

AURY LOPES JR.

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid.

Professor Titular de Direito Processual Penal da PUCRS. Professor no Programa de Pós-Graduação – Doutorado, Mestrado e Especialização – em Ciências Criminais da PUCRS. Coordenador do Curso de Especialização em Ciências Penais da PUCRS.

Vice-Presidente da Federasul e da Associação Comercial de Porto Alegre.

Parecerista e Conferencista. Advogado Criminalista.

www.aurylopes.com.br

www.facebook.com/aurylopesjr

Fundamentos do **Processo Penal**

Introdução Crítica

2ª edição

2016

 **Editora
Saraiva**



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909

PABX: (11) 3613 3000

SAC: 0800 011 7875

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

www.editorasaraiva.com.br/contato

Direção editorial Luiz Roberto Curia

Gerência editorial Thais de Camargo Rodrigues

Editoria de conteúdo Eveline Gonçalves Denardi

Assistência editorial Bruna Gimenez Boani

Coordenação geral Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan e

Ana Cristina Garcia (coords.)

Adriana Maria Cláudio

Arte e diagramação Isabela Agreia Teles Veras

Revisão de provas Amélia Kassis Ward e

Ana Beatriz Fraga Moreira (coords.)

Wilson Imoto

Serviços editoriais Elaine Cristina da Silva

Kelli Priscila Pinto

Guilherme Henrique M. Salvador

Capa Casa de Ideias / Daniel Rampazzo

Produção gráfica Marli Rampim

Impressão Gráfica Paym

Acabamento Gráfica Paym

ISBN 978-85-02-63662-0

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Lopes Jr., Aury

Fundamentos do processo penal : introdução crítica /
Aury Lopes Jr. — 2. ed. — São Paulo : Saraiva, 2016.

1. Processo penal 2. Processo penal - Brasil I. Título.

15-08037

CDU-343.1

Índice para catálogo sistemático:

1. Processo penal : Direito penal

343.1

Data de fechamento da edição: 25-11-2015

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

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

139.361.002.001

969949

Sumário

Prefácio (original da obra <i>Introdução crítica ao processo penal</i>)	
Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.....	11
Prefácio	
Prof. Dr. Pedro Aragoneses Alonso	17
Nota do autor – 2ª edição	21
Nota do autor.....	23
Texto em homenagem a Eduardo Couture e James Goldschmidt	27
CAPÍTULO 1	
O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade constitucional	31
1.1. Constituindo o processo penal desde a Constituição. A crise da teoria das fontes. A Constituição como abertura do processo penal.....	31
1.2. Superando o maniqueísmo entre “interesse público” <i>versus</i> “interesse individual”. Inadequada invocação do princípio da proporcionalidade	36
1.3. A influência dos movimentos repressivistas. Tolerância zero para quê(quem)? Desvelando a hipocrisia do discurso	41
1.4. Direito e dromologia: quando o processo penal se põe a correr, atropelando as garantias	51
1.5. Princípio da necessidade do processo penal em relação à pena.....	62
1.6. Instrumentalidade constitucional do processo penal	66
1.7. A necessária recusa à teoria geral do processo. Respeitando as categorias próprias do processo penal. Quando Cinderela terá suas próprias roupas?	70

1.8. Inserindo o processo penal na epistemologia da incerteza e do risco: lutando por um sistema de garantias mínimas	80
1.8.1. Risco exógeno	81
1.8.2. Epistemologia da incerteza.....	87
1.8.3. Risco endógeno: processo como guerra ou jogo? ..	90
1.8.4. Assumindo os riscos e lutando por um sistema de garantias mínimas.....	93

CAPÍTULO 2

Teorias da ação e das condições da ação. A necessidade de construção de uma teoria da acusação.....	97
2.1. Para introduzir o assunto.....	97
2.2. Ação processual penal – <i>ius ut procedatur</i> – desde a concepção de pretensão acusatória. Por que não existe “trancamento da ação penal”?	100
2.3. Natureza jurídica da ação processual penal. Caráter público, autônomo e abstrato (ou concreto)?.....	104
2.4. Condições da ação processual penal (e não civil!)	115
2.4.1. Quando se pode falar em condições da ação?	115
2.4.2. Condições da ação penal: equívocos da visão tradicional-civilista	117
2.4.3. Condições da ação penal segundo as categorias próprias do processo penal	120
2.4.3.1. Prática de fato aparentemente criminoso – <i>fumus commissi delicti</i>	121
2.4.3.2. Punibilidade concreta.....	122
2.4.3.3. Legitimidade de parte	123
2.4.3.4. Justa causa.....	124
2.4.3.4.1. Justa causa: existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade	125
2.4.3.4.2. Justa causa: controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal	126
2.4.4. Outras condições da ação processual penal.....	127

2.5. A proposta: teoria da acusação. Reflexos na Santa Trindade “acusação-jurisdição-processo”	128
2.5.1. A necessidade: inadequações decorrentes do conceito tradicional de “ação”. O conceito de “acusação”	128
2.5.2. Requisitos de admissibilidade da acusação	134
2.5.3. Reflexos nos conceitos de jurisdição e processo....	135

CAPÍTULO 3

Jurisdição penal. A posição do juiz como fundante do sistema processual	141
3.1. Sistema acusatório	145
3.2. Sistema inquisitório	150
3.3. O reducionismo ilusório (e insuficiente) do conceito de “sistema misto”: a gestão da prova e os poderes instrutórios do juiz	158
3.3.1. A falácia do sistema bifásico.....	161
3.3.2. A insuficiência da separação (inicial) das atividades de acusar e julgar.....	163
3.3.3. Identificação do núcleo fundante: a gestão da prova	166
3.3.4. O problema dos poderes instrutórios: juízes-inquisidores e os quadros mentais paranoicos	172
3.4. Crítica ao sistema de “justiça negociada” e o falacioso argumento de que se trata de imposição do sistema acusatório. Refletindo sobre a “delação premiada”.....	176

CAPÍTULO 4

Teorias acerca da natureza jurídica do processo (penal).....	191
4.1. Introdução: as várias teorias	191
4.2. Processo como relação jurídica: a contribuição de Bülow	193
4.3. Processo como situação jurídica (ou a superação de Bülow por James Goldschmidt)	197
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.....	205

4.3.2. Para compreender a “obra do autor” é fundamental conhecer o “autor da obra”: James Goldschmidt ...	215
4.4. Processo como procedimento em contraditório: o contributo de Elio Fazzalari	223
CAPÍTULO 5	
(Re)construção dogmática do objeto do processo penal: a pretensão acusatória (para além do conceito carneluttiano de pretensão)	231
5.1. Introdução (ou a imprescindível pré-compreensão)	231
5.1.1. Superando o reducionismo da crítica em torno da noção carneluttiana de “pretensão”. Pensando para além de Carnelutti	232
5.1.2. Teorias sobre o objeto do processo (penal)	239
5.2. Estrutura da pretensão processual (acusatória).....	243
5.2.1. Elemento subjetivo	245
5.2.2. Elemento objetivo.....	246
5.2.3. Declaração petitória.....	249
5.3. Conteúdo da pretensão jurídica no processo penal: punitiva ou acusatória? Desvelando mais uma inadequação da teoria geral do processo	251
5.4. Consequências práticas dessa construção (ou por que o juiz não pode(ria) condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição...).....	258
Referências.....	263