT, 2002.
- As nulidades no processo penal. Co-autoria com Ada Pellegrini Grinover e Antonio Magalhães Gomes Filho.* 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.
- Incidente processual. Questão incidental. Procedimento incidental.* São Paulo: RT, 1991.
- Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995.* Co-autoria com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Luiz Flávio Gomes. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2005.
- O papel da vítima no processo criminal.* São Paulo: Malheiros, 1995.
- Prejudicialidade. Conceito. Natureza jurídica. Espécies de prejudiciais.* São Paulo: RT, 1988.
- Princípios e garantias processuais penais em 10 anos de Constituição Federal. Os 10 anos de Constituição Federal.* Coordenação: Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999.
- Recursos no processo penal. Co-autoria com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho.* 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.
- Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)
- Fernandes, Antonio Scarance
Processo penal constitucional / Antonio Scarance Fernandes. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- Bibliografia.
ISBN 85-203-2748-6
1. Brasil – Constituição (1988) 2. Processo penal 3. Processo penal – Brasil I. Título.
05-5117
- Índices para catálogo sistemático:** 1. Brasil : Constituição de 1988 e processo penal 342.4 (81) "1988". 343.1 2. Brasil : Processo penal e constituição de 1988 342.4 (81) "1988". 343.1
- CDU: 342.4(81) "1988". 343.1

ANTONIO SCARANACE FERNANDES

PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

4.^a edição revista,
atualizada e ampliada

EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS



PROCEDIMENTO

SUMÁRIO: 8.1 O conceito de procedimento – 8.2 Diversos procedimentos em um processo – 8.3 Garantias procedimentais.

8.1 O conceito de procedimento

A doutrina vem atribuindo ao procedimento um conteúdo teleológico, não mais sendo acolhida visão essencialmente formal, que o considerava como uma mera sequência de atos coordenados, produtores de efeitos meramente processuais.¹ Segundo Liebman, a unidade do procedimento reside no fato de que todos os seus atos visam a atingir o ato final, para o qual cada ato dá sua contribuição; o ato final resume todo o procedimento e constituirá o seu resultado, tendo ele eficácia externa, e não meramente processual.² Afirmando constituir o procedimento a soma dos atos de um processo, salientam Cintra, Grinover e Dinamarco que devem estes ser vistos sob o aspecto de sua interligação e combinação que devem estes ser porque os atos singulares que o compõem estão postos em sucessão rigorosa, de modo a que um constitua consequência do precedente e condição necessária do sucessivo, seja em virtude de todos estes atos, apesar de permanecerem distintos, tanto que é possível reconhecer várias fases do mesmo procedimento, tanto que é possível reconhecer várias fases do mesmo procedimento, estejam ordenados ao alcance de um único resultado.³

(1) Visão estritamente formal é a encontrada por exemplo em Frederico Marques, *Instituições...*, v. 2, n. 289. Dinamarco, na tradução do Manual de Liebman, p. 39, nota 27, falando da lição de Frederico Marques, diz que nela é "o processo exclusivamente que traz conexões teleológicas, reduzindo-se o procedimento a mero esquema formal". Giuseppe Sabatini, *Trattato del procedimento incidentale...*, n. 11, p. 14, e Punzi, *L'interruzione...*, p. 33, nota 111, citam autores que adotaram conceito formal de procedimento e outros que divergiram críticas a esse posicionamento.

(2) Liebman, *Manuale...*, n. 104, 205-207. Araújo Cintra, Grinover, Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 183, p. 35-36. Punzi, *L'interruzione...*, p. 35-36.

Das correntes destacaram-se na doutrina italiana a respeito da conceituação do procedimento: uma parte da noção geral de *fatisspecie*⁵ complexa⁶ de formação sucessiva⁷ e explica o procedimento como sendo um tipo dessa *fatisspecie*; outra repele tal orientação, entendendo que

(5) Punzi, *L'interruzione...*, p. 1-2, nota 1, diz que no seu significado mais amplo *fatisspecie* é considerada como fonte produtora de efeitos jurídicos determinados, constituindo-se em uma particular situação resultante de um determinado curso de eventos e de circunstâncias, de cuja existência e de cujo específico sistema de coordenação o ordenamento jurídico deixa derivar um efeito. Anota ainda que a expressão *fatisspecie* encontrou larga aplicação e teve significações diversas na doutrina, variando inclusive sua acepção entre os estudiosos dos diversos ramos jurídicos. Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, p. 2, nota 2, menciona que a origem do vocábulo *fatisspecie* é da doutrina penalística alemã, passando depois para o campo do direito privado; na doutrina italiana, frisa ele que a noção de *fatisspecie* se difundiu só mais recentemente, referindo diversos autores que se preocuparam em defini-la. Não é fácil traduzir o vocábulo para a língua portuguesa. Dinamarco, na tradução do Manual de Liebman, ora menciona *fatisspecie* como "caso" (p. 4), ora como situação (p. 154); na nota de n. 5, p. 229, fala: "figura do procedimento, realidade de formação sucessiva...", dando assim à expressão *fatisspecie* a idéia de "realidade de formação sucessiva". Esta parece realmente a melhor tradução do termo *fatisspecie* quando usado na conceituação do procedimento, eis que dá a idéia de uma unidade composta de uma série de atos que, no seu conjunto, constituem uma só realidade. Prefere-se toda-via usar no texto a própria expressão *fatisspecie*, o que facilita o entendimento das lições dos diversos processualistas citados.

(6) A *fatisspecie* pode ser simples ou complexa. Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, p. 115, mostra que a distinção das duas espécies é feita através do relacionamento estabelecido entre fato jurídico e *fatisspecie*; haverá *fatisspecie* simples quando o seu esquema coincide com o esquema do fato jurídico suficiente a dar-lhe vida, enquanto a *fatisspecie* complexa reúne os esquemas jurídicos dos fatos jurídicos necessários ao seu escopo.

(7) A doutrina tem enunciado três espécies de *fatisspecie* complexa: a) de formação sucessiva; b) de formação concomitante; e c) de formação cronologicamente indiferente ou eventualmente sucessiva. Ver: Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, p. 115-116. Na *fatisspecie* de formação sucessiva os fatos devem realizar-se sucessivamente em uma determinada ordem.

(8) Esta é a posição de Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, p. 121 e ss., que repele as posições contrárias e cita autores com orientação semelhante à sua que, com maior ou menor amplitude, vêem o procedimento como *fatisspecie*

aos atos impõe que cada um seja consequência do precedente e pressuposto e, assim, não necessária do sucessivo. Como diz Gianzi, "a *fatispecie* processual é caracterizada, em relação às outras, pela particular conexão dos atos e mais precisamente pela existência de determinados vínculos aos quais está subordinado o desenvolvimento da série".¹⁶

São, portanto, fundamentais para a conceituação do procedimento a ideia de que todos os atos contribuem para o efeito substancial de cada ato final, e a noção sobre a coordenação e vinculação entre os atos que o compõem.

O problema maior está em definir a natureza do vínculo entre os atos do procedimento. Fala-se em uma obrigatoriedade, ou em um dever, resultante da prática de um ato e em relação ao ato seguinte.¹⁷ Outra é a posição de Gianzi, para quem o "critério da obrigação como fonte de qualificação do vínculo entre os vários atos do procedimento encontra frequente continuação na prática, especialmente com referência às atividades dos órgãos públicos; ele, todavia, não é encontrável em toda a *fatispecie*". Acentua haver casos em que o comportamento do sujeito civil em que às vezes o impulso é deixado à iniciativa do autor ou do réu, prefere então falar em ónus para o sujeito que deve cumprir um certo ato do procedimento se quer que a *fatispecie* encontre realização.¹⁸

Para Liebman, a coordenação entre os atos processuais manifesta-se no seu escopo, nos seus efeitos e na sua validade. Ligam-se eles pela unidade de escopo; deslinham-se todos a preparar e a provocar o ato final que completará e encerrará o procedimento; o escopo imediato de cada ato não tem outra razão a não ser de representar um passo em direção a um escopo mais distante, comum a todos os atos. Cada ato tem seu efeito próprio, que opera internamente no procedimento, fazendo-o progredir na direção da sua meta e ao mesmo tempo visando a influir direta ou indiretamente no conteúdo do ato final. Cada ato tem seus próprios requisitos, sendo porém condicionado, ao menos em certa medida e em certo

¹⁶⁶ Gianzi, *L'incidente nella esecuzione penale*, p. 30.
¹⁶⁷ Neste sentido: Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, p. 30.
¹⁶⁸ Gianzi, *L'incidente nella esecuzione penale*, p. 131-137. Ver ainda

sentido, à validade do procedimento a que pertence e dos atos anteriores dos quais dependa formal e logicamente.¹⁹

O procedimento poderá ser administrativo, legislativo ou judicial. Quanto ao processo jurisdicional, o procedimento é um dos seus elementos constitutivos.²⁰ Há forte inclinação no sentido de estender a noção de processo também aos processos administrativos e até mesmo aos legislativos, dos quais falaria também parte o procedimento.²¹

8.2 Diversos procedimentos em um processo

Visto o procedimento como *fatispecie*, afirma-se que ele se constitui numa *fatispecie* ampla, composta de uma pluralidade de atos, os quais, antes que ela se integralize, podem dar vida a *fatispecie* mais restritas, caracterizadas por efeitos considerados preliminares ou provisórios com relação ao efeito final.²² Alude-se então a fases; ou é feita menção a procedimentos em sentido restrito²³ ou a procedimentos parciais.²⁴ dentro do processo. A diferença de referência — fases ou procedimentos em sentido estrito ou parciais — é de ordem conceitual. Para os que consideram como procedimento uma *fatispecie* estruturada pela soma de atos processuais, sem levar em conta a sua função, haverá procedimentos parciais, cada um também composto de uma série de atos. Todavia, aqueles que vêem o procedimento não apenas como uma sequência de

¹⁶⁹ Liebman, *Manuale*..., p. 204-205; tradução de Dinamarco, p. 228-229.

¹⁷⁰ Ver nesse sentido os autores citados por Gianzi, *L'incidente nella esecuzione penale*, p. 34, nota 5, e Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, p. 121.

¹⁷¹ Ver a respeito: Gianzi, *Il procedimento incidente nella esecuzione penale*, p. 31; Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, p. 122; e Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 93-103.

¹⁷² Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, p. 136; e Gianzi, *L'incidente nella esecuzione penale*, p. 37, n. 3.

¹⁷³ Pugliatti, *Istituzioni*..., v. 3, p. 76, conforme lembra Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, p. 137, nota 58, refere-se a "procedimentos em sentido restrito". Mas, segundo Conso, a expressão é inadequada e a doutrina

¹⁷⁴ administrativa usa-a em sentido diverso.
¹⁷⁵ Constitui a visão da maioria dos processualistas italianos que influenciaram a doutrina brasileira: Carnelutti, *Sistema*..., v. 2, p. 5, e v. 3, p. 4; Chiovenda,

atos processuais, mas o consideram como um conjunto de atos ligados entre si em razão de um efeito final, entendem haver um só procedimento, constituído de fases.²⁵

A visão teleológica do procedimento e sua valorização como elemento conceitual do processo permitem referir a fases do processo ou de próprio procedimento, não se mostrando adequada a alusão a procedimentos parciais. Isso não significa que não possam surgir, além do procedimento principal, outros laterais, de natureza incidental, os quais, por sua vez, também poderão ser constituídos por fases.

Sabatini acentua haver um produto final perseguido e que é atingido após serem alcançados produtos parciais em cada fase. Diz que cada um dos estágios de transformação representa uma *conditio sine qua non* em relação ao estágio sucessivo e, ao mesmo tempo, uma condição favorável para a produção da síntese. Há um escopo em cada fase processual para atingir o escopo final.²⁶

8.3 Garantias procedimentais

Em duas vertentes podem ser tratadas as garantias procedimentais: a garantia ao procedimento integral e a garantia ao procedimento típico. São garantias não expressas, enquadráveis na garantia genérica do devido processo legal.

O legislador processual penal prevê, em regra, vários procedimentos: alguns comuns, outros especiais. No sistema brasileiro, são comuns os procedimentos dos crimes punidos com reclusão, dos crimes punidos com detenção e das contravenções, havendo procedimentos especiais no Código de Processo Penal em relação aos crimes julgados pelo Júri, aos crimes falimentares, aos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, aos crimes contra a honra, contra a propriedade imaterial e a outros crimes. Há, também, procedimentos especiais previstos em leis extravagantes, como o procedimento dos crimes de imprensa.

(25) Ver a respeito as considerações de Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, n. 19, p. 137 e ss., com ampla citação doutrinária das duas correntes.

samente preferir a demonstração da existência de um único procedimento.

Estabelecidos os procedimentos, a parte tem a garantia de que o juiz irá observá-los integralmente e, ainda, de que levará em conta a coordenação e vinculação estabelecidas entre os atos da cadeia procedimental.

Em virtude da garantia da observância integral do procedimento, não se permite ao juiz suprimir atos ou fases do procedimento. Não se permite ao juiz suprimir atos ou fases do procedimento, se houver prejuízo à parte, ocorrido no ato da série procedimental, o prejuízo é do realizado ato da série procedimental, o prejuízo é do realizado ato da série procedimental. Quando se suprime fase procedimental, o prejuízo é do realizado ato da série procedimental. Em regra, haverá nulidade. Quando se suprime o devido processo legal. Em regra, haverá nulidade à falha, pois se ofende o devido processo legal. Em regra, haverá nulidade ao direito de ação ou de defesa e, muito comumente, ao direito à prova das partes.

Não se admite, em face da garantia ao procedimento integral, que o juiz possa, mesmo com a concordância do advogado, abreviar o procedimento, pois isso resultará na supressão de fase do procedimento ajustado ao caso.

Decorre, ainda, dessa garantia, em caso de reunião de processo em virtude de conexão ou continência, a necessidade de ser seguido o procedimento mais amplo.

Em virtude da garantia ao procedimento tipificado, não se admite a inversão da ordem processual ou a adoção de um procedimento por outro. Resultando prejuízo, deve ser declarada a nulidade.²⁷