

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

8ª edição
2022

saraiva  jur

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
TÍTULO: FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL: INTRODUÇÃO

L864f Lopes Jr., Aury

Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica / Aury Lopes Jr. – 8. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022.

352 p.

ISBN 978-65-5362-148-0 (Impresso)

1. Processo Penal. 2. Pena. 3. Regime de liberdade. 4. Ação processual penal. 5. Admissibilidade da acusação. 6. Acusação. 7. Jurisdição penal. I. Título.


CDD 346.07

2021-4664

CDU 347.7

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito Empresarial	346.07
2. Direito Empresarial	347.7



saraiva
EDUCAÇÃO

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

SAC | sac.sets@saraivaeducacao.com.br

Diretoria executiva Flávia Alves Bravin
Diretoria editorial Ana Paula Santos Matos
Gerência editorial e de projetos Fernando Penteado

Novos projetos Aline Darcy Flor de Souza
Dallia Costa de Oliveira

Gerência editorial Isabella Sánchez de Souza
Edição Liana Ganiko Brito

Produção editorial Daniele Debora de Souza (coord.)
Cintia Aparecida dos Santos
Paula Brito

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
Emilly Larissa Ferreira da Silva
Kelli Priscila Pinto
Klariene Andrielly Giraldi

Diagramação Rafael Cancio Padovan
Revisão Bárbara Padovan
Capa Roney Camelo
Produção gráfica Mari Rampim
Sergio Luiz Pereira Lopes
Impressão e acabamento Gráfica Paym

Data de fechamento da edição: 11-1-2022Dúvidas? 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 CAE

Sumário

Prefácio (original da obra <i>Introdução crítica ao processo penal</i>) Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.....	15
Prefácio Prof. Dr. Pedro Aragonese Alonso (<i>In Memoriam</i>).....	21
Nota do autor – 8ª edição	25
Texto em homenagem a Eduardo Couture e James Goldschmidt	31
CAPÍTULO I	
O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade constitucional	35
1.1. Constituindo o processo penal desde a Constituição. A crise da teoria das fontes. A Constituição como abertura do processo penal	35
1.2. Superando o maniqueísmo entre “interesse público” versus “interesse individual”. Inadequada invocação do princípio da proporcionalidade	40
1.3. Direito e dromologia: quando o processo penal se põe a correr, atropelando as garantias	46
1.4. Princípio da necessidade do processo penal em relação à pena.....	58
1.5. Instrumentalidade constitucional do processo penal	62
1.6. A necessária recusa à teoria geral do processo. Respeitando as categorias próprias do processo penal. Quando Cinderela terá suas próprias roupas?	66
1.7. Inserindo o processo penal na epistemologia da incerteza e do risco: lutando por um sistema de garantias mínimas	77
1.7.1. Risco exógeno	77

1.7.2.	Epistemologia da incerteza.....	83
1.7.3.	Risco endógeno: processo como guerra ou jogo?	86
1.7.4.	Assumindo os riscos e lutando por um sistema de garantias mínimas.....	90
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.....	93
1.8.1.	A crise existencial do processo penal: é (ainda) o processo o caminho necessário para chegar à pena?..	93
1.8.2.	Crise identitária da jurisdição penal: um juiz para que(m)? A incompreendida imparcialidade judicial	107
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.....	125
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.....	148
1.8.4.1.	Ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável.....	148
1.8.4.2.	As justificativas para o implemento do <i>plea bargaining</i>	152
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	157
1.8.4.4.	Fim da produção de provas: a supremacia da investigação preliminar.....	160
1.8.4.5.	Supervalorização da confissão: tortura, <i>plea bargaining</i> , o (ab)uso da prisão cautelar como instrumento de coerção.....	163
1.8.4.6.	Desconstruindo o mito fundante da negociação: ilusão de voluntariedade e consenso.....	166
1.8.4.7.	A desconstrução do argumento economista: o custo de um superencarceramento	169

1.8.4.8. Concluindo: a proposta substitutiva ao Projeto Anticrime está na retomada do PL n. 8.045 (Novo CPP) com ajustes....	172
--	-----

CAPÍTULO 2

Teorias da ação e das condições da ação. A necessidade de construção de uma teoria da acusação.....	175
2.1. Para introduzir o assunto... ..	175
2.2. Ação processual penal <i>ius ut procedatur</i> – desde a concepção de pretensão acusatória. Por que não existe “trancamento da ação penal”?	178
2.3. Natureza jurídica da ação processual penal. Caráter público, autônomo e abstrato (ou concreto)?.....	182
2.4. Condições da ação processual penal (e não processual civil!)	193
2.4.1. Quando se pode falar em condições da ação?	193
2.4.2. Condições da ação penal: equívocos da visão tradicional-civilista	195
2.4.3. Condições da ação penal segundo as categorias próprias do processo penal	198
2.4.3.1. Prática de fato aparentemente criminoso – <i>fumus commissi delicti</i>	199
2.4.3.2. Punibilidade concreta.....	200
2.4.3.3. Legitimidade de parte	201
2.4.3.4. Justa causa.....	202
2.4.4. Outras condições da ação processual penal.....	205
2.5. A proposta: teoria da acusação. Reflexos na Santa Trindade “acusação-jurisdição-processo”	206
2.5.1. A necessidade: inadequações decorrentes do conceito tradicional de “ação”. O conceito de “acusação”.	206
2.5.2. Requisitos de admissibilidade da acusação	212
2.5.3. Reflexos nos conceitos de jurisdição e processo..	213

CAPÍTULO 3

Jurisdição penal. A posição do juiz como fundante do sistema processual	219
---	-----

3.1. Sistema acusatório	223
3.2. Sistema inquisitório	228
3.3. O reducionismo ilusório (e insuficiente) do conceito de “sistema misto”: a gestão da prova e os poderes instrutórios do juiz	236
3.3.1. A falácia do sistema bifásico	239
3.3.2. A insuficiência da separação (inicial) das atividades de acusar e julgar.....	242
3.3.3. Identificação do núcleo fundante: a gestão da prova	245
3.3.4. O problema dos poderes instrutórios: juízes-inquisidores e os quadros mentais paranoicos	249
3.3.5. A estrutura acusatória consagrada no art. 3 ^a -A do CPP e a resistência inquisitória	253
3.3.6. É a justiça negocial uma manifestação do sistema acusatório? Uma análise crítica	258
3.4. A imparcialidade do juiz como princípio supremo do processo penal: dissonância cognitiva, efeito primazia e originalidade cognitiva.....	262
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.	269
3.4.2. A importância da “originalidade cognitiva” do juiz da instrução e julgamento, para termos condições de possibilidade de um juiz imparcial	274

CAPÍTULO 4

Teorias acerca da natureza jurídica do processo (penal)	281
4.1. Introdução: as várias teorias	281
4.2. Processo como relação jurídica: a contribuição de Bülow	283
4.3. Processo como situação jurídica (ou a superação de Bülow por James Goldschmidt)	287
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	295

4.3.2. Para compreender a “obra do autor” é fundamental conhecer o “autor da obra”: James Goldschmidt .	306
4.4. Processo como procedimento em contraditório: o contributo de Elio Fazzalari	314

CAPÍTULO 5

(Re)construção dogmática do objeto do processo penal: a pretensão acusatória (para além do conceito carneluttiano de pretensão).....	323
5.1. Introdução (ou a imprescindível pré-compreensão)	323
5.1.1. Superando o reducionismo da crítica em torno da noção carneluttiana de “pretensão”. Pensando para além de Carnelutti	324
5.1.2. Teorias sobre o objeto do processo (penal)	331
5.2. Estrutura da pretensão processual (acusatória).....	335
5.2.1. Elemento subjetivo	337
5.2.2. Elemento objetivo	338
5.2.3. Declaração petítória.....	341
5.3. Conteúdo da pretensão jurídica no processo penal: punitiva ou acusatória? Desvelando mais uma inadequação da teoria geral do processo	343
5.4. Consequências práticas dessa construção (ou por que o juiz não pode(ria) condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição.....)	350