

STJ00120025

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid. Professor Titular de Direito Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor no Programa de Pós-Graduação – Doutorado, Mestrado e Especialização – em Ciências Criminais da PUCRS. Membro da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e Membro Emérito do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Parecerista e conferencista. Advogado Criminalista integrante do Escritório Aury Lopes Junior Advogados Associados, com sede em Porto Alegre e Brasília.

FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL INTRODUÇÃO CRÍTICA

10ª edição
2024

saraiva  jur



Av. Paulista, 901, Edifício CYK, 4º andar
Bela Vista – São Paulo – SP – CEP 01310-100

SAC | sac.sets@saraivaeducacao.com.br

| | |
|--|--|
| Diretoria executiva | Flávia Alves Bravin |
| Diretoria editorial | Ana Paula Santos Matos |
| Gerência de produção e projetos | Fernando Penteado |
| Gerência de conteúdo e aquisições | Thais Cassoli Reato César |
| Gerência editorial | Livia Céspedes |
| Novos projetos | Aline Darcy Flór de Souza Dalila Costa de Oliveira |
| Edição | Deborah Caetano de Freitas Viadana |
| Design e produção | Jeferson Costa da Silva (coord.) Lais Soriano Guilherme Salvador Rosana Peroni Fazolari Tiago Dela Rosa Verônica Pivisan Reis |
| Planejamento e projetos | Cintia Aparecida dos Santos Daniela Maria Chaves Carvalho Emily Larissa Ferreira da Silva Kelli Priscila Pinto |
| Diagramação | SBNIGRI Artes e Textos Ltda. |
| Revisão | Carmem Becker |
| Capa | Tiago Dela Rosa |
| Produção gráfica | Martli Rampim Sergio Luiz Pereira Lopes |
| Impressão e acabamento | A.R. Fernandez |

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ODILIO HILARIO MOREIRA JUNIOR - CRB-8/9949

L8641 Lopes Jr., Aury
Fundamentos do Processo Penal - Introdução
Crítica / Aury Lopes Jr. – 10. ed. – São Paulo:
SaraivaJur.: 2024.
360 p.
ISBN: 978-85-5362-048-7
1. Direito. 2. Direito penal. I. Título.
CDD 345
2023-3087 CDU 343

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito Processual Penal 345
2. Direito Processual Penal 343

Data de fechamento da edição: 8-12-2023

Dúvidas? Acesse www.saraivaeducacao.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Saraiva Educação. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

COD. OBRA 15813 CL 608753 CAE 847884

Sumário

| | |
|--|-----|
| Prefácio (original da obra <i>Introdução crítica ao processo penal</i>) | |
| Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho | IX |
| Prefácio | |
| Em memória de Pedro Aragonese Alonso | XV |
| Nota do autor – 10ª edição | XIX |
| Texto em homenagem a Eduardo Couture e James Goldschmidt..... | XXV |
| CAPÍTULO I | |
| O fundamento da existência do processo penal: instrumentali- dade constitucional..... | |
| 1.1. Constituindo o processo penal desde a Constituição. A crise da teoria das fontes. A Constituição como abertura do processo penal..... | |
| 1.2. Superando o maniqueísmo entre “interesse público” <i>versus</i> “interesse individual”. Inadequada invocação do princípio da proporcionalidade | 9 |
| 1.3. Direito e dromologia: quando o processo penal se põe a correr, atropelando as garantias | 15 |
| 1.4. Princípio da necessidade do processo penal em relação à pena..... | 28 |
| 1.5. Instrumentalidade constitucional do processo penal | 31 |
| 1.6. A necessária recusa à teoria geral do processo. Respei- tando as categorias próprias do processo penal. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? | 35 |
| 1.7. Inserindo o processo penal na epistemologia da incerteza e do risco: lutando por um sistema de garantias mínimas | 45 |
| 1.7.1. Risco exógeno | 46 |

| | |
|---|-----|
| 1.7.2. Epistemologia da incerteza..... | 52 |
| 1.7.3. Risco endógeno: processo como guerra ou jogo? | 55 |
| 1.7.4. Assumindo os riscos e lutando por um sistema de garantias mínimas..... | 58 |
| 1.8. A crise do processo penal: crise existencial: crise identitária da jurisdição; e a crise de (in)eficácia do regime de liberdade no processo penal..... | 61 |
| 1.8.1. A crise existencial do processo penal: é (ainda) o processo o caminho necessário para chegar à pena?..... | |
| 1.8.2. Crise identitária da jurisdição penal: um juiz para que(m)? A incompreendida imparcialidade judicial | 74 |
| 1.8.3. A crise de (in)eficácia do regime de liberdade no processo penal. Banalização da prisão preventiva. O problema da execução antecipada da pena . | 91 |
| 1.8.4. É o <i>plea bargaining</i> um remédio para a crise do processo penal? Ou um veneno mortal? Analisando a proposta do Pacote Anticrime | 116 |
| 1.8.4.1. Ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável | 116 |
| 1.8.4.2. As justificativas para o implemento do <i>plea bargaining</i> | 120 |
| 1.8.4.3. A experiência negocial em Portugal, Espanha e Itália e o Projeto de Lei n. 8.045 (novo CPP), que foi desconsiderado | 126 |
| 1.8.4.4. Fim da produção de provas: a supremacia da investigação preliminar | 129 |
| 1.8.4.5. Supervalorização da confissão: tortura, <i>plea bargaining</i> , o (ab)uso da prisão cautelar como instrumento de coerção .. | 131 |
| 1.8.4.6. Desconstruindo o <i>mito fundante</i> da negociação: ilusão de voluntariedade e consenso | 134 |
| 1.8.4.7. A desconstrução do argumento economicista: o custo de um superencarceramento..... | 137 |

- 1.8.4.8. Concluindo: Por que chegamos ao ponto de colapso da Justiça Criminal brasileira? É a negociação sobre a pena a melhor solução para a crise? Ou estamos usando um remédio errado e que só irá agravar a doença?..... 139

CAPÍTULO 2

- Teorias da ação e das condições da ação. A necessidade de construção de uma teoria da acusação 145
- 2.1. Para introduzir o assunto... 145
- 2.2. Ação processual penal – *ius ut procedatur* – desde a concepção de pretensão acusatória. Por que não existe “trancamento da ação penal”? 148
- 2.3. Natureza jurídica da ação processual penal. Caráter público, autônomo e abstrato (ou concreto)?..... 152
- 2.4. Condições da ação processual penal (e não processual civil!)..... 163
- 2.4.1. Quando se pode falar em condições da ação?..... 163
- 2.4.2. Condições da ação penal: equívocos da visão tradicional-civilista..... 165
- 2.4.3. Condições da ação penal segundo as categorias próprias do processo penal 168
- 2.4.3.1. Prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*..... 169
- 2.4.3.2. Punibilidade concreta..... 170
- 2.4.3.3. Legitimidade de parte 171
- 2.4.3.4. Justa causa..... 172
- 2.4.3.4.1. Justa causa: existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade..... 173
- 2.4.3.4.2. Justa causa: controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal ... 174
- 2.4.4. Outras condições da ação processual penal..... 175
- 2.5. A proposta: teoria da acusação. Reflexos na Santa Trindade “acusação-jurisdição-processo” 176
- 2.5.1. A necessidade: inadequações decorrentes do conceito tradicional de “ação”. O conceito de “acusação”.... 176

| | |
|--|-----|
| 2.5.2. Requisitos de admissibilidade da acusação | 182 |
| 2.5.3. Reflexos nos conceitos de jurisdição e processo.. | 183 |

CAPÍTULO 3

| | |
|--|-----|
| Jurisdição penal. A posição do juiz como fundante do sistema processual..... | 189 |
| 3.1. Sistema acusatório | 193 |
| 3.2. Sistema inquisitório | 198 |
| 3.3. O reducionismo ilusório (e insuficiente) do conceito de “sistema misto”: a gestão da prova e os poderes instrutórios do juiz | 207 |
| 3.3.1. A falácia do sistema bifásico..... | 210 |
| 3.3.2. A insuficiência da separação (inicial) das atividades de acusar e julgar..... | 212 |
| 3.3.3. Identificação do núcleo fundante: a gestão da prova .. | 215 |
| 3.3.4. O problema dos poderes instrutórios: juízes-inquisidores e os quadros mentais paranoicos..... | 219 |
| 3.3.5. A estrutura acusatória consagrada no art. 3º-A do CPP e a resistência inquisitória (inclusive do STF)..... | 222 |
| 3.3.6. É a justiça negocial uma manifestação do sistema acusatório? Uma análise crítica..... | 229 |
| 3.4. A imparcialidade do juiz como princípio supremo do processo penal: dissonância cognitiva, efeito <i>primaziae</i> originalidade cognitiva | 233 |
| 3.4.1. Viés confirmatório e efeito primazia no processo penal, você sabe o que é isso? Mais um argumento a demonstrar a imprescindibilidade do juiz das garantias e a exclusão física dos autos do inquérito.... | 240 |
| 3.4.2. A importância da “originalidade cognitiva” do juiz da instrução e julgamento, para termos condições de possibilidade de um juiz imparcial..... | 245 |

CAPÍTULO 4

| | |
|--|-----|
| Teorias acerca da natureza jurídica do processo (penal)..... | 251 |
| 4.1. Introdução: as várias teorias | 251 |

| | |
|---|-----|
| 4.2. Processo como relação jurídica: a contribuição de Bülow ... | 253 |
| 4.3. Processo como situação jurídica (ou a superação de Bülow por James Goldschmidt)..... | 257 |
| 4.3.1. Quando Calamandrei deixa de ser o crítico e rende homenagens a <i>un maestro di liberalismo processuale</i> . O risco deve ser assumido: a luta pelas regras do jogo | 265 |
| 4.3.2. Para compreender a “obra do autor” é fundamental conhecer o “autor da obra”: James Goldschmidt | 276 |
| 4.4. Processo como procedimento em contraditório: o contributo de Elio Fazzalari | 283 |

CAPÍTULO 5

| | |
|--|-----|
| (Re)construção dogmática do objeto do processo penal: a pretensão acusatória (para além do conceito carneluttiano de pretensão)..... | 291 |
| 5.1. Introdução (ou a imprescindível pré-compreensão) | 291 |
| 5.1.1. Superando o reducionismo da crítica em torno da noção carneluttiana de “pretensão”. Pensando para além de Carnelutti..... | 292 |
| 5.1.2. Teorias sobre o objeto do processo (penal) | 299 |
| 5.2. Estrutura da pretensão processual (acusatória)..... | 303 |
| 5.2.1. Elemento subjetivo | 305 |
| 5.2.2. Elemento objetivo..... | 306 |
| 5.2.3. Declaração petitoria..... | 309 |
| 5.3. Conteúdo da pretensão jurídica no processo penal: punitiva ou acusatória? Desvelando mais uma inadequação da teoria geral do processo | 311 |
| 5.4. Consequências práticas dessa construção (ou por que o juiz não pode(ria) condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição.....) | 318 |