STJ00112829

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. Professor do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS) e Coordenador da Pós-Graduação *online* em Ciências Criminais. 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

7ª edição

2021

saraiva jur

STJ00112829

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057

Lopes Junior, Aury

Fundamentos do processo penal : introdução crítica / Aury Lopes Junior – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
344 p.

Bibliografia

ISBN 978-65-5559-301-3 (impresso)

1. Processo penal - Brasil. I. Título.

CDD 340
20-0518 CDU 343.1(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Processo penal : Brasil

saraiva EDUCAÇÃO | saraiva jur

Av. Paulista, 901, 3º andar
Bela Vista – São Paulo – SP – CEP: 01311-100

SAC | sac.sets@somoseducacao.com.br

Diretoria executiva Flávia Alves Bravin
Diretoria editorial Renata Pascual Müller
Gerência de projetos e produção editorial Fernando Penteado

Planejamento Josiane de Araujo Rodrigues

Novos projetos Sérgio Lopes de Carvalho
Dalila Costa de Oliveira

Edição Clarissa Boraschi Maria (coord.)
Aline Darcy Flôr de Souza

Produção editorial Daniele Debora de Souza (coord.)
Verônica Pivisan Reis

Arte e digital Mônica Landi (coord.)
Camilla Felix Cianelli Chaves
Claudirene de Moura Santos Silva
Deborah Mattos
Guilherme H. M. Salvador
Tiago Dela Rosa

Projetos e serviços editoriais Daniela Maria Chaves Carvalho
Kelli Priscila Pinto
Laura Paraiso Buldrini Filogônio
Marília Cordeiro
Nicoly Wasconcelos Razuk

Diagramação Laís Soriano
Revisão Carolina Massanhi
Capa Roney Camelo
Produção gráfica Marli Rampim
Sergio Luiz Pereira Lopes
Impressão e acabamento Gráfica Paym

Data de fechamento da edição: 5-11-2020

Dúvidas? Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

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.

CL 606861 CAE 742781

STJ00112829

Sumário

Prefácio (original da obra *Introdução crítica ao processo penal*)
Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho 15

Prefácio
Prof. Dr. Pedro Aragoneses Alonso 21

Nota do autor – 7ª edição 25

Texto em homenagem a Eduardo Couture e James Goldschmidt 29

CAPÍTULO 1
O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade constitucional 33

1.1. Constituindo o processo penal desde a Constituição. A crise da teoria das fontes. A Constituição como abertura do processo penal 33

1.2. Superando o maniqueísmo entre "interesse público" *versus* "interesse individual". Inadequada invocação do princípio da proporcionalidade 38

1.3. Direito e dromologia: quando o processo penal se põe a correr, atropelando as garantias 44

1.4. Princípio da necessidade do processo penal em relação à pena 55

1.5. Instrumentalidade constitucional do processo penal 59

1.6. A necessária recusa à teoria geral do processo. Respeitando as categorias próprias do processo penal. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? 63

1.7. Inserindo o processo penal na epistemologia da incerteza e do risco: lutando por um sistema de garantias mínimas .. 74

1.7.1. Risco exógeno 74
1.7.2. Epistemologia da incerteza..... 81
1.7.3. Risco endógeno: processo como guerra ou jogo? .. 84
1.7.4. Assumindo os riscos e lutando por um sistema de garantias mínimas..... 87
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..... 90
1.8.1. A crise existencial do processo penal: é (ainda) o processo o caminho necessário para chegar à pena? 90
1.8.2. Crise identitária da jurisdição penal: um juiz para que(m)? A incompreendida imparcialidade judicial.. 103
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..... 120
1.8.4. É o *plea bargaining* um remédio para a crise do processo penal? Ou um veneno mortal? Analisando a proposta do pacote anticrime..... 143
1.8.4.1. Ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável 143
1.8.4.2. As justificativas para o implemento do *plea bargaining* 147
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..... 152
1.8.4.4. Fim da produção de provas: a supremacia da investigação preliminar 155
1.8.4.5. Supervalorização da confissão: tortura, *plea bargaining*, o (ab)uso da prisão cautelar como instrumento de coerção 157
1.8.4.6. Desconstruindo o *mito fundante* da negociação: ilusão de voluntariedade e consenso 160
1.8.4.7. A desconstrução do argumento economicista: o custo de um superencarceramento 164

STJ00112829

1.8.4.8. Concluindo: a proposta substitutiva ao Projeto Anticrime está na retomada do PL n. 8.045 (Novo CPP) com ajustes 166

CAPÍTULO 2
Teorias da ação e das condições da ação. A necessidade de construção de uma teoria da acusação 169
2.1. Para introduzir o assunto... 169
2.2. Ação processual penal – *ius ut procedatur* – desde a concepção de pretensão acusatória. Por que não existe "trancamento da ação penal"? 172
2.3. Natureza jurídica da ação processual penal. Caráter público, autônomo e abstrato (ou concreto)? 176
2.4. Condições da ação processual penal (e não processual civil!) 187
2.4.1. Quando se pode falar em condições da ação? 187
2.4.2. Condições da ação penal: equívocos da visão tradicional-civilista 189
2.4.3. Condições da ação penal segundo as categorias próprias do processo penal 192
2.4.3.1. Prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti* 193
2.4.3.2. Punibilidade concreta 194
2.4.3.3. Legitimidade de parte 195
2.4.3.4. Justa causa 196
2.4.3.4.1. Justa causa: existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade 197
2.4.3.4.2. Justa causa: controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal 198
2.4.4. Outras condições da ação processual penal 199
2.5. A proposta: teoria da acusação. Reflexos na Santa Trindade "acusação-jurisdição-processo" 200

2.5.1. A necessidade: inadequações decorrentes do conceito tradicional de "ação". O conceito de "acusação" 200
2.5.2. Requisitos de admissibilidade da acusação 206
2.5.3. Reflexos nos conceitos de jurisdição e processo 207

CAPÍTULO 3
Jurisdição penal. A posição do juiz como fundante do sistema processual 213
3.1. Sistema acusatório 217
3.2. Sistema inquisitório 222
3.3. O reducionismo ilusório (e insuficiente) do conceito de "sistema misto": a gestão da prova e os poderes instrutórios do juiz 230
3.3.1. A falácia do sistema bifásico 233
3.3.2. A insuficiência da separação (inicial) das atividades de acusar e julgar 236
3.3.3. Identificação do núcleo fundante: a gestão da prova 239
3.3.4. O problema dos poderes instrutórios: juízes-inquisidores e os quadros mentais paranoicos 243
3.3.5. A estrutura acusatória consagrada no art. 3º-A do CPP e a resistência inquisitória 247
3.3.6. É a justiça negocial uma manifestação do sistema acusatório? Uma análise crítica 252
3.4. A imparcialidade do juiz como princípio supremo do processo penal: dissonância cognitiva, efeito primazia e originalidade cognitiva 256
3.4.1. 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 263
3.4.2. A importância da "originalidade cognitiva" do juiz da instrução e julgamento, para termos condições de possibilidade de um juiz imparcial 267

STJ00112829

CAPÍTULO 4
Teorias acerca da natureza jurídica do processo (penal) 273
4.1. Introdução: as várias teorias 273
4.2. Processo como relação jurídica: a contribuição de Bülow 275
4.3. Processo como situação jurídica (ou a superação de Bülow por James Goldschmidt) 279
4.3.1. Quando Calamandrei deixa de ser o crítico e rende homenagens a *un maestro di liberalismo processuale*. O risco deve ser assumido: a luta pelas regras do jogo 287
4.3.2. Para compreender a "obra do autor" é fundamental conhecer o "autor da obra": James Goldschmidt ... 298
4.4. Processo como procedimento em contraditório: o contributo de Elio Fazzalari 306

CAPÍTULO 5
(Re)construção dogmática do objeto do processo penal: a pretensão acusatória (para além do conceito carneluttiano de pretensão) 315
5.1. Introdução (ou a imprescindível pré-compreensão) 315
5.1.1. Superando o reducionismo da crítica em torno da noção carneluttiana de "pretensão". Pensando para além de Carnelutti 316
5.1.2. Teorias sobre o objeto do processo (penal) 323
5.2. Estrutura da pretensão processual (acusatória) 327
5.2.1. Elemento subjetivo 329
5.2.2. Elemento objetivo 330
5.2.3. Declaração petitória 333
5.3. Conteúdo da pretensão jurídica no processo penal: punitiva ou acusatória? Desvelando mais uma inadequação da teoria geral do processo 335
5.4. Consequências práticas dessa construção (ou por que o juiz não pode(ria) condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição...) 342