

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO  
Escola de Direito, Turismo e Museologia  
Departamento de Direito

Júlia Torquetti Dias Santos

**O PRESO CAUTELAR NO BRASIL:  
uma denúncia a partir da estética**

Ouro Preto  
2022

Júlia Torquetti Dias Santos

**O PRESO CAUTELAR NO BRASIL:  
uma denúncia a partir da estética**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes.

Coorientadora: Profa. Ma. Yollanda Farnezes Soares.

Área de concentração: Ciências Sociais Aplicadas.

Ouro Preto

2022



## FOLHA DE APROVAÇÃO

Júlia Torquetti Dias Santos

### O PRESO CAUTELAR NO BRASIL: uma denúncia a partir da estética

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito

Aprovada em 13 de janeiro de 2022.

#### Membros da banca

Dra. Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais - Orientadora - Universidade Federal de Ouro Preto  
Ma. Yollanda Farneses Soares - Coorientadora - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
Dr. André de Abreu Costa - Universidade Federal de Ouro Preto  
Esp. Mariana Gonçalves de Souza Silva - Universidade Federal de Ouro Preto

Dra. Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais, orientadora do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 13/01/2022.



Documento assinado eletronicamente por **Flaviane de Magalhaes Barros Bolzan de Morais, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 13/01/2022, às 14:54, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.ufop.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0268008** e o código CRC **48627167**.

*Aos meus amores...*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, à Deus, pela graça da vida. Aos meus pais, Micheline e Reynaldo, e à minha irmã, Laura, pelo amor e apoio incondicional e por terem me dado a oportunidade de me tornar quem eu sou. Aos meus avós por me guardarem em suas orações. Ao meu amor, Mike, às minhas amigas e aos meus primos por tornarem a vida colorida e leve.

Agradeço, ainda, à Universidade Federal de Ouro Preto, a todos os meus professores, em especial a minha orientadora, Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes, e a coorientadora, Professora Mestra Yollanda Farnezes Soares, e aos profissionais com quem tive a honra de aprender, por me mostrarem que o Direito pode ser um instrumento de mudança e forma de luta para garantia dos direitos fundamentais à toda pessoa humana.

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo demonstrar que o processo penal, que deveria ter como função ser antídoto à justiça privada, passa, na verdade, a ser o próprio veneno, eis que, cautelarmente, infringe direitos fundamentais do acusado preso, tanto pelo sistema prisional brasileiro, quanto pela ausência do Juiz das Garantias. Tal hipótese será demonstrada por meio de revisão bibliográfica. Primeiramente, será explicada a diferença entre o processo penal da pessoa acusada em situação de liberdade e do preso. Ademais, será analisado o sistema prisional brasileiro como uma instituição total e órgão público violador dos direitos fundamentais do acusado preso. Será discutido, ainda, como violências estatais no sistema prisional e a ausência de dois juízes horizontais, atuando no processo penal em diferentes fases no primeiro grau, tem como consequência a extenuação dos direitos fundamentais do preso cautelar, ao analisar a estética da audiência de instrução e julgamento. Por fim, pretende-se constranger o interlocutor a fim de buscar e sugerir argumentos de autocorreção para o processo penal cautelar, sendo o principal deles a necessidade de efetivação do Juiz das Garantias e da refundação da teoria da cautelaridade no processo penal.

Palavras-chave: Processo Penal Cautelar. Direitos Fundamentais. Juiz das Garantias. Estética.

## **ABSTRACT**

This work aims to demonstrate that the criminal process, which was to serve as an antidote to private violence, actually becomes the poison itself, as it, as a precaution, infringes on the fundamental rights of the accused incarcerated, both by the Brazilian prison system, as for the absence of the Judge of the Guarantees. This hypothesis will be demonstrated through a literature review. First, the difference between the criminal procedure of the free accused and the prisoner will be explained. Furthermore, the Brazilian prison system will be analyzed as an total institution and public body that violates the fundamental rights of the accused incarcerated. Afterwards, it will be discussed how state violence in the prison system and the absence of two horizontal judges, acting in the criminal process at different stages, has the consequence of violating the fundamental rights of the provisional detainee, when analyzing the aesthetics of the investigation and trial hearing. Finally, the intention is to constrain the interlocutor in order to seek and suggest self-correction arguments for the precautionary criminal proceeding, the main one being the need for the execution of the Guarantees Judge and the refoundation of the precautionary theory in criminal proceedings.

**Keywords:** Precautionary Criminal Proceeding. Fundamental Rights. Court of Warranties. Aesthetics.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CPP	Código de Processo Penal
DF	Distrito Federal
DOU	Diário Oficial da União
MC	Medida Cautelar

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>OS DOIS TIPOS DE PROCESSO PENAL EXISTENTES.....</b>	<b>11</b>
<b>3</b>	<b>O SISTEMA PENAL DESLEGITIMANDO O ACUSADO PRESO .....</b>	<b>15</b>
<b>4</b>	<b>A ESTÉTICA DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO COMO FORMA DE DENÚNCIA.....</b>	<b>19</b>
<b>5</b>	<b>DO ARGUMENTO DE AUTOCORREÇÃO: DESVELANDO A POSSIBILIDADE DE UM PROCESSO PENAL CAUTELAR ACUSATÓRIO .....</b>	<b>22</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>27</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>29</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil, das 755.274 pessoas privadas de liberdade, 229.823, ou seja, 30,4%, foram presos em razão da decretação da prisão cautelar, segundo dados do Anuário de Segurança Pública de 2020, feito pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 14 2020 (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Sabe-se que o processo penal cautelar, no qual se inclui a prisão cautelar, não é alvo de forte debate jurídico e larga produção acadêmica, tendo em vista o movimento político de uma população com mentalidade inquisitória, que visa o recrudescimento das medidas cautelares pessoais como resposta estatal rápida (BARROS; DALLE, 2021), ou seja, se vê, na prisão cautelar, a possibilidade de imediatamente punir com um mal aquele que, supostamente, cometeu uma violência (crime), sem se atentar ao sistema acusatório do processo penal, previsto constitucionalmente.

Assim, o processo, que era pra servir de antídoto à violência privada, passa a ser o próprio veneno. Isto porque, o processo penal que deveria ser meio de garantia constitutiva dos direitos fundamentais (BARROS, 2006, 2007, 2008), como forma de impedir a justiça privada, passa, em verdade, a permitir o recrudescimento das prisões cautelares, vide o número de presos cautelares supra citado, como meio de impor ao acusado violência que ele, supostamente, praticou quando do cometimento do delito; infringindo, portanto, direitos fundamentais do acusado preso, tanto pelo sistema prisional brasileiro, quanto pela ausência do Juiz das Garantias, o que será demonstrado pela análise da estética da audiência de instrução e julgamento.

Dessa forma, este trabalho tem como objetivo analisar a estética da audiência de instrução e julgamento de um acusado preso e demonstrar como este tem seus direitos fundamentais violados pela prisão, aqui tida como uma instituição total, e pela ausência de um Juiz das Garantias. Após discutir tal objetivo, pretende-se buscar argumentos de autocorreção ao processo penal cautelar, ou seja, meios de efetivar o modelo acusatório previsto na Constituição da República, sendo o principal argumento a necessidade de efetivação do Juiz das Garantias.

Tal hipótese será demonstrada por meio de uma revisão bibliográfica, que será feita em quatro capítulos. No primeiro, será explicada a diferença entre o processo penal de um acusado que responde em liberdade e de um acusado preso cautelarmente, assim como a diferença entre prisão cautelar e prisão pena. Ademais, será explicado como um acusado pode ser preso sem

uma sentença penal condenatória transitada em julgado e como, após a decretação dessa prisão, é difícil que ele seja posto, novamente, em liberdade.

Em seguida, será analisado o sistema prisional brasileiro como uma instituição total e como órgão público violador dos direitos fundamentais do acusado preso.

Nesse sentido, no capítulo seguinte, pretende-se demonstrar como violências estatais no sistema prisional e a ausência de dois juízes atuando no processo penal em diferentes fases, no primeiro grau, (investigação e análise da admissibilidade da denúncia, assim como na instrução e no julgamento) tem como consequência a violação à direitos fundamentais do preso cautelar, ao analisar a estética da audiência de instrução e julgamento do acusado preso.

Outrossim, por meio da estética da parcialidade da audiência de instrução e julgamento, vez que o juiz que tem acesso aos indícios de informação produzidas pela polícia na fase de investigação e na análise da admissibilidade da denúncia, pretende-se demonstrar, também, que a suspensão de parte do artigo 3º da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (BRASIL, 2019) pela ADIn 6.298, tem como consequência a manutenção da inquisitorialidade do processo penal.

Neste sentido, a discussão a respeito da estética da audiência de instrução e julgamento do acusado preso como forma de denúncia, tem como marco teórico o processo como garantia constitucional, assim como a teoria da dissonância cognitiva e das instituições totais (GOFFMAN, 1974). Ademais, é tido como marco teórico a estética, analisada por meio do livro “Iniciação à estética”, escrito por Ariano Suassuna (2013), e do artigo “A secularização da inquisitorialidade do processo penal vista pela imagem da audiência de instrução e julgamento”, escrito por Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes e Marcus Vinícius Pimenta (2020).

## 2 OS DOIS TIPOS DE PROCESSO PENAL EXISTENTES

O processo penal no Brasil funciona de duas formas. Na primeira, que deveria ser a regra, o acusado responde em liberdade e apenas cumprirá pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A pena está temporalmente após a apuração do fato supostamente criminoso, respeitando os princípios do contraditório, ampla defesa, imparcialidade e fundamentação da decisão (BARROS, 2018).

Tem-se, portanto, que o poder de punir do Estado é pulverizado, principalmente, pelo princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado, sendo o processo penal visto como garantia constitucional.

Na segunda forma de funcionamento do processo penal, na qual o acusado pode ser preso antes da sentença penal condenatória ou antes mesmo de haver o recebimento da denúncia, há uma relativização dos princípios supra citados, vez que são possíveis as prisões cautelares, nas quais: “[...] se pode prender alguém, em qualquer fase ou momento do processo ou da investigação preliminar, inclusive em grau recursal, desde que exista uma ‘necessidade cautelar’, isto é, o preenchimento do requisito e fundamento cautelar (art. 312).” (LOPES JUNIOR, 2021, p. 251).

Tudo isto significa, em síntese, que o acusado pode ser preso antes de sequer haver uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Isto porque, conforme ensina Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes e Ulisses Moura Dalle (2021), a hipermodernidade, que traz consigo a necessidade de se abreviar o tempo, somado ao emergencialismo penal, que também pode ser entendido como uma gana pela imposição de pena ao acusado, faz com que não seja possível aguardar o tempo necessário à formação de culpa no processo.

Assim, o problema de não se esperar o tempo necessário para formação da culpa do acusado, ou seja, eventual sentença penal condenatória transitada em julgado, por meio do uso da cautelaridade como resposta estatal imediata, se consubstancia na execução provisórias das sentenças, o que significa a extenuação do princípio da presunção de inocência<sup>1</sup>. Dessa forma, no processo penal brasileiro vigoram a cautelaridade permanente, mas que deveria ser provisória e excepcional, e a executoriedade provisória, que deveria ser iniciada apenas com a

---

<sup>1</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]”. (BRASIL, 1988).

condenação transitada em julgado, o que faz com que seja impossível discutir o caso penal sem a privação de liberdade do acusado (BARROS; DALLE, 2021).

Atualmente, são possíveis dois tipos de prisões cautelares no Brasil, a Prisão Preventiva e a Prisão Temporária (LOPES JÚNIOR, 2021), sendo que estas, em teoria, conforme lição de Aury Lopes Júnior, tem como função: “[...] garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar” (LOPES JUNIOR, 2021, p. 252). Em outras palavras, as prisões cautelares deveriam garantir a investigação ou instrução processual, além de neutralizar o risco de reiteração de condutas criminosas.

Nesse sentido, o art. 311 do Código de Processo Penal, prevê que “[...] em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial” (BRASIL, 1941), não podendo ser decretada de ofício (art. 282, §2º do CPP).

A necessidade de requerimento para que seja declarada a prisão cautelar, trazida pela Lei nº 13.964/2019, aproxima a legislação processual penal das normas constitucionais, em especial da necessidade de se efetivar o sistema acusatório previsto, no qual as partes atuam em contraditório e com ampla argumentação (BARROS; DALLE, 2021).

Quanto ao procedimento das prisões preventivas, tem-se que as bases para decretação destas são: a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais; assim como a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, conforme os incisos I e II do art. 282 do CPP (BRASIL, 1941).

Exige-se, ainda, que se cumpram os demais requisitos para a decretação da prisão preventiva, sendo eles: prova de materialidade e indícios de autoria, além do perigo causado pelo estado de liberdade do acusado, e desde que a prisão preventiva seja necessária para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (BARROS; DALLE, 2021).

O Código de Processo Penal, ainda, estabelece outras exigências para decretação da prisão cautelar, quais sejam: a motivação da decisão que decreta a prisão (art. 315 do CPP) e; o não cabimento de outra medida cautelar (BRASIL, 1941).

Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Pelo caráter de ultima *ratio* concedida a prisão pelo nosso ordenamento jurídico e a supremacia da presunção de inocência, se faltar algum dos elementos acima citados a prisão preventiva não deve ser decretada ou deve ser revogada.

Assim, em razão da estrutura acusatória do processo penal prevista na Constituição da República, a prisão cautelar tem um caráter temporário, o que significa que ela deve perdurar enquanto existir a necessidade, forem cumpridos os requisitos e as hipóteses de cabimento (art. 315 do CPP), devendo ser revisada a cada 90 dias (art. 316, parágrafo único do CPP).

Entretanto, o que acontece de fato é que, apesar do princípio da provisoriedade (art. 316 do CPP), não há um prazo máximo para a prisão preventiva, de forma que a cada 90 dias há apenas uma renovação da prisão anteriormente decretada, sem que haja verdadeira reanálise dos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Isto fica claro quando 229.823 presos, ou seja, 30,4% destes, foram recolhidos nas prisões em razão da decretação da prisão provisória, conforme dados do Anuário de Segurança Pública de 2020, feito pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 14 2020 (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Ademais, o Juiz não se vê obrigado a cumprir tal prazo, vez que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a inobservância do reexame obrigatório não induz, necessariamente, a revogação da prisão preventiva (VALENTE; CALEGARI, 2020).

Deve-se levar em conta, ainda, todos os problemas da fundamentação das decisões com os fundamentos vagos e, portanto, irrefutáveis, conforme ensina Aury Lopes Júnior:

O grande problema é que, uma vez decretada a prisão, os argumentos “falsificados” pela construção linguística são inverificáveis e, portanto, irrefutáveis. Se alguém é preso porque o juiz aponta a existência de risco de fuga, uma vez efetivada a medida, desaparece o (pseudo)risco, sendo impossível refutar, pois o argumento construído (ou falsificado) desaparece. (LOPES JUNIOR, 2021, p. 283).

Outrossim, não há que se falar em cognição sumária ou de meros elementos de informação, angariados de forma unilateral pela acusação como característica cautelar, o que, na prática, fundamenta as decisões que decretam prisões cautelares. Ao revés, no processo penal cautelar a cognição há de ser ampla, profunda, exaustiva e cuidadosa, sempre atenta à credibilidade epistêmica dos elementos que fundamentam a decisão (BARROS; DALLE, 2021).

Dessa forma, as medidas cautelares passam a ser facilitadoras da atuação da acusação, em consequência, o poder de punir do Estado não vê barreiras, enquanto as garantias

processuais e os direitos fundamentais do acusado são depreciados pela prisão e pela ausência de um juiz das garantias.

Por todo o exposto, conclui-se que o juiz atua como garantidor do processo e da acusação, e não dos direitos fundamentais do preso, havendo sobreposição da cautelaridade e da executoriedade (BARROS; BONACCORSI, 2016), de modo que muitos acusados passam grande parte do processo submetidos ao sistema carcerário brasileiro, que o deslegitima como pessoa.

Em resumo, tem-se que, além dos fundamentos das prisões cautelares serem vagos, as decisões serem parcamente fundamentadas em elementos com credibilidade epistêmica e o acusado preso não ter sua prisão verdadeiramente reexaminada no prazo de noventa dias, o Poder Judiciário vê na prisão uma forma de impor imediatamente a pena a quem supostamente cometeu um crime e, por isso, legitima a antecipação do poder de punir do Estado (LOPES JUNIOR, 2021, p. 287).

### 3 O SISTEMA PENAL DESLEGITIMANDO O ACUSADO PRESO

A situação do acusado preso é muito bem descrita por Mia Couto:

Versos do Prisioneiro (4)

Mãos frias  
sobre os ferros frios.

O meu corpo não me reconhece,  
o meu ser perdeu o espelho.

De que lado está a cidade?

Para que as grades  
se já não sei  
de que lado dorme a cela?

Estes ferros meus,  
meu corpo mineral,  
estranham, em mim,  
as mãos  
que já foram minhas. (COUTO, 2016, p. 53).

Assim, cumpre estabelecer que o sistema carcerário brasileiro, onde o preso cautelar é recolhido, será aqui interpretado como uma instituição total, vez que, para Goffman:

[...] uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada (GOFFMAN, 1974, p. 11).

O acusado, preso cautelarmente, não mais possui contato com o mundo externo, vive naquela instituição, que supre toda sua sociabilidade, ali toda sua vida acontece com um grupo de outros presos, nos horários e da forma determinada pela administração daquela cadeia. Não há preocupação com o seu bem-estar, eis que está ali para que a sociedade seja protegida dos perigos que intencionalmente deu causa (GOFFMAN, 1974, p. 17).

Assim, para entender o que o acusado preso sofre ao ser admitido no sistema prisional, é necessário lembrar que ele é um ser humano, um “eu”, fruto de suas relações familiares, de seus bens, de seu *smartphone*, das músicas que escuta, do seu corte de cabelo, das maquiagens e perfumes que usa, dos programas que assiste na televisão, das roupas e sapatos que escolhe usar, de sua rotina, de seus amigos, dos lugares que frequenta, e tudo isso é sistematicamente mortificado por esta instituição total.

Primeiramente, o acusado é obrigado a usar um uniforme, seu cabelo é cortado, os seus bens são tomados, ele passa a ser identificado por um número, perde até o nome, não é mais identificado pelos papéis que interpretava no mundo externo, não tem controle de como será visto, ali ele se permitirá ser conformado e modelado de acordo com os desejos da máquina administrativa (GOFFMAN, 1974, p. 26).

Outrossim, o acusado preso perde o sentido de segurança pessoal (GOFFMAN, 1974, p. 29), ele sabe que está em um ambiente que não garante sua integridade moral e física, até porque, o sistema carcerário brasileiro é considerado um estado de coisas inconstitucional, ocasionado por violações generalizadas de direitos fundamentais e pela inercia estatal, conforme ADPF – 347 MC/DF (BRASIL, 2016).

Entrementes, apesar do judiciário brasileiro em seu mais alto nível, ter identificado o problema do sistema carcerário brasileiro, este não melhorou, vez que, além de retirar toda a identidade do preso cautelar e tudo o que ele entende de si numa instituição total, os impactos produzidos pelo reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, até o presente momento, não são capazes de alterar os problemas estruturais do sistema carcerário, porquanto os poderes apresentaram respostas que seguem a mesma natureza das políticas desenvolvidas tradicionalmente no Brasil, ou seja, inquisitórias (BARROS, 2018).

Em outras palavras, não foram adotadas medidas capazes de acabar com a superlotação dos presídios. Ao revés, o número de presos, em especial o número de presos provisórios, ainda cresce em porcentagem (SILVA *et al.*, 2021).

Ademais, a mentalidade inquisitória, presente no imaginário brasileiro, ou seja, a dificuldade de se efetivar direitos fundamentais e garantias processuais, em especial a presunção de inocência, impede que juízes, políticos, legisladores e o povo como um todo, busquem mudanças a fim de resguardar os direitos fundamentais do preso.

Ainda, em outras palavras, a mentalidade inquisitória pode ser consubstanciada na ânsia de recrudescimento das medidas cautelares pessoais como resposta estatal rápida (BARROS; DALLE, 2021), ou seja, se vê na prisão cautelar, a possibilidade de imediatamente punir com um mal aquele que, supostamente, cometeu uma violência (crime), sem se atentar ao sistema acusatório do processo penal, previsto constitucionalmente.

Nesse sentido, cito o entendimento de Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes e Ulisses Moura Dalle:

Como ainda não se desenvolveu uma teoria da cautelaridade penal sustentada pelos princípios reitores do processo penal – em especial a presunção de inocência –, torna-se fácil a atitude reativa dos aplicadores à nova legislação; aplicadores que,

subsidiados por uma teoria de base autoritária, acabam mantendo suas decisões no mesmo espaço teórico e dogmático anterior, sem buscar incorporar os avanços de uma teoria alicerçada em princípios constitucionais e convencionais, como é o caso do modelo constitucional de processo. Logo, é necessário desenvolver uma teoria da cautelaridade própria para o processo penal, que permita e justifique mudanças não só legislativas, mas também mudanças no padrão decisório para adequar o processo penal cautelar ao Estado Democrático de Direito. (BARROS; DALLE, 2021, p. 8).

O que acontece é que o sistema carcerário, como parte do sistema penal, é um símbolo da dominação ideológica, que serve à sociedade neoliberal capitalista atual, na qual nada vale a vida de uma pessoa se comparada ao acúmulo de capital (BARROS; PIMENTA, 2020).

A preservação de direitos fundamentais de um acusado preso não gera acúmulo de capital, mas, ao contrário, parece ser um desserviço aos “cidadãos de bem” que precisam de investimentos e empréstimos vultuosos para continuar produzindo e lucrando. Ora, como pode o Estado se preocupar em ter um juiz das garantias, um sistema carcerário que não fira de morte todos os direitos fundamentais do preso, quando deve se ocupar com o perdão das dívidas de grandes bancos e empresas?

Ocorre, ainda, que, não só os donos do capital pensam desta forma. O povo como um todo, a classe média e os que estão na pobreza, são incapazes de se reconhecerem no acusado preso e, por não sentirem qualquer tipo de empatia por ele, acreditam ser um absurdo eventuais investimentos e reformas que visam preservar os direitos fundamentais do preso.

Nesse sentido, Tatiana Ribeiro de Souza, descreve bem o sentimento de não identificação das pessoas com o acusado preso, que impede com que medidas sejam adotadas para melhorar as condições do sistema carcerário brasileiro:

O discurso impetrante é de que a preocupação com o outro está vinculada ao merecimento, que a proteção ao humano deve ser medida pela capacidade que ele tem de reconhecer o benefício, fazer bom uso dele e corresponder ao investimento feito. As políticas sociais de um estado, por exemplo, estão sob permanente questionamento quanto à sua conveniência, uma vez que são quase sempre mantidas em face daqueles que não as ‘merecem’ (SOUZA, 2014, v. 1, p. 318).

Sobre o tema, ainda, a banda Racionais MCs, em uma de suas letras, descreve o valor do acusado preso:

Ratata'tá, mais um metrô vai passar  
Com gente de bem, apressada, católica  
Lendo o jornal, satisfeita, hipócrita  
Com raiva por dentro, a caminho do Centro  
Olhando pra cá, curiosos, é lógico  
Não, não é não, não é o zoológico  
Minha vida não tem tanto valor  
Quanto seu celular, seu computador. (DIÁRIO..., 1997).

Dessa forma, o que se tem é um sistema carcerário que mortifica o “eu” do preso, por ser uma instituição total e ainda, fere os seus direitos fundamentais, afetando-lhe muito além do físico, fazendo-o se sentir com menos valor que um objeto. Ademais, não há perspectiva de melhora, tendo em vista que pessoas comuns não se identificam com um acusado preso e condenam qualquer tentativa de melhoria das prisões brasileiras.

Para finalizar este capítulo com a sensibilidade do poeta, que é capaz de tocar a mais fria alma, cito, novamente, o poema de Mia Couto, no qual se resume tudo que foi explanado neste capítulo, ou seja, que o preso cautelar tem sem “eu” mortificado pela prisão antes da sentença penal condenatória, assim como seus direitos fundamentais estraçalhados:

Versos do Prisioneiro – A sentença  
*Você*  
*tem que aprender*  
*a respeitar a vida humana*, disse o juiz.

Parecia justo.

Mas o juiz  
não sabia que, para muitos,  
a vida não é humana.

O prisioneiro retorquiu:  
há muito me demiti de ser pessoa.

E proferiu, por fim:  
um dia,  
a nossa vida será, enfim,  
viva e nossa. (COUTO, 2016, p. 57).

#### 4 A ESTÉTICA DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO COMO FORMA DE DENÚNCIA

Para entender o papel da estética da audiência de instrução e julgamento do acusado preso como uma ferramenta de auto correção, é preciso, primeiro, estabelecer o que é estética.

Para Ariano Suassuna, grande mestre brasileiro:

A estética está dentro de um entendimento filosófico, realista, objetivista e normativo. Investiga o objeto estético e interessa-se pelas essências: seu campo são os primeiros princípios do campo estético. A estética não legisla sobre a arte, eis que é somente uma atividade reflexiva efetuada sobre os primeiros princípios do campo estético. (SUASSUNA, 2013, p. 22).

Por ser uma atividade reflexiva, a filosofia emprega métodos para sua utilização. Da mesma forma, o objetivo da análise filosófica da estética é a busca da verdade. Nesse sentido, cite-se, novamente, Ariano Suassuna:

A verdadeira Estética filosófica emprega, ao mesmo tempo, o método intuitivo, o indutivo e o dedutivo, considerando que, dada a complexidade dos estudos estéticos, quanto mais sutil e penetrante for o caminho empregado para o cerco da verdade, mais se torna possível pressentir a essência da Beleza e da Arte — esse objetivo supremo, duro, belo, enigmático e fascinante da Estética. (SUASSUNA, 2013, p. 198).

Outrossim, não se pode olvidar da possibilidade de produção de conhecimento jurídico pela estética, uma vez que a linguagem da exclusão é, muitas vezes, encoberta pela racionalidade do processo penal, mas se evidencia pela observação da estética dos seus atos.

Destarte, partindo da premissa de que a estética do processo penal é funcional a manutenção do *status quo*, a sua análise provoca no espectador, ao menos, um estranhamento (BARROS; PIMENTA, 2020).

Assim, a fim de analisar o que a estética da audiência de instrução e julgamento denuncia, uso a narração desta, feita por Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes e Marcus Vinicius Pimenta:

Todos estão de terno (ou toga), menos o acusado que está de uniforme vermelho do presídio (preso cautelar) ou roupa comum. Durante a instrução, o acusado, em regra, não fala, como não é iniciado no rito, seu advogado é quem fala por ele; no último ato probatório, com o cenário já formado, é possível a fala no interrogatório. No interrogatório é frequente o estímulo do juiz e do acusador para que o acusado confesse – há atenuação da pena... – e qualquer fala anterior à sua parece ter mais credibilidade; a todo tempo o acusado é energicamente confrontado com o que a vítima e os outros disseram, e basta ver as sentenças para enxergar qual fala tem mais peso.

Sem entender a ordem do discurso, o rito da audiência permanece para o acusado como algo da órbita do sagrado. Todo aquele teatro lhe é demasiadamente estranho.” (BARROS; PIMENTA, 2020, p. 229).

De todo este teatro, conclui-se que o réu é colocado numa posição inferior, não se mostra como queria, está de uniforme, com os cabelos raspados, as mãos algemadas, ele não entende o discurso do juiz, do seu advogado, do promotor, discursos que são feitos para se distanciarem do acusado pelo grau de complexidade das palavras, das frases.

O acusado preso, que já se sentia não humano, já tinha tido seu “eu” mortificado por meio da instituição total na qual passou grande parte de seu processo, demonstra sua inferioridade na audiência, na sua postura, nos seus silêncios e confirma que não é pessoa quando o juiz lhe incentiva a confessar e descredibiliza suas falas, a fim de perseverar na sua escolha de condenação do acusado, tomada ainda nas fases processuais preliminares, quais sejam, investigação e análise da admissibilidade da denúncia, o que será melhor explicado abaixo.

Outrossim, a estética da audiência de instrução e julgamento de um acusado preso demonstra a parcialidade do sistema processual brasileiro que é, constitucional e utopicamente, acusatório.

O acusado preso, além de considerar todo aquele rito e discurso estranho, se vê réu de um sistema penal que em tese prega a imparcialidade do juiz e o julgamento por meio das provas produzidas em contraditório, mas que continua inquisitório, na mente da população e do próprio juiz, que já teve acesso a indícios de provas para tomar uma decisão que tende a lhe guiar no julgamento.

A comprovação deste fato, além da teoria da dissonância cognitiva, que será melhor explicada posteriormente, se dá por meio da estética da audiência de instrução e julgamento supra descrita, no que tange ao estímulo do Juiz para que o acusado confesse e, assim, ele possa confirmar sua hipótese escolhida, a imputação do crime ao acusado, ainda na fase de investigação ou na análise de admissibilidade da acusação.

Dessa forma, a estética da audiência de instrução e julgamento e de todo o processo penal não é a da imparcialidade, vez que o juiz não está objetivamente afastado das partes, ele conhece dos fatos (objeto do processo) e decide sobre medidas cautelares (pré-julgamentos) através da versão unilateral do acusador e forma sua pré compreensão, que o condiciona (LOPES JUNIOR; TITTER, 2016).

Da mesma forma, pela teoria da dissonância cognitiva, o ser humano que quando confrontado com duas hipóteses discordantes e escolhe uma, depois, busca manter a primeira

hipótese aceita para reduzir o desconforto psicológico que teria ao reconhecer que errou numa primeira decisão e que a outra hipótese é a correta<sup>2</sup>.

Assim, como os elementos e indícios de informação produzidos sem contraditório na investigação preliminar são os primeiros que o juiz tem contato, antes mesmo de ter acesso à prova produzida em contraditório, e eles são os condutores da hipótese do julgador sobre os fatos, que tende a manter sua hipótese nas decisões seguintes.

Por todo o exposto, pela análise da estética da audiência de instrução e julgamento, tem-se que o acusado preso está ali com o seu “eu” mortificado, vítima de todos os golpes aos seus direitos fundamentais que acontecem na prisão, não tem acesso aos discursos das partes e se vê réu de um juiz que tomou conhecimento do objeto do processo muito antes daquele momento, que já formou seu convencimento em decisões interlocutórias que podem ter sido proferidas, inclusive, antes do oferecimento da denúncia e será mantido, conforme explicado pela teoria da dissonância cognitiva.

---

<sup>2</sup> “A dissonância cognitiva pode ser considerada uma condição antecedente que leva à atividade orientada para a redução da dissonância, tal como a fome conduz à atividade orientada no sentido de redução da fome.”. (FESTINGER, 1975, p. 13).

## **5 DO ARGUMENTO DE AUTOCORREÇÃO: DESVELANDO A POSSIBILIDADE DE UM PROCESSO PENAL CAUTELAR ACUSATÓRIO**

A fim de trazer argumentos possíveis de autocorreção do processo penal cautelar, considerando que o sistema carcerário brasileiro é uma instituição total que continuamente fere os direitos fundamentais do preso, fato este demonstrado pela estética da audiência de instrução e julgamento, e que não há perspectiva de melhora, tendo em vista que pessoas comuns não se identificam com um acusado preso e condenam qualquer tentativa de melhoria das prisões brasileiras, em razão da mentalidade inquisitória brasileira, passa-se a defesa do Juiz das Garantias como forma de tornar o processo penal verdadeiramente acusatório, conforme previsto na Constituição da República.

Sabe-se que o sistema penal acusatório prima pela imparcialidade, aqui tida como equidistância do juiz em relação às partes (ANDOLINA; VIGNERA, 1997) e exige a ausência de vínculos subjetivos, objetivos e psicológicos, sendo este consubstanciado na ausência de decisão anterior do juiz quanto à mesma causa, seja em outro grau ou fase do procedimento.

Assim, tem-se que o Juiz das Garantias, enquanto garantidor da ausência de vínculos psicológicos, é um mecanismo para assegurar-se a imparcialidade do juiz e a acusatoriedade de toda a estrutura do processo penal. Isto porque, ao invés de um único julgador ser responsável por atuar na fase de investigação, na análise de admissibilidade da acusação e na instrução e julgamento, dois juízes de mesmo grau atuam em fases distintas. Dessa forma, o juiz das garantias, atuaria na fase de investigação e na análise de admissibilidade da acusação, já o juiz da instrução, assim chamado o segundo juiz a atuar no processo, seria responsável pela instrução e julgamento.

O juízo de garantia será, então, responsável pela necessária interlocução com o órgão de acusação e a polícia judiciária na fase investigativa. Por isso seu papel de garante do Estado Democrático de Direito, assegurando os direitos fundamentais de vítimas, testemunhas e pessoas investigadas, indiciadas ou denunciadas, deve sobrepor qualquer outra função jurisdicional.

Assim, cuidado na análise dos elementos informacionais que subsidiarão possível decisão cautelar *inaudita altera pars*, proferida com imparcialidade deve ser feita por juízo diverso daquele que atuará na instrução criminal em contraditório e proferirá a decisão de mérito.

Tal mudança concretizada pelo texto legal do art. 3º B e 3º C da Lei 13.964/2019 é um avanço civilizatório para o processo penal brasileiro, pois tem como foco direto a cidadania e a

proteção de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário no sistema de Justiça Criminal (BRASIL, 2019). Isto porque, após o momento da investigação, com a denúncia admitida por presentes os requisitos legais e a justa causa, o juízo da instrução e julgamento atuará na formação do juízo de conhecimento exclusivamente baseado nas provas produzidas em contraditório (e nos documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas e de antecipação de provas, 3º- C, § 3º, c/c artigo 155, do CPP).

Com isso, a norma visa proteger o juízo de mérito contra o enviesamento e formação prematura da hipótese sobre o caso penal que seria causado pelo seu contato com o acervo investigativo produzido sem contraditório efetivo e com surpresa.

A fim de entender o Juiz das Garantias como um meio de dar mais um passo no projeto democrático constitucional, cito os artigos 3º - A a 3º - F:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.299) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

XI - decidir sobre os requerimentos de: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

- a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- c) busca e apreensão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- d) acesso a informações sigilosas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- § 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- § 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.299) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)
- § 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- § 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- § 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.299) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6.299)

Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.299) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)

Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.299) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência). (BRASIL, 1941).

Tal garantia, como já dito, foi introduzida no Brasil, pelo artigo 3º da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 e representa uma projeção do princípio da imparcialidade, que na parte final da regra do art. 252, III do CPP<sup>3</sup>, traz a hipótese de impedimento do juiz que já se pronunciou de fato e de direito sobre a questão discutida nos autos.

Entretanto, com a suspensão de parte da reforma do Código de Processo Penal, Lei nº 13.964, concedida na ADIn 6.298, por meio de uma decisão monocrática e manifestamente ilegal (LIMINAR..., 2021), continua-se o sistema anterior, no qual o juiz que decreta a prisão cautelar do acusado, que tem o papel de atuar como garantidor no inquérito policial, proferindo uma decisão interlocutória, é o mesmo que instrui o processo, interroga o acusado e profere julgamento. Este juiz já teve acesso ao acervo investigativo produzido pela polícia ou pelo Ministério Público, conhece os indícios de autoria e materialidade, inclusive os usou para decretação da prisão cautelar e tende a manter a decisão anteriormente tomada, conforme explica a teoria da dissonância cognitiva.

Ao estabelecer as seguintes premissas: todos são sujeitos de direito e devem ser tratados com dignidade (artigo 1º, III), todos são iguais (artigo 5º, caput), não deve existir arbitrariedade; a lei democrática precede o fato (legalidade, artigo 5º, II e XXXIX), é garantido o devido processo constitucional (artigo 5º, LIV), são garantidos o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV), são inadmissíveis as provas ilícitas (artigo 5º, LVI), o estado de inocência é regente do processo penal (artigo 5º, LVII), todas as decisões devem ser fundamentadas (artigo 93, IX),

---

<sup>3</sup> “O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: [...] III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; [...]” (BRASIL, 1941).

são separadas as funções de acusar e julgar (artigo 129, I); a Constituição de 1988 determina que o processo penal seja acusatório (BRASIL, 1988). É impensável a convivência dessas garantias com a inquisitorialidade.

Portanto, somente a acusatorialidade é constitucional. Assim, como é pressuposto o respeito à Constituição, o processo penal deve ser acusatório, com a efetivação do Juiz das Garantias.

Outrossim, não se pode olvidar a necessidade da estruturação da cognição sobre prisão cautelar, se incluindo, nesta, a perspectiva empírica robusta, sendo impossível a decretação da prisão sem a presença de sólidos elementos de informação que permitam uma análise sobre materialidade, coautoria e risco de fuga ou risco para instrução, com cognição ampla, profunda, exaustiva e cuidadosa dos elementos, com credibilidade epistêmica, que fundamentam a decisão que decreta a prisão cautelar (BARROS; DALLE, 2021).

Assim, para que se diminua o número de presos cautelares, as decisões devem se fundar apenas no risco de fuga e/ou risco de intervenção sobre a atividade investigativa estatal, conforme sistema interamericano de proteção aos direitos humanos (BARROS; DALLE, 2021), de forma que o processo penal cautelar deixe de proteger o resultado útil do processo (eventual aplicação da pena) e passe a neutralizar os riscos às faculdades que a acusação tem de produzir provas ou executar a sentença condenatória.

Por fim, considerando o sistema prisional brasileiro como uma instituição total que, cautelarmente, infringe os direitos fundamentais do acusado preso, tem-se que a prisão cautelar deve se diferenciar da prisão pena no que tange a inequivalência, devendo aquela sempre estar aquém desta em termos de intervenção sobre os direitos do preso (BARROS; DALLE, 2021). Dessa forma, a prisão cautelar deve se caracterizar pela abertura, sendo facultado ao acusado liberdade nos limites territoriais do claustro, facultando-lhe amplo acesso ao mundo exterior, seja por meio de visitas, acesso ao seu celular, à faculdades, à internet, ao trabalho, à templos religiosos (BARROS; DALLE, 2021).

Destarte, deve haver, ainda, rigidez quanto ao prazo de reavaliação da prisão provisória, em razão do seu caráter temporários, sendo que não se admite que a prisão cautelar seja tão longa quanto a prisão pena (BARROS; DALLE, 2021).

## 6 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é possível concluir que a estética da audiência de instrução e julgamento de um réu preso demonstra sua subalternidade, causada pela violação aos seus direitos fundamentais no sistema prisional por um longo período, tendo sido sua prisão decretada por uma decisão baseada em fundamentos vagos e em elementos de cognição sumária, e pela ausência de um processo penal que tenha a imparcialidade do juiz como fundamento da acusatoriedade, de forma que é imprescindível a efetivação do Juiz das Garantias.

Como analisado, o juiz atua como garantidor do processo e da acusação, e não dos direitos fundamentais do preso, havendo sobreposição da cautelaridade e da executoriedade, de modo que muitos acusados passam grande parte do processo submetidos ao sistema carcerário brasileiro, que o deslegitima como pessoa por ser uma instituição total.

Assim, além dos fundamentos das prisões cautelares serem vagos, as decisões serem parcamente fundamentadas em elementos com credibilidade e o acusado preso não ter sua prisão verdadeiramente reexaminada no prazo de noventa dias, o Poder Judiciário vê na prisão uma forma de impor imediatamente a pena a quem supostamente cometeu um crime e, por isso, legitima a antecipação do poder de punir do Estado.

Assim, a fim de colocar as garantias processuais e os direitos fundamentais do acusado preso como barreiras à acusação e ao poder de punir do estado, deve-se refundar a teoria da cautelaridade do processo penal, de forma que os elementos de prova devem ser analisados a partir de uma perspectiva empírica robusta, de forma que a prisão só pode ser decretada se houver a presença de sólidos elementos de informação, que permitam uma análise sobre materialidade, coautoria e risco de fuga ou risco para instrução, com cognição ampla, profunda, exaustiva e cuidadosa dos elementos que devem fundamentar a decisão.

Ainda, considerando o sistema prisional brasileiro como uma instituição total que cautelarmente infringe os direitos fundamentais do acusado preso, tem-se que a prisão cautelar deve se diferenciar da prisão pena no que tange a inequivalência. Dessa forma, a prisão cautelar deve se caracterizar pela abertura, sendo facultado ao acusado liberdade nos limites territoriais da prisão, facultando-lhe amplo acesso ao mundo exterior. Ademais, deve ser controlado com rigidez o prazo de reavaliação da prisão provisória, em razão do seu caráter temporário.

Dessarte, considerando que somente a acusatoriedade é constitucional e que é pressuposto o respeito à Constituição, o processo penal deve ser acusatório, com a efetivação do Juiz das Garantias.

Assim, a reforma da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que instituiu o juiz das garantias e excluiu o acervo do inquérito policial das fases de instrução e julgamento, aumentou a efetividade do princípio da imparcialidade no processo e a estética da imparcialidade: o juiz responsável pela instrução e julgamento não terá contato com acervo investigativo preliminar e poderá ter sua originalidade cognitiva no processo de conhecimento fundada em provas produzidas em contraditório, sem dissonância cognitiva e sem que seja estimulado por um procedimento inquisitório a criar hipóteses antes do debate sobre os fatos.

É importante lembrar que a Constituição de 1988 determina que o processo penal seja acusatório, de forma que é impensável a convivência dessa garantia com a inquisitorialidade. Portanto, repita-se, somente a acusatorialidade é constitucional e, como forma de implementação desta, é necessária a efetivação do juiz das garantias.

O juízo de garantias e a determinação da exclusão dos autos de investigação são introduções legislativas que além de sua ancoragem ao princípio acusatório é um reforço das técnicas procedimentais que concretizam o princípio da imparcialidade.

Destarte, não há qualquer fundamento válido para se reconhecer a inconstitucionalidade formal e material dos artigos 3-A, 3-B, 3-C, 3-D, 3-E e 3-F, introduzidos pelo art. 3º da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (DOU de 24/12/2019, Edição Extra).

Assim, é premente a necessidade de se reconhecer a constitucionalidade do juízo de garantias e de refundar a teoria da cautelaridade do processo penal.

## REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile**. 2. ed. Torino: Giappichelli Editore, 1997.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. **Duc in Altum Cadernos de Direito**, [S. l.], v. 10, p. 05-33, 2018.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo. **Revista do Instituto de Hermeneutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 6, p. 131-148, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma Teoria Geral do Processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, executivo e jurisdicional. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos. (org.). **O Brasil que queremos - Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora Puc-Minas, 2006, 1 v. p. 227-238.

BARROS, Flaviane de Magalhães; BONACCORSI, D. V.. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro - um estudo a partir da 'operação lava jato'. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [S. l.], v. 122, p. 122-144, 2016.

BARROS, Flaviane de Magalhães; DALLE, Ulisses Moura. **Processo Penal Cautelar: em busca de uma teoria para garantia de direitos fundamentais**. [S. l.: s. n.], 2021. No prelo.

BARROS, Flaviane de Magalhães; PIMENTA, Marcus Vinicius. A secularização da inquisitorialidade no processo penal vista pela imagem da audiência de instrução e julgamento. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 171, p. 225-249, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf). Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, p. 19699, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, p. 1, 24 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Custodiado – integridade física e moral – sistema penitenciário – arguição de descumprimento de preceito fundamental –

adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema penitenciário nacional – superlotação carcerária – condições desumanas de custódia – violação massiva de direitos fundamentais – falhas estruturais – estado de coisas inconstitucional – configuração. [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de fevereiro de 2016. Brasília: STF, [2016]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 16 fev. 2021.

COUTO, Mia. **Poemas escolhidos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

DIÁRIO de um detento. Intérprete: Racionais MC's. Compositores: Mano Brown e Josemir Prado. *In*: SOBREVIVENDO no inferno. Intérprete: Racionais MC's. São Paulo: Cosa Nostra, 1997. Spotify.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. [S. l.]: FBSP, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-final.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1974.

LIMINAR suspendendo juiz das garantias por um ano é ilegal, diz Gilmar Mendes. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 18 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-18/liminar-suspendendo-juiz-garantias-ilegal-gilmar-mendes>. Acesso em: 21 dez. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima; TITTER, Ruiz. Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito**, Recife, v. 8, n. 16, p. 55-91, set./dez. 2016.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV (Online)**, São Paulo, v. 15, p. 1-37, 2019.

SILVA, Camila Rodrigues da *et al.* População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia. **G1**, [S. l.], 17 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 30 dez. 2021.

SOUZA, Tatiana Ribeiro de. Auschwitz é aqui. *In*: CORREIA, Rubens. (org.). **Criminologia do Cotidiano**: crítica às questões humanas através das charges de Carlos Latuff. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 1 v. p. 293-322.

SUASSUNA, Ariano. **Iniciação à estética**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013.

VALENTE, Fernanda; CALEGARI, Luiza. Ausência de renovação da prisão após 90 dias não revoga preventiva, diz STF. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 15 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-15/ausencia-renovacao-prisao-90-dias-nao-revoga-preventiva>. Acesso em: 08 nov. 2021.