

UNIVERSIDADE VILA VELHA - ES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SEGURANÇA PÚBLICA

**JUÍZES SEM ROSTO FRENTE O IDEAL DE PROTECIONISMO
INTEGRAL NA DINÂMICA DO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

ALTIVO MACIEL BARROS SILVA

VILA VELHA
FEVEREIRO / 2020

UNIVERSIDADE VILA VELHA - ES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SEGURANÇA PÚBLICA

**JUIZES SEM ROSTO FRENTE O IDEAL DE PROTECIONISMO
INTEGRAL NA DINÂMICA DO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

Dissertação apresentada à Universidade Vila Velha, como pré-requisito do Programa de Pós-graduação em Segurança Pública, para a obtenção do grau de Mestre em Segurança Pública.

ALTIVO MACIEL BARROS SILVA

VILA VELHA
FEVEREIRO / 2020

Catlogação na publicação elaborada pela Biblioteca Central / UVV-ES

S586j	<p>Silva, Altivo Maciel Barros Juizes sem rosto frente o ideal de protecionismo integral na dinâmica do combate ao crime organizado / Altivo Maciel Barros Silva. – 2020. 54 f.; il.</p> <p>Orientador: Danilo Roberto Pereira Santiago.</p> <p>Dissertação (Mestrado em Segurança Pública) - Universidade Vila Velha, 2020. Inclui bibliografias.</p> <p>1. Segurança pública. 2. Crime organizado. 3. Poder judiciário - Estratégias. I. Santiago, Danilo Roberto Pereira. II. Universidade Vila Velha. III. Título.</p> <p>CDD 363.3</p>
-------	---

ALTIVO MACIEL BARROS SILVA

**JUÍZES SEM ROSTO FRENTE O IDEAL DE PROTECIONISMO
INTEGRAL NA DINÂMICA DO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

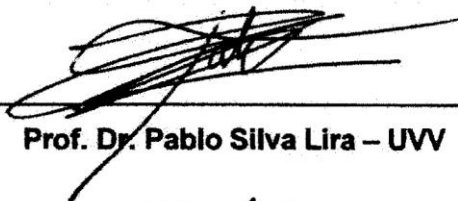
Dissertação apresentada à Universidade Vila Velha, como pré-requisito do Programa de Pós-graduação em Segurança Pública, para a obtenção do grau de Mestre em Segurança Pública.

Aprovada em 05 de fevereiro de 2020,

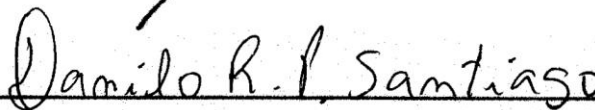
Banca Examinadora:



Profa. Dra. Carla Geovana Fonseca da Silva de Castro – SECTI/ES



Prof. Dr. Pablo Silva Lira – UVV



Prof. Dr. Danilo Roberto Pereira Santiago – UVV

Orientador

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

Apresentação da dissertação.....	08
1. Introdução geral.....	09
2. Resultados.....	14
2.1 Capítulo 1 Da teoria do “contrato social” rumo ao “garantismo” frente o ideal de protecionismo integral social.....	16
2.2 Capítulo 2 Aplicação do “juiz sem rosto” no combate ao crime organizado e a garantia da segurança pública como núcleo essencial dos direitos fundamentais do mínimo existencial.....	28
2.3. Conclusões.....	49
REFERÊNCIAS	51

RESUMO

ALTIVO, Maciel Barros Silva, M.Sc, Universidade Vila Velha – ES, fevereiro de 2020. **Juízes sem rosto frente o ideal de protecionismo integral na dinâmica do combate ao crime organizado.** Orientador: Danilo Roberto Pereira Santiago.

As organizações criminosas estão em expansão no território nacional, elas vêm sendo um dos maiores desafios para as políticas de segurança pública. Para combatê-las, é preciso ter um dinamismo investigativo, que venha a adimplir o compromisso do Estado para com a sociedade, cumprindo assim o modelo proposto no Contrato Social. Uma das possibilidades de enfrentar o crime organizado é por meio da aplicação do método “juiz sem rosto”. O presente trabalho discutiu a necessidade prática e as questões jurídicas sobre a possibilidade de aplicação de estratégias de combate ao crime organizado, visando obter uma paridade de forças em equilíbrio de reação, diante do aparelhamento tecnológico e armamentista do crime, que atua intimidando as autoridades precursoras da persecução penal. A pesquisa fez um comparativo teórico entre o crime organizado e as possibilidades utilizadas pelas autoridades para combatê-lo. Afinal, o agente público atuante na atividade de persecução penal, o Juiz prolator de uma atividade jurisdicional, representa o Estado no cumprimento do contrato social, e não a si próprio, daí porque a sua não identificação momentânea protege a sua imparcialidade, trazendo-lhe maior segurança na prolação jurisdicional, ou atividade investigativa e persecutória, de forma que garante a segurança no ativismo judicial e investigativo com eficiência de atuação.

Palavras-Chave: Estratégias. Organizações criminosas. Segurança pública. Paz social.

ABSTRACT

ALTIVO, Maciel Barros Silva, M.Sc, University of Vila Velha – ES, February de 2020.
PUBLIC SECURITY: THE DYNAMICS IN COMBAT ORGANIZED CRIME. Advisor:
Danilo Roberto Pereira Santiago.

Criminal organizations are expanding in the national territory, they have been one of the biggest challenges for public security policies. To combat them, it is necessary to have an investigative dynamism that will fulfill the State's commitment to society, thus fulfilling the model proposed in the Social Contract. One of the possibilities of facing organized crime is by applying the “faceless judge” method. The present work discusses the practical necessity and the legal questions about the possibility of applying strategies to combat organized crime, aiming to obtain a parity of forces in equilibrium of reaction, facing the technological and armamentary equipment of the crime, which acts intimidating the precursor authorities. criminal prosecution. The research aims to make a theoretical comparison between organized crime and the possibilities used by the authorities to combat it.

Keywords: Strategies. Criminal organizations. Public security. Social peace.

APRESENTAÇÃO

Esta dissertação de mestrado fez parte de um dos projetos do Grupo de Pesquisa em Segurança Pública da Universidade Vila Velha. Grupo de pesquisa cadastrado no CNPq, coordenado pelo professor Danilo Roberto Pereira Santiago, docente do Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública da UVV.

O interesse pelo tema surgiu a partir de experiência acadêmica em contato com a matéria de ciências criminais, e a percepção de observador sobre como se perpetra as forças tendenciosas a trazer objeções ao equilíbrio harmônico proposto pelo contrato social, criando uma organização paradigma, e paralela, ao Estado Constitucional Democrático de Direito.

Essa pesquisa foi realizada no primeiro momento analisando o modelo do contrato social, e pesquisas teóricas sobre o assunto, coadunando com a possibilidade de ocultação de autoridades precursoras da persecução penal, protetoras do contrato social a que se encontra imbuída a Constituição da República Federativa vigente.

Nesse sentido, na tentativa de contribuir com o processo de participação das autoridades imbuídas de Poder Público, e diante da obrigatoriedade na aplicação da lei penal face o crime organizado, em proteção ao Estado Democrático de Direito Constitucional, é que se propõe um modelo, com plausibilidade factível de aplicação, à atual legislação vigente, visando atender os anseios da atividade jurisdicional nos moldes do modelo proposto do sistema acusatório, e investigativo, e sua importância voltada para os elementos de identificação de autoria e materialidade delitiva dessa infração penal, em garantia da segurança pública.

INTRODUÇÃO GERAL

O Direito avança historicamente em constante mutação, por ser um sistema aberto, potencialmente modificado conforme evolução da tecnologia, e das culturas das sociedades, podendo ser aprimorado ao adquirir e incorporar novos conhecimentos, novas técnicas a serem aplicadas, de acordo com o momento cultural da sociedade, é uma ciência que evolui junto com os problemas sociais.

Inicialmente, a indagação que se perfaz, retoma o motivo pelo qual uma estratégia de dar segurança aos precursores da persecução penal ao crime organizado, ocultando seus nomes, para dar-lhes melhores condições de exercerem a tarefa de combate a esse tipo crime a que estão imbuídos, poderia ser utilizado no Brasil, pois o Estado de Direitos deve estar mais bem organizado e aparelhado, com dinâmicas de reação para conhecer a atuação do crime organizado. Afinal, se assim não fosse, de outra forma não haveria como essas estratégias conhecerem o campo de atuação, o modo de agir, e a identificação dos operadores do crime organizado.

Não há motivos para amparar de forma desigual o crime organizado, em proteção a direitos humanos individuais, e deixar descoberta a sociedade do manto de proteção constitucional, eis que, em sendo assim, protege-se cada indivíduo que aderiu ao modelo do contrato social, ao fazer parte do instituto social. Ademais ainda, o crime organizado se perfaz mais atuante e, em maior expansão do que as técnicas de investigação do aparato estatal do Estado de Direitos. Existe um desequilíbrio de direitos e garantias individuais que tornam vulneráveis os direitos e garantias da sociedade. Teoricamente, os direitos e garantias da sociedade da qual os indivíduos fazem parte devem se sobrepor aos direitos e garantias individuais de integrantes de grupos criminosos, em paridade e equilíbrio de confrontação.

A tecnologia, e a força letal crescente em favor do crime organizado, desafia um dinamismo tecnológico, e também letal, em desfavor do Estado de Direitos, portanto para confrontar deve igualar as forças antagônicas. Uma vez que o crime organizado se encontra instalado dentro do aparato organizacional do Estado, existem formas do Estado também se instalar infiltrado dentro do crime organizado. Existem fontes legislativas e técnicas investigativas que permitem tal eficiência e eficácia para conhecer e desmantelar a forma de atuação e, as fontes de custeio do crime organizado.

Afinal, crime organizado pode ser assim definido:

Crime organizado é uma forma de atividade criminosa dentro do sistema social composta por redes centralizadas e descentralizadas de pelo menos três atores envolvidos em um contínuo empreendimento ilícito cujo tamanho, finalidade e estrutura e liderança dependem do objetivo da organização. Sua ação se aproveita de oportunidades criadas por leis, regras, costumes sociais e é impulsionada pelo lucro ou pela obtenção de alguma forma de poder que proporcione ascensão social por meio do uso de capital econômico ou político. Membros desta rede podem ou não pertencer aos subterrâneos da sociedade. Em alguns casos usam a força ou ações fraudulentas para extorquir suas vítimas. Em outros, fornecem bens e serviços ilícitos para consumidores em mercados nos quais tais atividades são permitidas graças à complacência de agentes corruptos dos setores públicos e privado, que são recompensados por meio de favores políticos ou pagamentos diretos ou indiretos. (ALBINI; MCILLWAIN, 2012, p. 81-82).

No Brasil foi promulgada a Lei 9.034/1995, em 3 de maio, de 1995, introduzida no ordenamento jurídico com o objetivo de combater a atuação de organizações criminosas, dispondo a respeito da “utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, mas somente em 24 de julho de 2012 foi promulgada a Lei 12.694, que permitiu o julgamento colegiado em primeiro grau, sem identificação de um único juiz, e sim, de uma turma composta por 3 juízes, que julgam crimes relacionados ao crime organizado, e posteriormente com a Lei 12850/2013 houve a tipificação do crime de integrar organização criminosa, seus requisitos, sua definição legal, bem como as respectivas consequências penais (CHAVES, 2016).

Sobre o tema, Luiz Flávio Gomes de forma muito elucidativa definiu que “[...] se caracteriza por não revelar sua identidade civil. Juiz sem rosto é o juiz cujo nome não é divulgado, cujo rosto não é conhecido, cuja formação técnica é ignorada. Do juiz sem rosto nada se sabe, salvo que dizem que é juiz”, portanto trata-se tão somente de uma estratégia de ocultar o nome do agente público (GOMES, 2014).

O exemplo de agentes públicos que exercem função de risco no exercício do cargo de autoridade imbuída de poder decisório, por serem representantes do Estado, são os Juízes, Promotores de Justiça, e Delegados de Polícia, bem como agentes públicos atuantes na persecução penal, pois, por serem os responsáveis diretos de decretações de prisões, regressões de regimes, sentenças e outros atos, se colocam em situações de extrema vulnerabilidade, e como infelizmente a criminalidade é imensamente maior e melhor aparelhada do que as forças policiais, na prevenção e contenção da atuação do crime organizado fica prejudicada, as políticas sociais se tornam ineficientes, e todas as medidas existentes para conter o

avanço e expansão do crime no território são ineficientes, tão somente com o colegiado decisório proposto pela Lei 12.850/13, cujos nomes não são ocultados.

O modelo do “juiz sem rosto” foi timidamente utilizado na América do Sul, em países como a Colômbia, Peru, México e Nicarágua, pois, já passou sob o crivo de avaliação da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH.

Historicamente, em 1993, ocorrido no Peru, Jaime Castillo Petruzzi foi acusado de participar de grupo “terrorista” de esquerda “Túpac Amaru”, por participação em tentativas de sequestro de empresários. Pelo que consta em registros históricos, ele foi condenado em apenas três horas por uma Corte militar formada por juízes mascarados. O caso foi levado à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2007 que constatou violação de diversos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de “pacto de San José da Costa Rica”, a CIDH condenou o Peru pela prática dos julgamentos sumários com tal utilização de “juízes sem rosto”, por se tratar de um tribunal de exceção, criado posterior ao fato delituoso ocorrido, e ficou conhecido como caso “Castillo Petruzzi e outros vs. Peru”. (GOMES, 2014, p. 1).

Na Europa o combate ao crime organizado foi acirrado, principalmente na Itália, onde o julgamento a tais crimes foram feitos por colegiados, com grande destaque no combate ao crime organizado a partir de 1992, a “operação mãos limpas”, combatendo a corrupção que assolou os poderes públicos desse país, onde se verificou a ocorrência de figura assemelhada ao “juiz sem rosto”, que preservava a identidade das autoridades judiciárias envolvidas nas investigações e julgamentos.

O legislador brasileiro seguiu exemplos de casos bem-sucedidos ocorridos em outros países, e buscou dar garantia de condições dignas de trabalho aos magistrados atuante no combate ao crime organizado, tal qual países como o México, Colômbia, Peru, Nicarágua, Itália, França, Bélgica e Suíça, mas sem nenhuma eficiência nas estratégias, diante de intimidações e ameaças praticadas pelo crime às autoridades imbuídas da tarefa de combater o crime organizado.

É importante ressaltar que no caso acima mencionado, Jaime Castillo Petruzzi, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assim se manifestou, pois, se tratou de um tribunal criado após o fato delituoso julgado, o que não é admitido pelo direito internacional, em proteção ao ser humano, mas, o que o presente trabalho apresentou, foi um modelo a ser publicizado e disponibilizado à sociedade anteriormente aos fatos delituosos serem praticados, podendo ser previamente conhecido para sua constitucional aplicação aos delitos específicos de integrar

crimes organizados em todas as suas modalidades associativas, cuja gravidade se pretende combater.

O uso de estratégias de combate, buscando paridade de forças, das autoridades imbuídas de poder de Estado, a fim de cumprirem seus encargos na persecução penal ao crime organizado, e as feições como se apresenta em plataforma terrorista, sem ter seus nomes imediatamente revelados para o réu, nem mesmo para a defesa técnica, é um importante fator favorável à segurança das autoridades públicas participantes do sistema acusatório e investigativo. Aguardar por um momento mais propício, para que seja dado publicidade de tal identificação, traz mais segurança ao que vier a decidir, ou investigar.

Por razões de política criminal social, em proteção das autoridades e, aos indivíduos que compõe o modelo do contrato social, manter o interesse público sobre o privado, bem como o interesse do coletivo sobre o individual, integraliza, de forma harmônica, a atuação dos poderes do Estado Democrático de Direitos com a segurança pública da nação. Estas autoridades podem ser identificadas posteriormente ao julgamento ou á conclusão das investigações, em contraditório postergado diferido. Dessa forma, não haveria prejuízos com implicações de impedimentos e suspeições que fossem aplicados ao que já se encontra julgado, a identificação após a conclusão da fase investigativa ou, após a formação do processo criminal instaurado nos moldes do sistema acusatório, e após o provimento jurisdicional concluído, em fase recursal seguinte, sempre postergando a identificação das autoridades participantes do sistema acusatório e investigativo para uma fase processual seguinte, evita que esses profissionais venham a sofrer ameaças, coações, e intimidações, como estratégias de atuação do crime.

Assim, ao aplicar esse mesmo critério no julgamento de recursos, sempre com identificação velada das autoridades envolvidas na investigação dos crimes organizados, na formação da opinião delitiva, e na atividade jurisdicional, e recursal, protege-se a imparcialidade na conclusão do que foi julgado. Indaga-se, portanto, que o Estado pode cumprir de forma mais eficaz o compromisso com o contrato social através da ocultação momentânea do agente público, Juiz prolator de uma atividade jurisdicional, como forma de proteção pessoal deste agente, e da própria sociedade, na medida em que irá proceder tomada de decisões livre de coações, com maior imparcialidade e segurança. O problema abordado aduz a necessidade de utilização do juiz sem rosto como fonte de fortalecimento do garantismo integral social, tonificando o cumprimento do compromisso do Estado com o contrato social.

O objetivo com a revisão de literatura, que compõem os dois capítulos, é demonstrar que, protegendo a sociedade da qual cada indivíduo que a ela aderiu faz parte, também se protege o indivíduo em sua essência, posto que, não se concebe a perpetuação da espécie humana de forma isolada, sendo necessária a vida social. E, enquanto vida em sociedade, há adimplências ao modelo de contrato social de ambas as partes, buscando-se um equilíbrio harmônico, deve haver uma sobreposição de garantias sociais, em sobreposição às garantias individuais.

A pesquisa, como forma metodológica, fez um comparativo teórico, demonstrando a responsabilidade social do Estado com a segurança pública e para com a coletividade, garantidor de liberdades públicas e individuais, visando o interesse comum, que é a manutenção da harmonia e da paz social.

O Capítulo 1, **'DA TEORIA DO "CONTRATO SOCIAL" RUMO AO "GARANTISMO" FRENTE O IDEAL DE PROTECIONISMO INTEGRAL SOCIAL'**, pode ser referenciado da seguinte maneira: Silva, A. M. B.; Santiago, D. R. P. DA TEORIA DO "CONTRATO SOCIAL" RUMO AO "GARANTISMO" FRENTE O IDEAL DE PROTECIONISMO INTEGRAL SOCIAL; In: Danilo Roberto Pereira Santiago, Erika da Silva Ferrão, Pablo Silva Lira (Orgs.). **TEMAS INTERDISCIPLINARES EM SEGURANÇA PÚBLICA**; fez parte de capítulo de livro publicado, Coleção Justiça, Direitos Humanos e Criminologia. v. 2. Curitiba: CRV, 2018. Cap. 6, p. 97-110.

O Capítulo 2, **'APLICAÇÃO DO "JUIZ SEM ROSTO" NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO E A GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA COMO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO MÍNIMO EXISTENCIAL'**, pode ser referenciado da seguinte maneira: SILVA, A. M. B.; SANTIAGO, D. R. P. Aplicação do Juiz Sem Rosto no combate ao crime organizado e a garantia da Segurança Pública como núcleo essencial dos direitos fundamentais do mínimo existencial. In: Sílvia dos Santos de Almeida; Sônia Cristina Lima Chaves; André Luiz Nunes Zogahib; Edgard Vinícius Cacho Zanette; Maria Regina Lopes Gomes. (Org.). **Segurança Pública: Direitos Humanos e Sistemas de Justiça**. 1ed.Salvador/BA: EDUFBA, 2018, v. 1, p. 1-22; tratou-se de capítulo aceito para publicação.

Em ambos os capítulos, apresentam-se modelos de proteção do ser humano, que modelam os indivíduos, em seu ser, ao dever ser, enquanto indivíduo componente do corpo social, e ao estabelecer garantias que protegem mais a sociedade do que o indivíduo que dela faz parte, protege-se esse mesmo indivíduo em sua essência, visando integrá-lo a um modelo ideal de convivência social.

2. RESULTADOS

O Capítulo 1, estabelece um comparativo entre o garantismo teorizado por Luigi Ferrajoli, em sua obra “Direito e Razão: Garantismo Penal”, publicada em junho de 1989, que consiste em aplicar ao direito penal os direitos e as garantias fundamentais do ser humano, previstos na Constituição e nas leis; e, em outra senda, apresenta justificativas para fortalecer o vínculo social, tonificando a visão de Douglas Fischer, que tem como pressuposto a proteção dos direitos individuais sociais, porém, direitos individuais em uma concepção harmônica social equilibrada, conforme sua obra “O que é garantismo penal integral?” (FISCHER, 2017)

Apresenta modelos de contenção do avanço do crime organizado, que assola a sociedade causando um desequilíbrio nas cláusulas não adimplidas previstas no modelo de contrato social expressado na obra “o leviatã” (HOBBS, 2003), estabelecendo um vínculo que justifica a preponderância da “soberania popular”, na visão de Rousseau (ROUSSEAU, 2002), como componente de um dos polos desse contrato social, neste ato representado em sentido figurado pelo Estado, enquanto aparato estrutural aparelhado para adimplir com suas cláusulas sociais, da qual cada indivíduo aderente, e dele faz parte, tem proteção em suas liberdades sociais.

Daí apresenta no Capítulo 2, um modelo estratégico de viabilizar ao indivíduo e, à sociedade, o acesso ao canal que modela o indivíduo para viver em sociedade, exigindo-lhes o cumprimento das cláusulas do contrato social para convivência social harmônica, exigindo de seu ser, o cumprimento de seu dever ser, de forma que, através do acesso ao Poder de Justiça do Estado, pode-se alcançar com eficácia e eficiência a adimplência da sociedade no objetivo perquirido pelo contrato social, que é a paz e harmonia entre os indivíduos na convivência em sociedade.

Razão pela qual, diante a afronta perpetrada pelo crime organizado, que visa desestruturar as bases de sustentação do Estado e estabelecer um modelo de dominação em forma de um “estado paralelo”, aplicando formas de intimidação e violência não legitimada contra os protagonistas da persecução dessa ciência do “dever ser”, modeladas pelas cláusulas do contrato social, é que apresenta o presente trabalho o modelo do “juiz sem rosto” como forma de estratégia de combate ao crime organizado, pois o agente público que reproduz a execução de cláusulas do Estado no cumprimento do contrato social, representa o Estado figurando a soberania social, e não a si próprio, não lhe sendo viável personificar

suas decisões, e 'encarnar' o caminho de um decreto condenatório, em reação à esses indivíduos desviantes, que se organizam criminosamente.

CAPÍTULO 1

DA TEORIA DO “CONTRATO SOCIAL” RUMO AO “GARANTISMO” FRENTE O IDEAL DE PROTECIONISMO INTEGRAL SOCIAL

Silva, A. M. B.; Santiago, D. R. P. DA TEORIA DO “CONTRATO SOCIAL” RUMO AO “GARANTISMO” FRENTE O IDEAL DE PROTECIONISMO INTEGRAL SOCIAL; In: Danilo Roberto Pereira Santiago, Erika da Silva Ferrão, Pablo Silva Lira (Orgs.). **TEMAS INTERDISCIPLINARES EM SEGURANÇA PÚBLICA** (Coleção Justiça, Direitos Humanos e Criminologia. v. 2). Curitiba: CRV, 2018. Cap. 6, p. 97-110.

Capítulo de livro publicado

Idioma do capítulo publicado: Português

1. INTRODUÇÃO

Ao abordar a responsabilidade social do Estado, frente o contrato social, com o objetivo de ponderar a proporcionalidade do vícios garantista levando-se em conta o fim social almejado pela lei, e pela própria constituição, busca-se dar primazia à segurança pública da coletividade, protegendo-se liberdades públicas e individuais de cidadãos integrantes do contexto social, através de comparação teórica com métodos e conceitos teóricos bibliográficos.

1.1. DA TEORIA DO “CONTRATO SOCIAL”

O centro da justificação do estado em Hobbes, conforme consta em sua obra “o leviatã” (HOBBS, 2003), constrói a ideia do estado moderno absoluto que não conhecia direitos fundamentais, mas entende que os indivíduos formam o estado para concretizá-los, em particular, justamente para obter a segurança para o livre exercício de seus direitos fundamentais, dos quais a segurança pública faz parte, pois, antes da formação dos Estados, os indivíduos estavam em determinado “estado da natureza”, sem ordem jurídica, e sem soberano, com liberdade ilimitada, porém sem segurança.

Nesse estado da natureza não é possível desenvolver atividades econômicas, não é possível desenvolver uma sociedade, por que sempre estará o homem em iminência de risco, com inquietação psicológica de ser atacado. O homem do estado da natureza, ao aderir a um “contrato social”, abre mão de parcela da sua antes ilimitada liberdade, entregando-a ao soberano, ao leviatã, que lhe garante a segurança, e aí estaria implantado o estado absoluto, que evoluiu para um Estado de Direitos, em que a própria população se torna a soberana.

Para Rousseau (ROUSSEAU, 2002), ao apresentar distinções que ratificam o modelo contido no “contrato social”, para justificar a “soberania popular”, e o que podemos chamar de uma opção coativa a um verdadeiro “contrato de adesão social”, a vontade geral não significa a vontade de todos, uma vez que a vontade geral representa o interesse comum dos membros da sociedade, enquanto que a vontade de todos corresponde apenas à soma dos interesses particulares.

Porém, as teorias são lentes a partir das quais se enxerga um mesmo fenômeno, através de diversos e diferentes pontos de vista, por isso não existe esta ou aquela teoria correta, fazendo-se frequentemente necessário certo ativismo judicial para dar eficácia à segurança pública como direito fundamental, em utilização de técnicas jurídico-constitucionais para, em menos tempo que um processo legislativo, trazer a eficácia materializadora do núcleo essencial dos direitos fundamentais, estabelecendo o mínimo existencial no que diz respeito ao combate às organizações criminosas. Nesse sentido, dar certa primazia à tutela do direito à segurança pública, nada mais é, do que buscar concretizar os outros direitos fundamentais, sendo, portanto, nas palavras de Canotilho, uma “densificação” dos direitos fundamentais, de forma a condicionar a materialização dos demais direitos fundamentais que se vinculam a um mínimo existencial, qual seja, a existência da eficácia e eficiência da segurança pública como núcleo essencial. (CANOTILHO, 2003, p. 496).

A ameaça constante, ou o estado de inquietação psicológica por ela causada, gera para o indivíduo a sensação de um estado de guerra constante, uma espécie de “estado de exceção permanente”, estado de anomia, de insegurança, “Para essa situação de discórdia, que é a condição de guerra, Hobbes cita três causas principais: a competição, que visa ao lucro; a desconfiança, que visa a segurança; e a glória, para a qual se procura uma melhor reputação” (GOMES, 2006, p, 14). Ou nas próprias palavras de Hobbes:

“De modo que na natureza do homem encontramos três causas principais de discórdia. Primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro, a glória. A primeira leva os homens a atacar os outros tendo em vista o lucro; a segunda, a segurança; e a terceira, a reputação. Os primeiros usam a violência para se tornarem senhores das pessoas, mulheres, filhos e rebanhos dos outros homens; os segundos, para defendê-los; e os terceiros, por ninharias, como uma palavra, um sorriso, uma opinião diferente, e qualquer outro sinal de desprezo, quer seja diretamente dirigido às suas pessoas, quer indiretamente aos seus parentes, amigos, nação, profissão ou ao seu nome” (HOBBS, 2003, cap. XIII, p. 108).

Como causalidade da insegurança, aponta-se a omissão comissiva do Estado em seu dever prestacional de políticas públicas e legislativas, e não somente omissiva, nesse sentido, o Estado é um “garante” dentro do modelo do contrato social, a que são aderentes os indivíduos que dele fazem parte. Por tal razão o direito à segurança pública estabelece uma primazia em relação aos demais direitos fundamentais, sem o qual os demais não se materializariam, e, por tal motivo, é o seu núcleo essencial e mínimo existencial, para garantia, inclusive, de outros princípios, tais como o acesso à justiça e a inafastabilidade jurisdicional como instrumento de garantia de uma prolação jurisdicional, para materialização da justiça.

Indivíduos desviantes do modelo esculpido pela norma jurídica para uma convivência harmônica vêm se associando em organizações criminosas capazes de criar um estado de guerra, e de ataque, às estruturas organizacionais do Estado de Direito, e se respaldam em leis garantistas que protegem seus direitos individuais.

1.2 “GARANTISMO” CONFORME CONCEPÇÃO DA TEORIA DE LUIGI FERRAJOLI

O idealizador da teoria do garantismo penal é Luigi Ferrajoli, em sua obra “Direito e Razão: Garantismo Penal”, publicada em junho de 1989, que consiste em aplicar ao direito penal os direitos e as garantias fundamentais do ser humano, previstos na Constituição, e nas leis, o que, na visão de Douglas Fischer, tem como pressuposto a proteção dos direitos individuais, porém, acrescenta o autor:

Concordamos plenamente que, *como uma primeira aproximação*, a teoria garantista cujo marco histórico fundamental é a obra *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli tem como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais *individuais* (denominados *direitos de primeira geração*) estabelecidos precipuamente na Constituição da República. Todavia, *garantismo penal* pelo menos em nossa ótica e, segundo compreendemos, também na de Ferrajoli ² não é um marco teórico calcado *exclusivamente* na premissa sintetizada cima. Louvamos e defendemos abertamente a proteção dos *direitos* fundamentais *individuais*, mas a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos (não se olvide dos *coletivos e sociais*), também

deveres (que são pouco considerados doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil), e está calcada em inúmeros princípios e valores que *não* podem ser esquecidos ou relegados se a pretensão é efetivamente fazer uma compreensão *sistêmica e integral* dos comandos da Carta Maior. (FISHER, 2017, p. 3).

No sentido de infirmar a Teoria do Garantismo, Luigi Ferrajoli, tal qual prefácio escrito por Norberto Bobbio, em síntese assim se manifestou:

No conjunto, tudo se enquadra: positivismo jurídico, que não deve ser confundido com legalismo ético, como se disse, separação entre direito e moral, em todas as suas dimensões, método analítico e liberalismo político, entendido como doutrina dos limites e dos vínculos do poder do Estado, formam um conjunto coerente e contribuem, ao convergirem, para a composição do sistema penal do garantismo. As propostas de reforma avançadas, particularmente inovadoras aquelas relativas à pena, são consequência direta da teoria liberal das relações entre indivíduo e Estado, conforme a qual, primeiro vem o indivíduo e depois o Estado. E o Estado já não é um fim em si mesmo, porque é, ou deve ser, somente um meio que tem como fim a tutela da pessoa humana, de seus direitos fundamentais de liberdade e segurança coletiva. (BOBBIO, 1989, p. 11).

[...]

A crítica do Estado ético é um dos muitos aspectos que assume a crítica, tantas vezes retomada, da confusão entre moral e direito por meio da qual, a salvaguarda do princípio de legalidade estrita passa, definitivamente, o valor da certeza, valor fundamental na defesa do cidadão frente aos (poderes arbitrários-, que encontram seu espaço natural na definição não taxativa dos delitos, na flexibilidade das penas, no poder dispositivo, não cognitivo, do juiz (BOBBIO, 1989, p. 11).

Há de se perceber que o Estado não é um fim em si mesmo, mas há de se separar o que é direito e o que é moral, e, como garantidor das liberdades públicas e individuais coletivas, como direito individual homogêneo de indivíduos que compõem o coletivo, dentro do modelo do contrato social, nada mais ético do que o Estado cumprir de forma positiva com a prestação obrigacional a que se incumbiu, e garantir a paz social. (BOBBIO, 1989, p. 11-12). Dessa forma continua o referido autor:

A obra não é um corpo inanimado. Dentro dela sopra o espírito vivificador, emanado de uma ética da liberdade, sinceramente vivida. Aquele que tenha seguido a tenaz batalha do autor, movida quase que dia após dia em debates públicos e artigos na imprensa, na defesa do respeito à legalidade, durante os anos em que uma imprevista e imprevisível explosão de violência; política em nosso país provocou a legislação de emergência, não pode ter dúvidas sobre a ocasião que o induzira a tentar o grande empreendimento - com estas dimensões e de modo tão completo, sem precedentes - de estabelecer os fundamentos teóricos e os princípios axiológicos de um sistema global do garantismo. Toda a obra está dominada pela convicção de que unicamente através de uma visão multilateral do problema será possível ao jurista, que não deve ser somente um frio e distante comentarista das leis vigentes, detectar e, em consequência, denunciar não apenas as deformações do sistema jurídico positivo, compreendido o desenvolvimento hipertrófico do direito penal ou a ilusão panpenalista, mas também, como se vê na parte final, desnudar todas aquelas situações em que permaneçam poderes extrajurídicos, sobre as quais o Estado de direito ainda não estendeu suas regras e que, enquanto tais, perpetuam relações de desigualdade, a que se dá o nome sugestivo de "poderes selvagens". (BOBBIO, 1989, p. 11-12).

Ao referir-se sobre “o espírito vivificador emanado de uma ética da liberdade”, diz respeito em proteger a legalidade frente uma imprevista e imprevisível explosão de violência, e, por tal razão, expõe como uma tônica que “a obra não é um corpo inanimado”, portanto, passível de interpretações a teor do momento e contexto histórico em que for conjugada, levando em conta o caso concreto a que estiver objugada. Nesse sentido, ainda, continua o autor:

A parte crítica, repito, não é menos importante do que a construtiva. Uma e outra se apoiam e se justificam reciprocamente. Não é casual que, nas páginas finais, Ferrajoli cite com honra o "precioso pequeno livro" de Jhering, A luta pelo direito, no qual a luta pelo direito se apresenta como um dever para nós mesmos e para os demais. Não é por acaso que nas mesmas páginas se recupere com honra o princípio da "garantia social", enunciado no art. 23 da Constituição francesa de 1793, definida como a "ação de todos para assegurar a cada um o gozo e a conservação de seus direitos". Paradoxalmente, para concluir, até mesmo o mais perfeito sistema do garantismo não pode encontrar em si mesmo sua própria garantia e exige a intervenção ativa por parte dos indivíduos e dos grupos na defesa dos direitos que, ainda quando se encontrem normativamente declarados, nem sempre estão definitivamente protegidos. (BOBBIO, 1989, p. 12).

Ao aduzir em prefácio, Norberto Bobbio ao afirmar que “não é casual que, nas páginas finais, Ferrajoli cite com honra o ‘precioso pequeno livro’ de Jhering, A luta pelo direito, no qual a luta pelo direito se apresenta como um dever para nós mesmos e para os demais”, deixa em entrelinhas que a luta pelo direito é individual, mas ao referir-se a um “dever para nós mesmos com os demais” deixa inserte o direito do social coletivo de garantia de proteção contra interferências desviantes de cada indivíduo.

O direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico - a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência - são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo. Os filões que se misturam nessa tradição, maturada no século XVIII, são muitos e distintos: as doutrinas dos direitos naturais, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação dos poderes e da supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções militaristas do direito e da pena. Estes diversos filões, contudo, além de não serem filosoficamente homogêneos entre si, tampouco são univocamente liberais. Por exemplo, as filosofias utilitaristas podem fundamentar, como nas doutrinas da Escola Clássica italiana de Beccaria a Carrara, uma concepção da pena como mínima aflição necessária, mas também podem informar tecnologias penais autoritárias e antigarantistas, como as da prevenção especial ou as da defesa social, orientadas ao objetivo da máxima segurança possível (FERRAJOLI, 2002, p. 29).

Conforme acima, refere-se também aos contratualistas, deixando claro o respeito ético ao compromisso assumido pelo Estado frente o modelo teórico do contrato social. E continua o autor:

os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.

Esse esquema, como se sabe, apresenta numerosas aporias lógicas e teóricas, que fazem dele um modelo ideal e em grande parte ideológico, e que em várias ocasiões tem provocado sua desqualificação científica e política por parte da cultura jurídica, com resultados indefectivelmente antigarantistas. Ademais, antes de empreender sua crítica e revisão teórica, é útil delinear, ainda que apenas esquematicamente, seus elementos constitutivos. Estes elementos são dois: um relativo à definição legislativa, e o outro à comprovação jurisdicional do desvio punível. E correspondem a singulares conjuntos de garantias - as garantias penais e as garantias processuais - do sistema punitivo que fundamentam (FERRAJOLI, 2002, p. 29).

E continua o autor:

O sentido e o alcance garantista do convencionalismo penal reside precisamente nesta concepção, ao mesmo tempo nominalista e empírica do desvio punível, que remete às únicas ações taxativamente indicadas pela lei, dela excluindo qualquer configuração ontológica ou, em todo caso, extralegal. *Auctoritas, non veritas facit legem* é a máxima que expressa este fundamento convencionalista do direito penal moderno e por sua vez do princípio constitutivo do positivismo jurídico:4 o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei. E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

O garantismo integral é a ideia de garantismo ideal, é a ideia de proteger duas grandezas inversamente proporcionais, impossíveis de viver simultaneamente em sintonia no mesmo espaço de tempo relativos ao mesmo fato imputável e punível proveniente do desvio penal analisado pela norma com o foco da subsunção normativa da estrita legalidade, de forma que, se há uma maior proteção do indivíduo desviante penal, haverá uma menor proteção da sociedade, e, ao contrário, quanto maior a proteção da sociedade com a atuação Estatal, menor será a proteção do indivíduo desviante penal, portanto, o que se busca atribuir, é um equilíbrio entre as grandezas que visem a garantia de um objetivo comum, que é o fim social em que se insere todos os indivíduos, ademais, a sociedade é composta por indivíduos, e o fim social alcança essa individualidade protegendo o coletivo social. Não se pode negar que quando o Estado atua em proteção do coletivo social, está protegendo as liberdades individuais, uma vez que o Estado, na concepção

teórica de Hobbes e Rousseau, assume um papel de garantidor das liberdades públicas e individuais, posto que dentro da concepção do que é público está integrado o individual (ROUSSEAU, 2002; HOBBS, 2003).

Com tal concepção podem ser obtidos dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal. O primeiro é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que, ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido: por jus entende Hobbes a "liberdade que a lei me confere para fazer qualquer coisa que a lei não me proíba; de deixar de fazer qualquer coisa que a lei não me ordene". O segundo é a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como "tipos objetivos" de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal; enquanto toda pré-configuração normativa de "tipos subjetivos" de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

Não se pode negar que na concepção teórica de Hobbes, o centro da justificação do estado em Hobbes conforme consta em sua obra "o leviatã" (HOBBS, 2003), constrói a ideia do estado moderno absoluto, que não conhecia direitos fundamentais, mas entende que os indivíduos formam o estado para concretizá-los, em particular, justamente para obter a segurança para o livre exercício de seus direitos fundamentais, dos quais a segurança pública faz parte, pois, antes da formação dos Estados, os indivíduos estavam em determinado "estado da natureza", sem ordem jurídica, e sem soberano, com liberdade ilimitada, porém sem segurança, ou seja, o indivíduo entrega sua liberdade incondicional para que o Estado lhe assegure uma liberdade condicional, mas que, ao cumprir as condições delineadas pelo poder soberano no contrato social, terá a segurança de exercer suas liberdades condicionadas de forma integral, de forma harmônica, dentro de um ideal de conhecer previamente a liberdade que o Estado Social lhe assegure e assume perante o modelo do contrato social, bem como ter a segurança de que essa liberdade lhe será assegurada e protegida pelo Estado, tornando-se uma liberdade condicional de forma incondicionada.

Nesse sentido, no que tange à inafastabilidade jurisdicional constitucional como princípio e atributo da estrita legalidade para aplicação da lei penal garantista, abaixo uma assertiva convergente:

Compreende-se que o requisito da estrita jurisdicionabilidade pressupõe logicamente o da estrita legalidade, na falta do qual se dá a jurisdicionabilidade simples ou em sentido amplo": na realidade, para satisfazê-lo "é preciso", como escreveu Aristóteles, que "leis bem dispostas determinem por si tudo quanto seja possível, deixando aos que julgam o menos possível, (...) mas é forçoso que aos juízes se lhes deixe a decisão

sobre se algo ocorreu ou não" e "se é ou não é, pois não é possível que isto o preveja o legislador. (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

Dentro das margens de atuação jurisdicional, há de se inferir uma proporcionalidade cuja discricionariedade encontra barreira limite, pois, entre a defesa individual, e a defesa social, há maior escopo de proteção ao fim social a que se dirige a lei dentro do modelo de contrato social a que os indivíduos fazem parte, de forma a manter a hegemonia da paz social, a ponto de impor limites de respeitabilidade entre tais indivíduos.

Todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável. O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela. A idéia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde, como veremos a partir deste capítulo, a uma ilusão metafísica: com efeito, tanto as condições de uso do termo "verdadeiro" quanto os critérios de aceitação da "verdade" no processo exigem inevitavelmente decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade. Em conseqüência, na atividade judicial existem espaços de poder específicos e em parte insuprimíveis, que é tarefa da análise filosófica distinguir e explicar para permitir sua redução e controle. Distinguirei estes espaços - que em seu conjunto formam o poder judicial e que ilustrei analiticamente no capítulo terceiro - em quatro tipos: o poder de indicação, de interpretação ou de verificação jurídica; o poder de comprovação probatória ou de verificação fática; o poder de conotação ou de compreensão eqüitativa; o poder de disposição ou de valoração ético-política. Diante disso, por mais aperfeiçoado que esteja o sistema de garantias penais, a verificação jurídica dos pressupostos legais da pena nunca pode ser absolutamente certa e objetiva (FERRAJOLI, 2002, p. 32).

De toda essa ótica ora apresentada, resta comprovado que conforme delineamento da Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli, a proteção dos direitos fundamentais da sociedade da qual cada individuo que dela faz parte está inserido, não está adstrita tão somente a reconhecer os direitos individuais, em detrimento da proteção Estatal social, posto que, tal proteção garante liberdades individuais de forma harmônica, dentro da sociedade em que tais indivíduos encontram-se inseridos.

2 “GARANTISMO INTEGRAL”

A denominação “Garantismo Integral” é bem assentada por Douglas Fischer, em sua obra O QUE É GARANTISMO PENAL (INTEGRAL)? (FISCHER, 2017), e claramente deixa perceptível seu posicionamento a favor do protecionismo social como fator predominante em dar cumprimento ao fim social a que a lei se dirige, no

caso, proteção social frente ao indivíduo penalmente desviante, dando ensejo à dimensão da proporcionalidade que proíbe uma proteção ineficiente aos bens jurídicos a que o Estado se propôs em proteger, nos moldes do modelo do contrato social a que todos os indivíduos fazem parte:

[...] a democratização iniciada na metade da década de 1980 no Brasil foi e ainda é comemorada, pois não podia mais haver conformidade com um sistema político, social e jurídico que não se amoldava a princípios gerais de convivência almejada entre os pares em sociedade. O movimento de redemocratização do país culminou com o advento da Constituição Federal de 1988, argutamente denominada *Constituição Cidadã* pelo então presidente do Congresso Nacional, Ulysses Guimarães.

Estabelecidos então novos marcos *teóricos* sociais, políticos e também jurídicos, a partir da metade da década de 1990 começaram a surgir manifestações doutrinárias mais enfáticas fazendo coro à necessidade de aplicação, também no Brasil, da *doutrina de garantias*.

Em síntese inicial, não mais poderiam ser aplicáveis inúmeros dispositivos legais e entendimentos jurisprudenciais que se apresentassem completamente incompatíveis com as *garantias* fundamentais dos cidadãos e que estivessem estampadas numa Constituição democrática. Essa era a preocupação central, mas não a única, segundo cremos e interpretamos.

O *garantismo* penal *não* é simplesmente *legalismo*, pois a teoria está calcada numa visão teórica de um direito próprio de um Estado Social e Democrático. É dizer: ao tempo em que o investigado ou réu não pode ser mais visto como *um objeto* na instrução processual, e sim como um *sujeito de direitos* (referido aqui unicamente por esse prisma *inicial* do *garantismo*), a submissão do juiz à lei não mais é – como sempre foi pela visão *positivista* tradicional e *ilustrada* – à letra da lei (ou mediante sua interpretação meramente literal) de modo acrítico e incondicionado, senão uma sujeição à lei desde que coerente com a Constituição (validade) vista como um todo. Sem exarar considerações críticas ou valorativas de nossa parte, ressalta-se que talvez por isso é que Prieto Sanchís defenda que a justiça constitucional verdadeiramente indispensável (especialmente em sede penal) não é do tribunal constitucional, mas da jurisdição ordinária (FISCHER, 2017, p. 1-2).

E continua o autor:

Na senda de Gascón Abellán, é importante visualizar como *primera aproximación* que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte de poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas (ABELLÁN, 2005 apud FISHER, 2017, p. 2).

Ao princípio da proporcionalidade compete aplicar ao caso concreto as garantias protecionistas na medida de suas proporcionalidades, razoalmente o que delas se espera, tendo por foco o fim social a que se destinam, pois muito embora existam os direitos fundamentais, que são garantias individuais, não se pode negar que sem a proteção dos direitos fundamentais da sociedade para obtenção da paz social, todos os indivíduos se verão afetados em seus direitos individuais de suas liberdades, caso não lhes sejam amparados um espaço público dotado de segurança pública.

Louvamos e defendemos abertamente a proteção dos *direitos* fundamentais *individuais*, mas a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos (não se olvide dos *coletivos e sociais*), também deveres (que são pouco considerados doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil), e está calcada em inúmeros princípios e valores que *não* podem ser esquecidos ou relegados se a pretensão é efetivamente fazer uma compreensão *sistêmica e integral* dos comandos da Carta Maior.

Quiçá pela preocupação de que fossem protegidos de forma urgente e imediata *apenas* os direitos fundamentais *individuais* dos cidadãos (e havia na gênese do movimento razões plausíveis para uma *maior* proteção de tais direitos), não raro vemos hodiernamente um certo desvirtuamento dos *inteiros postulados garantistas*, na medida em que a ênfase única continua recaindo exclusivamente sobre direitos fundamentais *individuais* (como se houvesse apenas a exigência de um *não-fazer* por parte do Estado como forma de garantir unicamente os direitos de primeira geração). (FISCHER, 2017, p. 3).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há um garantismo negativo do Estado consistente em uma ideia de não fazer por parte do Estado, que significa uma ideia de abstenção intervencionista garantista, em que o Estado fica impedido de atingir direitos individuais, mas há também um garantismo positivo do Estado em que vigora a ideia do fazer, de forma preventiva e prospectiva, em favor da sociedade, que é justamente a previsão de efetivar os deveres do Estado frente à sociedade, preservando princípios e valores que não podem ficar relegados, e não podem falhar na proteção sistêmica e integral dos mandamentos constitucionais. O protecionismo integral é o equilíbrio harmônico com a devida ponderação entre as proporcionalidades, de abstenção de intervenção em direitos individuais e prestacionista de proteção suficiente da sociedade da qual as liberdades individuais fazem parte integrante, levando-se em conta o fim social da lei e da constituição democrática social (FISCHER, 2009).

Avaliando os dois caminhos do princípio da proporcionalidade, visando manter o equilíbrio entre as duas grandezas inversamente proporcionais que se apresentam em colisão, de um lado o direito do indivíduo frente à atuação de abstenção do Estado com direitos e garantias provenientes de um garantismo com intervencionismo negativo, e, de outro lado, o direito da sociedade de atuação do Estado como garantidor das liberdades coletivas, e, conseqüentemente dos indivíduos que compõem essa coletividade, dentro de um modelo pré-estabelecido pelo contrato social a que são aderentes, estabelece-se limites de direitos e respeito mútuo entre indivíduos.

Paulo Bonavides, em sua obra “A Quinta Geração de Direitos Fundamentais”, deixa em premissas que “a concepção da paz no âmbito da normatividade jurídica configura dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais”, e ainda tonifica tal assertiva sobre Karel Vasak, precursor de inserir a paz social como direito da fraternidade da terceira geração, insculpindo razões que elevariam tal direito à paz social como direito de 5ª dimensão ou geração, ao afirmar:

O abalizado publicista da UNESCO assinala naquele estudo “a emergência da paz como norma jurídica”; enunciando que por si só representava indubitavelmente um largo passo avante. Contudo não foi assim percebido ou conscientizado sequer pelo próprio autor.

Refere Vasak que essa emergência começou de ocorrer com a expedição de dois documentos históricos.

O primeiro documento foi a Declaração das Nações Unidas sobre a preparação das sociedades para viver em paz, constante da célebre Resolução 33/73, aprovada na 85ª sessão plenária da Assembleia Geral de 15 de dezembro de 1978.

Nessa resolução a Assembleia Geral da ONU decreta que “toda nação e todo ser humano, independente de raça, convicções ou sexo, tem o direito imanente de viver em paz, ao mesmo passo que propugna o respeito a esse direito no interesse de toda a humanidade”

“O direito à paz é concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas” (BONAVIDES, 2008, p. 83).

E continua o autor:

Conforme aduz ainda o autor quanto ao documento a que faz alusão, referindo a necessidade de reconhecimento do direito à paz, a mencionada Resolução recorda dois instrumentos de consenso internacional que ela toma por base de apoio: A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948 e O pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 16 de dezembro de 1966. E o outro documento é a proclamação de OPANAL (Organização para Proscrição das Armas Nucleares na América Latina) acerca da paz como direito do homem, conforme consta da não menos significativa Resolução 128 (VI) de 27 de abril de 1979. A Resolução aprovada pelo OPANAL durante a Conferência Geral celebrada em Quito, no Equador, diz que compartilha o critério adotado na Resolução 33/73 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1978, de que todas as pessoas, os Estados e a humanidade têm o direito de viver em paz. (BONAVIDES, 2008, p. 83).

Se podemos afirmar, conforme as teorias acima, a premissa de que os direitos fundamentais não se materializam sem que haja uma segurança pública como se fosse uma semente que somente brotaria em terreno fértil, a segurança pública exerce no espaço geográfico a condição para materialização dos demais direitos, por isso merece primazia em relação aos demais, para consecução dos núcleos fundamentais e fins sociais previstos constitucionalmente, e da mesma forma que podemos afirmar que o direito à segurança pública está ligado à garantia dos direitos de 1ª dimensão ou geração por atingir diretamente aos direitos à vida e liberdade do cidadão mediante abstenção estatal a não prejudicar tais direitos, mas

também exige-lhe uma atuação positiva, já no que tange aos direitos de 2ª dimensão ou geração, devendo garantir segurança ao direito à saúde e direito ao trabalho do indivíduo, porém, está mais correlato aos direitos de 3ª dimensão ou geração, por se tratar de um direito difuso e metaindividual, mas também há íntima ligação com direitos de 4ª geração ou dimensão, por também necessitar de uma democracia popular participativa para implantação institucionalizada, nesse mesmo sentido, como sem segurança pública não há paz social, podemos então também enquadrar a segurança pública como direito de 5ª dimensão ou geração.

Conclui-se então, que a paz social e a segurança pública estão intimamente ligadas, e são responsabilidades do Estado e, se alcançadas, restará concretizado a proteção das liberdades individuais de todos que se inserem na sociedade, como aderentes ao modelo imposto pelas normas que estabelecem os limites de sobrevivência harmônica entre os indivíduos, sendo em tal idealização, o modelo de protecionismo garantista integral ideal, ou seja, de toda a sociedade.

CAPÍTULO 2

APLICAÇÃO DO “JUIZ SEM ROSTO” NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO E A GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA COMO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO MÍNIMO EXISTENCIAL

SILVA, A. M. B.; SANTIAGO, D. R. P. Aplicação do Juiz Sem Rosto no combate ao crime organizado e a garantia da Segurança Pública como núcleo essencial dos direitos fundamentais do mínimo existencial. In: Silvia dos Santos de Almeida; Sônia Cristina Lima Chaves; André Luiz Nunes Zogahib; Edgard Vinícius Cacho Zanette; Maria Regina Lopes Gomes. (Org.). **Segurança Pública: Direitos Humanos e Sistemas de Justiça**. 1ed.Salvador/BA: EDUFBA, 2018, v. 1, p. 1-22.

Capítulo aceito para publicação

Idioma do capítulo publicado: Português

INTRODUÇÃO

Em tempos atuais, quando vigora um “estado de exceção permanente” em que a Constituição estabelece garantias que mais limita a atuação do Estado para com o indivíduo, mas não limita a atuação de organizações criminosas que se instalam na sociedade brasileira, percebe-se a situação de hipossuficiência da sociedade diante da crescente estratégia de estabilidade do crime em movimento contrário à necessidade do progresso nacional, e grupos criminosos que se estruturam de forma mais organizacional que o próprio Estado de Direito.

Esse Estado, que permanece instalado no território nacional com ilegitimidade de uso da violência e da dominação com intimidação, atua de forma a interpor obstáculo e vedar o direito da sociedade de obter um acesso ao poder judiciário, e de obter um provimento jurisdicional em proteção da garantia da lei e da ordem constitucional, uma vez que tais organizações criminosas vêm ameaçando juízes e promotores, protagonistas da persecução penal e materialização dos mandados constitucionais de criminalização, fragilizando o principal vetor de materialização de direitos fundamentais, que é a segurança pública e a ordem jurídica.

Como no Brasil a Constituição Democrática exige mais garantias em favor do indivíduo, do que a favor da coletividade da qual pertence esse mesmo indivíduo, fica a sociedade desguarnecida de proteção para mantê-lo no contexto da ordem

social que integra, de forma que o crime passa a trazer mais compensação econômica do que sofrimento físico psicológico da transgressão das normas sociais que não oferece nenhum outro benefício mais vantajoso, quando equiparado com as penas aplicadas e suas funções protecionistas individuais de ressocialização e reintegração do criminoso aos utópicos padrões sociais que dele se espera, e o tempo de segregação social e os benefícios da empreitada criminosa.

A incapacidade do sistema penal, e da própria Lei de Execuções Penais, no cumprimento de seus fins sociais, faz do crime uma habitualidade com estabilidade e capacitação profissional que passa a trazer mais benefícios a partir de uma análise econômica de custo e benefício, levando-se em conta o resultado com o seu exaurimento, quando comparado com o tempo que estará o criminoso preso com todas as garantias de remissão e progressão de regime nos termos da Lei de Execuções Penais, e o tempo de vida em liberdade que poderá usufruir com a lucratividade da empreitada criminosa.

Nesse interregno, os trabalhadores em prol da ordem jurídica, Autoridades Judiciais investigativas, Juízes e Promotores, que atuam no cumprimento da lei e dos mandamentos constitucionais de criminalização de crimes hediondos, terrorismo, tráfico, e outros mais graves, são expostos ao insalubre estado de inquietação psicológica, diante do princípio da obrigatoriedade, e inafastabilidade de jurisdição, quando se deparam com os encargos laborais que ultrapassam sua livre escolha, e passam a ser vinculados à determinação legal de atuação.

Tais autoridades não têm outra opção, senão o cumprimento da lei, seja com a obrigatoriedade de investigar os crimes para reunir condições para o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, diante de materialidades delitivas e indícios suficientes de autoria, ou, seja em não poder se afastar de decidir o mérito e prolatar uma sentença condenatória pelo magistrado, em se tratando de fatos típicos de integrar o crime organizado.

O que ocorre é que, no Brasil, tal qual em todos os países ocidentais, o sistema jurídico vigente assegura ao acusado de integrar o crime organizado conhecer a identidade física do juiz e do promotor, sem que, contudo, garanta aos protagonistas da persecução penal uma proteção suficiente que não exponha suas vidas íntimas e familiares, principalmente quando se deparam com a obrigatoriedade de julgar tais criminosos, que contam com uma rede de proteção e intimidação com armamentos de grandes calibres, e atuam mediante ameaças expressas e veladas a delegados, juízes e promotores.

As autoridades responsáveis pela persecução penal quando se deparam com a concretização de tais ameaças em homicídios, têm a capacidade de neutralizarem suas subjetividades para alcançarem a imparcialidade em suas decisões comprometidas, pois não contam com arcabouço estrutural de segurança pública que seja capaz de proteger a sua vida, sendo, portanto, envolvidos em uma atividade laboral sem equipamentos de proteção individual, quando percebem que suas identidades são reveladas nos casos concretos em que atuam.

É importante destacar que a legislação brasileira, e a própria Lei nº 12.850/2013, trazem em suas estratégias como fatores inibitórios da criminalidade organizada, a denúncia anônima ou notícia de crime apócrifa, em que o nome do noticiante é ocultado e protegido, como também traz a infiltração policial que é utilizada para investigação e descoberta de elementos de identificação e materialidade delitiva em organizações criminosas, em que o nome deste infiltrado não é identificado como mecanismo de proteção do agente público. Porém, já com relação aos juízes e promotores que atuam na persecução penal durante a fase investigativa e judicial, estes não gozam de tal proteção, muito embora o Estatuto Internacional da Convenção de Palermo e a Lei nº 12.694/12 traga à colação resquícios que permitem tal possibilidade de aplicação do princípio do “Juiz sem Rosto”.

Como solução pendente de correções, diante de distorções com a realidade em que se estrutura o crime organizado no Brasil, foi adotada pela Lei nº 12.694 somente em 2012, um sistema de julgamento colegiado, no qual ao réu é apresentada identidade do juiz prolator da sentença e do promotor de justiça titular da ação penal, mas os votos proferidos por cada juiz não são conhecidos, e sim, e tão somente, o resultado do julgamento.

Essa estratégia aplicada pela lei não previne que os integrantes do colegiado de juízes que julgarão os integrantes do crime organizado e o promotor da denúncia sofram retaliações e intimidações antes do julgamento, como também não gera sequer segurança jurídica de imparcialidade dos votos, principalmente quando se deparam com notícias de que outros profissionais de mesma atuação em outros colegiados, frente ao crime organizado, foram vítimas de homicídios e de ameaças, colocando em risco sua liberdade e de seus familiares.

A identificação do juiz e do promotor pode ser postergada para um momento posterior ao da persecução penal e processual penal para garantir a segurança pública dos atuantes, protagonistas da atividade jurisdicional, visando uma garantia

da sociedade de acesso à justiça. A segurança pública é uma forma de materialização de outros direitos fundamentais, tal qual a inafastabilidade de jurisdição, pois, sem segurança pública, não há liberdade, nem vida, ou, muito menos condições de dignidade de pessoa humana, e de trabalho.

Este trabalho analisou os fundamentos teóricos e constitucionais sobre a necessidade de implantação de estratégias e métodos de não identificação momentânea dos Juízes e Promotores, bem como as formas constitucionalmente legais de instrumentalização factível com tal aplicação, tornando-as compatíveis com as garantias da defesa, sem sacrifício aos direitos à segurança pública, inafastabilidade de jurisdição, imparcialidade, acesso à justiça, e, tampouco, afeta a independência dos magistrados e promotores, em seus direitos à integridade física e psíquica, bem como suas vidas e de seus familiares.

Os objetivos específicos estão em identificar: a) as formas viáveis, e ao mesmo tempo eficientes, com justificação plausível; b) apontar as bases teóricas, e os fundamentos jurídicos e uma dogmática de análise principiológica constitucional de admissão nos moldes da Teoria Geral do Direito; c) apresentar modelo que possa alcançar tal eficácia, mediante um estudo racional, e sistematizado, com leis vigentes, realizado por meio de uma revisão na literatura acerca das estratégias de combate ao crime organizado no Brasil desde o ano de 1995.

DISCUSSÃO ACADÊMICA SOBRE CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

A discussão acadêmica acerca das organizações criminosas remonta datas anteriores à própria Convenção de Palermo, datada do ano de 2000, pois, no ordenamento interno brasileiro, a Convenção de Palermo foi positivada e aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231/2003, e ratificada em janeiro de 2004, quando promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004. (BRASIL, 2003)

Antes da Convenção de Palermo já havia sido editada a Lei nº 9034 de 1995, dispondo sobre utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Esta legislação não trazia uma definição em estrita legalidade do próprio objeto da lei, ou seja, não apresentava um conceito de organização criminosa, utilizou-se do conceito existente na Convenção de Palermo, uma vez que, até então, ainda não havia o tipo penal dispondo sobre o fato de integrar crime organizado no ordenamento jurídico penal brasileiro, e sua conceituação legislativa nacional. Por esse motivo, e sem tal conceituação, não

havia diferenciação de outras formas de promover associação criminosa mais simples, denominadas de “quadrilha” ou “bando”.

Chama a atenção o transcurso delongado de tempo até que a sociedade brasileira legislasse em cumprimento ao comando constitucional criminizatório contido na Constituição Democrática de 1988, para somente em 1995 criar lei de repressão ao crime organizado, bem como somente anos após as convenções internacionais de combate ao crime organizado do ano 2000, para somente em 2012 legislar o tipo penal de integrar crime organizado pela Lei nº 12.694. Trata-se de um discurso de fontes com debates políticos e orçamentários extremamente longos, cujas demandas de tempo foram suficientes para que o Crime Organizado se reestruturasse com novas estratégias, desenvolvimento armamentista, ampliando suas fronteiras nacionais e internacionais, ganhando força.

Muito posteriormente à Lei nº 9034 de 1995, é que, buscando adequação ao ordenamento jurídico nacional, e aos termos da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a Convenção de Palermo do ano 2000 foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231 somente em 2003, tendo sido ainda ratificada em janeiro de 2004, quando promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004.

Ressalta-se nesse plano a demonstração de que o processo legislativo para dar subsídio de combate ao crime organizado, dentro da legalidade constitucionalmente imposta, é uma resposta demasiadamente demorada em comparação com a necessidade social de combater as organizações criminosas que proliferam e se agrupam, em um ambiente social que se mostra favorável para tal formação criminológica, pois as políticas públicas e a estrutura legislativa de combate ao crime organizado, até se organizarem, proporciona espaço e tempo para o crime atingir proporções descontroladas e permanentes, atuando ocultamente em exceção às normas que definem o Estado de Direito constitucionalmente formado.

Quando foi finalmente editada a Lei nº 12.694 no ano de 2012, que atribuiu um conceito com previsão estritamente legal e legislativa do tipo penal integrar organização criminosa, que logo em seguida teve seu espectro mais restrito a distingui-los dos crimes de associação do artigo 288 do CP, nos termos da Lei 12.850 no ano de 2013, conforme quadro explicativo abaixo (BRASIL, 2003, 2004, 2012, 2013):

Quadro 1 - Comparativo normativo brasileiro no combate ao crime organizado após a Convenção de Palermo

Convenção de Palermo	Lei 12694/2012	Lei 12850/2013
Grupo estruturado de 3 ou mais.	Associação de 3 ou mais pessoas.	Associação de 4 ou mais pessoas.
Existente há algum tempo e atuando concertadamente.	Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas ainda que informalmente.	Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente.
Com a intenção de obter, direta ou indiretamente um benefício econômico ou outro benefício material.	Com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza.	Com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza.
Com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na convenção.	Mediante a prática de crimes cujas penas máximas sejam iguais ou superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.	Mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas seja superior a 4 anos ou que sejam de caráter transnacional

Fonte: Brasil – (2018).

A Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, ainda em vigor com a edição da Lei nº 12.850/2013, modificou o conceito e trouxe a previsão do tipo penal de “integrar crime organizado”, mas também, inovou ao dar no artigo 4º nova redação ao artigo 91 do Código Penal, introduzindo um parágrafo 1º, que diz: “Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior”, acompanhada de medidas processuais que lhe dessem efetividade, acrescentando o artigo 144-A do Código de Processo Penal, ao dispor que: “O juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção”, constituiu um importante instrumento estratégico para atuar no desmonte das bases estruturais do crime organizado nacional e internacional existente no Brasil, muito embora um avanço tardio, pois o crime organizado já havia se estruturado e ganhado forças no território.

Localização dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito, não está previsto no artigo 4º da Lei nº 12850/13, mas está presente como confisco de instrumentos no artigo 91 do Código Penal e em outras disposições. Isso pode ser até resultado de colaboração premiada do mencionado artigo 4º, sendo todos importantes instrumentos de repressão ao crime organizado, visando a sua desestruturação econômica de sustentação das bases de sua atuação.

Porém qualquer estratégia não teria eficácia para materializar qualquer eficiência em fragilizar estruturas do crime organizado, sem que fossem implementadas vias de acesso ao judiciário para instrumentalizar o combate ao crime organizado, visando dar ensejo à aplicabilidade dos dispositivos legislados nas leis em comento.

O crime organizado, visando inviabilizar os avanços alcançados no combate à sua expansão nacional, passou a aplicar violências veladas e concretas, de forma a neutralizar o acesso ao judiciário, mediante intimidações aos juízes que atuam no processamento de crimes organizados, e promotores que atuam na identificação de autoria e materialidade, com ameaças e homicídios que passaram a afetar a imparcialidade de magistrados e atuantes na fase investigativa. Tal situação causa aflições capazes de neutralizar até mesmo a inafastabilidade do dever jurisdicional dos magistrados, em prejuízo a direito fundamental da sociedade prevista na Constituição Federal. Basta lembrar os assassinatos dos juízes Leopoldino do Amaral, no Paraguai em 1994; Alexandre Martins de Castro Filho, no Espírito Santo, em 2003; Antonio José Machado Dias, em São Paulo, em 2003; e Patrícia Acioli, no Rio de Janeiro, em 2011, dentre outros (DELGADO, 2015).

Em resposta, medidas emergenciais foram tomadas para não identificação dos votos dos juízes que comporiam um colegiado decisório, e para prática de atos processuais, que não implicassem em exposição da intimidade física e psicológica dos magistrados que atuassem em processos que apurassem fatos que se subsumissem ao tipo penal “integrar organização criminosa” nos moldes da Lei nº 12.850/2013, tendo sido grande avanço legislativo da Lei nº 12.694/12 (BRASIL, 2012a, 2013): A aplicação da Lei nº 12.694/12 suscita uma mitigação do princípio da Publicidade, quando, com efeito, assim dispõe o art. 1º, § 6º do citado Diploma Legal.

Art. 1º Em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, especialmente: [...]

§ 6o As decisões do colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro. (BRASIL, 2012a)

De acordo com esse Diploma Legal, quando se trate de crimes relacionados às definições da Lei nº 12850/2013, não é permitido ao acusado ter conhecimento sobre a identidade do julgador que tenha proferido o voto divergente no julgamento de seu caso. Este dispositivo foi considerado constitucional pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4414 (BRASIL, 2012b), e se encontra atualmente em pleno vigor, restando, portanto, demonstrado a possibilidade de mitigação do princípio da publicidade, quando em confronto com o princípio de segurança pública, tido também como direito fundamental. Tal medida foi considerada pelo STF como essencial para a imparcialidade e a liberdade de ser convencimento motivado, que não pode sofrer influência de intimidações, seja do acusado, seja de efeitos midiáticos.

Nestes termos, assim reagiu toda a sociedade trabalhadora em prol da justiça, no poder judiciário principalmente os magistrados que sofriam ameaças, em referência a desembargadora Maria Erotides Kneip, que preside a Comissão de Segurança Permanente do Poder Judiciário, que, atônitos, se manifestaram comemorativamente:

Os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) servem de alerta: 110 magistrados estão sob proteção ou ameaça no país. (AMB INFORMA, 2015).

Estamos dando um passo importantíssimo para proteger nossos magistrados. Tenho conhecimento de casos gravíssimos de ameaças a juízes. Essa regulamentação vem acolher diversas circunstâncias onde o juiz vai poder trabalhar muito mais tranquilo, vai diluir a questão do perigo da ameaça. [...]

Nos casos envolvendo crime organizado, o colegiado de juízes não atua apenas na sentença, mas sim em todas as fases do processo, como audiências, diligências, oitiva de testemunhas, até o momento da sentença. O colegiado é formado por juízes que atuam no mesmo polo e não é permanente. Haverá sorteio de magistrados para compor o colegiado, a cada julgamento de processo em que o juiz avaliar que corre algum risco. (G1, 2013, p. 1).

Ressalte-se o artigo do Ministro Luiz Fux, afirmando que a instalação de varas de juízes sem rosto já se encontrava prevista no ordenamento jurídico brasileiro:

A estratégia responde a anseios nacionais e transnacionais. É que a Convenção de Palermo firmada pelo Brasil, o II Pacto Republicano e a Resolução n. 3 do CNJ de há muito preconizam a instalação das varas de juízes sem rosto, à semelhança do que previsto no Código Antimáfia da Itália, no Tratado de Maastricht da União Europeia, no modelo Espanhol previsto na Ley de Enjuiciamiento Criminal (artigo 282) e nas experiências exitosas da França e da Colômbia (FUX, 2015, p. 1).

Porém, as teorias são lentas a partir das quais se enxerga um mesmo fenômeno através de diversos e diferentes pontos de vista. Por isso, não existe esta ou aquela teoria correta, fazendo-se frequentemente necessário certo ativismo judicial para dar eficácia à segurança pública como direito fundamental, em utilização de técnicas jurídico-constitucionais para, em menos tempo que um processo legislativo, trazer a eficácia materializadora do núcleo essencial dos direitos fundamentais, estabelecendo o mínimo existencial no que diz respeito ao combate às organizações criminosas. Nesse sentido, dar certa primazia à tutela do direito à segurança pública nada mais é do que buscar concretizar os outros direitos fundamentais, sendo, portanto, nas palavras de Canotilho, uma “densificação” dos direitos fundamentais, de forma a condicionar a materialização dos demais direitos fundamentais que se vinculam a um mínimo existencial, qual seja, a existência da eficácia e eficiência da segurança pública como núcleo essencial. (CANOTILHO, 2003, p. 496).

Na mesma linha, a Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 5º, inciso XXXV, inserido rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de cláusula do acesso à justiça, ou do direito de ação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988), nestes termos alcançando as ações penais em que é vítima a própria sociedade.

“Primariamente, trata-se, em poucas palavras, da possibilidade de provocar a prestação jurisdicional para garantir a tutela de direitos; é um direito fundamental formal que carece de densificação através de outros direitos fundamentais materiais” (CANOTILHO, 2003, p. 496).

Neste contexto, a segurança pública se apresenta como um direito fundamental, e constitucionalmente, se posiciona como um veículo de concretização dos demais direitos fundamentais. O princípio que materializa o acesso à justiça não é somente um mandamento constitucional dirigido ao legislador, mas também ao Estado-Juiz, razão pela qual deve disponibilizar aos interessados, os meios que lhes garantam um acesso rápido com solução eficiente, eliminando, assim, os possíveis empecilhos que venham trazer barreiras ao cidadão menos favorecido ou economicamente hipossuficiente, a fim de proporcionar aos litigantes igualdade material, e aos Juízes materialmente as devidas condições de trabalho. (BRASIL, 1988)

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional consta na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental à efetividade do processo, ou efetividade da jurisdição, uma vez que de nada serve o simples garantir o ingresso no Judiciário, se a efetiva prestação jurisdicional final, com trânsito em julgado, não puder ser materializada de forma célere e eficiente. Portanto, o exercício da jurisdição, como direito fundamental, tal qual a segurança pública, merece primazia frente a outros princípios que com elas pesem ser ponderados. (BRASIL, 1988)

Porém, diante da teoria da reserva do possível, não se pode exigir do Estado a capacidade de se antecipar às estratégias do crime organizado, frente à velocidade de desenvolvimento tecnológico e a aplicação das inovações e sua difusão junto a estas Organizações Criminosas (Orcrim), autônomas, estruturadas, hierarquizadas, com economia própria, pois não se pode lhe exigir com perfeição essa ubiquidade, por não poder estar presente ao mesmo tempo em todos os lugares.

Por razões de omissões, mesmo que justificáveis, o Estado não se faz presente em acompanhar as estratégias de ação do crime organizado, que cria um “Estado” paralelo capaz de interferir não apenas nas relações entre cidadãos, mas também no próprio funcionamento da Administração Pública, e nos órgãos encarregados de investigar, acusar, julgar e punir suas atividades nefastas. Desta forma atua em contraposição ao Estado de Direito presente em um contrato social eleito pela carta política de 1988.

Portanto, torna-se necessário adotar métodos de prevenção de tais ameaças e retaliações contra aqueles que laboram para efetivação de tais direitos fundamental, como os Magistrados e os integrantes do Ministério Público, pois não se pode negar a obrigação do Estado ao detectar a sua inadimplência diante da falta de segurança pública para assegurar condições de trabalho digno a essas autoridades:

Diferentemente disso, o Estado estaria violando o pacto social outrora estabelecido no Contrato Social. Os sujeitos organizados em sociedade, tendo como propósito garantir sua segurança, abdicaram-se de alguns de seus direitos, com exceção do direito à vida e à segurança, a ser realizada pelo Soberano (Estado). Que segundo Rousseau, demonstrara sua força por meio da vontade geral dando ‘cumprimento a sua razão de existir, que é perseguir é o “bem comum”. [...] para o aparecimento das sociedades civilizadas foi necessário um choque de interesses particulares, Rousseau entende que é o acordo entre esses particulares que as mantém passíveis: porquanto que a vontade sempre se dirige para o bem do ser que quer, e a vontade do particular sempre tem por objeto o bem privado, enquanto que a vontade geral se dirige ao interesse comum, disso se reduz que somente esta última é, ou deve ser, o verdadeiro motor do corpo social” (ZENI; RECKZIEGEL, 2009 apud ALVES 2017, 2017, p. 1388).

Ao apresentar distinções que ratificam o modelo contido no “contrato social” para justificar a “soberania popular”, e o que podemos chamar de uma opção coativa a um verdadeiro “contrato de adesão social”, a vontade geral não significa a vontade de todos, uma vez que a vontade geral representa o interesse comum dos membros da sociedade, enquanto que a vontade de todos corresponde apenas à soma dos interesses particulares. (ROUSSEAU, 2002)

A ameaça constante, ou o estado de inquietação psicológica por esta ameaça causada, gera para o indivíduo a sensação de um estado de guerra constante, uma espécie de “estado de exceção permanente”, estado de anomia, de insegurança, “Para essa situação de discórdia, que é a condição de guerra, Hobbes cita três causas principais: a competição, que visa ao lucro; a desconfiança, que visa a segurança; e a glória, para a qual se procura uma melhor reputação” (GOMES, 2006, p. 14). Ou nas próprias palavras de Hobbes (2003, p. 108):

De modo que na natureza do homem encontramos três causas principais de discórdia. Primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro, a glória.

A primeira leva os homens a atacar os outros tendo em vista o lucro; a segunda, a segurança; e a terceira, a reputação. Os primeiros usam a violência para se tornarem senhores das pessoas, mulheres, filhos e rebanhos dos outros homens; os segundos, para defenderem nos; e os terceiros, por ninharias, como uma palavra, um sorriso, uma opinião diferente, e qualquer outro sinal de desprezo, quer seja diretamente dirigido às suas pessoas, quer indiretamente aos seus parentes, amigos, nação, profissão ou ao seu nome.

A Constituição Federal de 1988, em seu preâmbulo, apresentou à segurança um status de valor supremo, incluiu-a entre os direitos fundamentais arrolados no caput do artigo 5º (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), em mesmo patamar que os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, sem a qual tais direitos não se materializariam. Logo a seguir, em seu artigo 6º (Dos Direitos Sociais), o texto constitucional voltou a incluir a segurança entre os direitos sociais.

Além desses dispositivos, a Carta política em seu artigo 144, refere-se novamente à segurança, agora especificamente correlacionando-a à segurança pública, como um direito indisponível e indissociável aos demais direitos fundamentais, pois, sem segurança pública, não existe direito à vida, nem à liberdade, muito menos à saúde, e nem sequer mesmo direito a um trabalho, e muito menos à dignidade da pessoa humana, uma vez que o Estado se origina e legitima pela opção humana de aderir ao contrato social, e em contrapartida oferece ao aderente uma proteção comprometida no mínimo com a preservação dos direitos fundamentais, para que cada indivíduo possa viver em sociedade de forma livre,

justa, e harmônica, horizontalizada para com o seu próximo, e verticalizada apenas diante do Estado, e ainda assim apenas na medida em que este os protege. Assim já se posicionou os Tribunais Superiores:

O direito à segurança pública, como direito indisponível e como direito difuso, possibilita ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. (BRASIL. 2010).

O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quanto inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido” (BRASIL. RE 559.646-AgR, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 24.06.2011. p. 49)

A segurança pública não é tão somente um serviço público a ser prestado pelo Estado e essencial à manutenção da vida em sociedade. A segurança pública é um vetor de concretização de direitos fundamentais, sem a qual outros direitos fundamentais como a vida, o trabalho e a liberdade não seriam materializados. Ou seja, segurança pública é um direito fundamental intrínseco à constituição, e explícito como um fundamento constitucional, pois pré-existe à constituição.

Segundo Hesse, há uma relação estreita entre direitos fundamentais, liberdade individual e a liberdade em sociedade, sendo que estas duas últimas devem ser garantidas em igual medida, por sua vez são exatamente a materialização dos direitos fundamentais de maneira ampla que poderão garantir essas duas perspectivas de liberdade além da própria dignidade humana (HESSE et al. 1996, p.89).

Nesse sentido, assim já se manifestaram alguns ministros do Supremo Tribunal Federal em julgados que manifestam o ativismo judicial frente às omissões do Estado, e as ponderações de direitos fundamentais.

O Estado trata a segurança pública, em seu artigo 144 da CF, artigo 6º da CF e artigo 5º da CF, como norma de caráter programático, e, portanto, não pode se furtar do dever de propiciar os meios necessários para o gozo de tal direito, principalmente, por aqueles que buscam preservar os direitos fundamentais na figura de representantes do Estado de Direito, como é o caso de magistrados, de forma que, se necessitam de garantir o próprio direito à vida e à liberdade, é dever solidário da União, dos Estados Federativos e do Município fazê-lo. Nesse sentido já se posicionaram quanto ao dever solidário do Estado de implementar políticas públicas para garantia do exercício de direitos fundamentais, se comparamos o direito à segurança pública, ao direito à saúde e direito à vida e liberdade, conforme previsão na CF/1988, aponta-se em referência os seguintes julgados: AI 396.973 rel. min. Celso de Mello, DJ 30.04.2003; RE 297.276, rel. min. Cesar Peluso, DJ 17.11.2004; AI 468.961 rel. min. Celso de Mello, DJ 05.05.2004” (BRASIL, 2012).

[...] 3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante. [...] 5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. [...]. (BRASIL, 2008).

O direito à segurança pública está ligado à garantia dos direitos que se dividem em dimensões ou gerações, de forma que se liga aos direitos de primeira dimensão ou geração por atingir diretamente aos direitos à vida e liberdade do cidadão mediante abstenção estatal a não prejudicar tais direitos, mas também dele exige uma atuação positiva. Já no que tange aos direitos de segunda dimensão ou geração deve garantir o direito à saúde e direito ao trabalho do indivíduo, porém, está mais correlato aos direitos de terceira dimensão ou geração por se tratar de um direito difuso e metaindividual. Mas também há íntima ligação com direitos de quarta geração ou dimensão por necessitar de uma democracia popular participativa para implantação institucionalizada.

Como causalidade da insegurança, aponta-se a omissão comissiva do Estado em seu dever prestacional de políticas públicas e legislativas, e não somente omissiva. Nesse sentido, o Estado é um “garante” dentro do modelo do contrato social, a que são aderentes os indivíduos que dele fazem parte. Por tal razão o direito à segurança pública estabelece uma primazia em relação aos demais direitos fundamentais, sem o qual os demais não se materializariam, e, por tal motivo, é o seu núcleo essencial e mínimo existencial, para garantia, inclusive, de outros princípios, tais como o acesso à justiça e a inafastabilidade jurisdicional como instrumento de garantia de uma prolação jurisdicional, para materialização da justiça.

O centro da justificação do estado em Hobbes conforme consta em sua obra *O Leviatã* (HOBBS, 2003), constrói a ideia do Estado moderno absoluto que não conhecia direitos fundamentais, mas entende que os indivíduos formam o Estado

para concretizá-los, em particular justamente para obter a segurança para o livre exercício de seus direitos fundamentais, dos quais a segurança pública faz parte, pois, antes da formação dos Estados, os indivíduos estavam em determinado “estado da natureza”, sem ordem jurídica e sem soberano, com liberdade ilimitada, porém sem segurança.

Nesse estado da natureza, não é possível desenvolver atividades econômicas, não é possível desenvolver uma sociedade, por que sempre estará o homem em iminência de risco, com inquietação psicológica de ser atacado. O homem do estado da natureza, ao aderir a um “contrato social” abre mão de parcela da sua antes ilimitada liberdade, entregando-a ao soberano, ao Leviatã que lhe garante a segurança, e aí estaria implantado o estado absoluto, que evoluiu para um Estado de Direitos em que a própria população se torna a soberana. Entretanto, se os magistrados e promotores, diante de suas retaliações, ou o simples estado de inquietação psicológica de serem vitimizados, não exercerem com imparcialidade suas funções, deixarão de prover um efetivo acesso à justiça, permitindo que essa soberania, na prática, seja exercida por quem for capaz de dominar a política do medo. (ROUSSEAU, 2002)

O homem, movido por suas paixões e desejos, não hesita em matar e destruir seu semelhante.

Ao descrever o homem em seu estado natural, o autor do *Leviatã* aponta a igualdade entre todos como característica básica. Falamos então de uma igualdade de direitos. Esses direitos não têm limites: todos indistintamente têm direito a tudo que lhes aprouver. Não existindo um poder comum que garanta a preservação das posses, a única garantia de que algo vai continuar em poder daquele que o tomou para si é o uso da força e do ataque como formas de defesa. Qualquer bem existente na natureza pertence a todos que o queiram. É comum, por sua vez, que dois ou mais indivíduos se interessem pela mesma coisa. É a partir desse direito, quando dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos que surgem as atitudes que irão levá-los à condição de guerra no estado de natureza. A guerra de todos contra todos se refere a essa condição. (GOMES, 2006, p. 13)

Porém, tal qual já demonstrado, apresentam-se conflitos entre direitos fundamentais do indivíduo e da sociedade, que podem ser de pronto resolvidos com uma ponderação de princípios fundamentais constitucionais, uma vez que os princípios coexistem entre si, sem que um anule o outro, mas que possam ser sistemática e racionalmente ponderados entre si, para uma convivência harmônica, na consecução de materialização de seus núcleos, aos fins sociais que almejam:

Nesse mesmo sentido se manifesta Dworkin quando afirma que os princípios não são aplicáveis segundo um modelo de tudo-ou-nada, apresentando apenas uma dimensão de peso ou de importância. Quando

dois princípios entram em colisão, ganha aplicação aquele princípio que, pelas circunstâncias concretas do caso, mereça primazia sem que isso importe na invalidade do princípio oposto. (DWORKIN, 1978 apud GUEDES, 2012, p.1)

Ronald Dworkin, filósofo do Direito Americano, classificou as normas jurídicas em duas espécies, a saber: regras e princípios. As regras orientam-se pelo critério da aplicabilidade à moda tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*). Os princípios, a seu turno, situam-se na dimensão do peso (*dimension of weight*), isto é, são avaliados para se definir qual deles merece prevalência sobre outro. (BECKER, 2015, p.1)

Conforme as teorias acima, diante da premissa de que os direitos fundamentais não se materializam sem que haja segurança pública, como se fosse uma semente que somente brotaria em terreno fértil, a segurança pública exerce no espaço geográfico a condição para materialização dos demais direitos, por isso merece primazia em relação aos demais direitos para consecução dos núcleos que são a essência dos direitos fundamentais constitucionais e fins sociais previstos constitucionalmente.

Nos termos do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988), competindo ao Poder Judiciário, através do Estado-Juiz, enquanto representante do Estado de Direito, solucionar os conflitos de lesão ou ameaça de lesão de direitos da sociedade que se lhe apresentarem pelas afrontas do Crime Organizado, que se estrutura como um “Estado Paralelo”, e se equipara à estrutura organizacional Estatal Constitucional, e, assim, vitimizam toda a sociedade, abstratamente, objetivamente, e a cada indivíduo subjetivamente, eis que depositam no Estado parcela de sua liberdade, controlada pelo modelo de contrato social que aderiu como cidadão de direitos.

Dessa forma surge o ativismo judicial como um instrumento a ser utilizado em prol da democracia brasileira, diante do que consta instituído no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988), quando consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, logo, há uma atuação proativa do magistrado para ampliar e concretizar a aplicação do direito, trazendo justiça ao caso concreto. O Poder Judiciário e o Ministério Público intervêm nas hipóteses em que há violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais – em se tratando de direitos sociais – e aos direitos de liberdade irreduzíveis, que compõem a teoria do mínimo existencial. Neste sentido, se insere a segurança pública como um núcleo participante do mínimo existencial, enquanto garantidora de materialização dos demais direitos fundamentais.

Judicialização não necessariamente leva a um ativismo, mas um ativismo é alimentado por uma judicialização, de forma que, ao ser apresentado ao magistrado fatos típicos que se subsumem à norma penal, com as complexidades de atuação do crime organizado, a segurança pública se apresenta como um fenômeno de omissão e incapacidade Estatal, fragilizada em seu monopólio de justiça, destoando da forma como foi pensada e implementada na Constituição, como um mecanismo de proteção das liberdades.

Afinal, um processo judicial tem por triunfo o provimento jurisdicional, e quando a sociedade é vítima da atuação e domínio do crime organizado, o ativismo judicial pode trazer à sociedade uma resposta mais eficaz com a judicialização proposta pela persecução penal, mais eficaz do que os mecanismos de políticas públicas, e formalidades legislativas, cujas delongas são processos contínuos e as decisões que podem ser posteriormente revisadas por serem tomadas conforme a *clausula rebus sic stantibus*, na qual se permite a reserva do possível conforme as exigências das demandas do tempo e do discurso das fontes legislativas, debates políticos sobre aplicação de verbas orçamentárias para aplicação de recursos para reestruturar o Estado de Direito, visando combater, com paridade de armas, esse confronto proposto pelo Estado Paralelo que compõe o Crime Organizado.

Historicamente, as influências legislativas no combate ao crime organizado atravessaram as barreiras do tempo, mas muito lentamente, a exemplo disso, a reforma processual penal somente em 2008 instituiu no § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal (BRASIL 1941), e em passos lentos somente em 2015 no artigo 132 do Código Processual Civil instituiu o princípio da identidade física do juiz, o qual afirma que “*o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença*”, cuja regra está ligada à garantia do juiz natural (artigo 5º, incisos LIII e XXXVII, da Constituição Federal – BRASIL 1988). No entanto, a jurisprudência tão logo se posicionou no sentido de relativizar a interpretação dos dispositivos em comento, admitindo ao processo penal as ressalvas aplicadas em razão do artigo 132 do Código de Processo Civil quando aduz que “*o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor*”. (BRASIL, 2015)

Da mesma forma, o legislativo que somente em 2012 instituiu o colegiado de juízes no combate ao crime organizado pela Lei nº 12.694, a jurisprudência tão logo se posicionou na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4414 e julgou constitucional a

criação de varas especializadas compostas por juízes que teriam seus votos não identificados, com sigilo de votações em crimes que envolvam julgamentos de crimes organizados. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI n. 4414, Relator Ministro Luiz Fux, 2012)

Faz-se necessário esclarecer que a proibição da constituição de tribunais de exceção não significa impedimento à criação de justiça especializada ou de vara especializada, já que, nesse caso, apenas são reservados a determinados órgãos, inseridos na estrutura judiciária fixada na própria Constituição, o julgamento de matérias específicas. Portanto, criados anteriormente aos fatos imputáveis, obedecendo, assim, à “ratio” principiológica do juiz natural.

No mesmo sentido do princípio do Juiz Natural, o princípio do Promotor natural também encontra amparo no art. 5º, LIII, da Constituição Federal de 1988, ao determinar que ninguém será processado senão por autoridade competente. O mencionado dispositivo deve ser interpretado em consonância com o art. 127 e 129 da Carta Magna, ou seja, ninguém poderá ser processado criminalmente senão pelo órgão do Ministério Público, dotado de amplas garantias pessoais e institucionais de absoluta independência e liberdade de convicção e com atribuições previamente fixadas e conhecidas. Portanto, para ter liberdade de convicção, deve estar livre de intimidações, ameaças e pressões midiáticas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos eliminou o juiz sem rosto peruano em 1999 e em 2000 (respectivamente nos casos Cantoral Benavides e Castillo Petruzzi), porque ofensivo ao direito de defesa, que tem direito a juiz imparcial. A Corte Suprema Colombiana aboliu essa excrescência no ano 2000. Qualquer lei no Brasil que instituísse o juiz sem rosto seria inconstitucional e inconveniente, além de retrógrada e ultrapassada. Em tempos de criminologia midiática (ZAFFARONI: 2012), que possui incomensurável força opressiva e desinformativa, a confusão entre juízo colegiado e juiz sem rosto chega a emaranhar o pensamento até mesmo de ministros ilustrados, como é o caso de Luiz Fux (GOMES, 2012, p. 1).

O motivo acima, no que tange respectivamente aos casos Cantoral Benavides e Castillo Petruzzi, é que foi elaborado um tribunal pós-fato, e por tal motivo feriria o princípio protegido pela Corte Interamericana do juiz natural, de forma retrógrada, diferentemente o que se propõem no presente artigo. A proposta de implementação, na forma como se apresenta, é um tribunal com procedimento anterior ao fato imputado, por isso, estritamente legalista, eis que já existem as Varas Especializadas conforme previsão da Lei nº 12.694/2012, já existe a previsão para tal instituto na Convenção de Palermo, conforme comprovado, bem como já existem legislações que permitem o contraditório postergado para fases subsequentes da

persecução penal, tal qual ocorre na Lei de Interceptações Telefônicas, Lei nº 9296/96.

CONSIDERAÇÕES FINAIS COM PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO DE OCULTAÇÃO DE AUTORIDADES INVESTIGATIVAS E JUDICIAIS DE PERSECUÇÃO PENAL

Deve-se buscar, seja mediante atuação legislativa, muito embora suas delongas historicamente já demonstradas, ou seja mediante ativismo judicial, tal qual criou-se as varas especializadas de colegiados de juízes no modelo da Lei nº 12.694/2012, julgadas constitucionais pela ADI 4414, modelos estratégicos de não identificação dos juízes que comporão o colegiado decisório, pois não existe nas definições das competências constitucionais, nenhum impedimento de que este seja afastado do julgamento do processo, após ser apresentado o relatório indutivo com as suas convicções, conduzindo seu relatório com sucintas informações sobre a instrução probatória colhida nos autos, bem como suas percepções.

Não há impedimento legal ou constitucional de esse juiz relator ser substituído por um colegiado de juízes, julgadores sucessores ao relatório, não identificados, que poderão proceder ao julgamento, após ser suscitado pelo MP na peça acusatória a aplicação da Lei nº 12850/2013, tal qual já julgado constitucional o permissivo mitigador do § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal (BRASIL 1941), combinado com o artigo 132 do Código Processual Civil, em que o princípio da identidade física do juiz tem regra relativizada flexibilizando a garantia do juiz natural (artigo 5º, incisos LIII e XXXVII, da Constituição Federal – BRASIL 1988).

Tal aplicação da Lei nº12.850/2013 poderá ser confirmada no momento de prolatar a sentença pelo colegiado de juízes não identificados para o julgamento, que proferirão seus votos decisórios para formar a sentença penal condenatória, sendo que, cada um desses três juízes que compõem o colegiado decisório, não devem ser identificados nem mesmo perante seus pares, e sim, e tão somente, perante o presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que deverá manter o mais completo sigilo de tais informações, sob pena de responsabilidade administrativa e penal perante o cargo que ocupa, até que seja publicada a sentença penal condenatória ou absolutória, após o término do prazo recursal, e esgotamento da primeira instância.

As causas que envolvem o crime organizado, por sua natureza e por haver repercussão interestadual, nacional e transnacional, necessitam de uma repressão uniforme. Por essa razão, esses crimes deverão ser julgados pela Justiça Federal e ser investigados pela Polícia Federal, após ser suscitado pela peça acusatória do Ministério Público Estadual, pendente de confirmação pelo Ministério Público Federal para seguir o trâmite especial colegial com ocultação provisória da identidade dos juízes.

Desta feita, a distribuição deve se realizar entre os juízes federais que compõem o judiciário da região a que pertencem, conforme regras de jurisdição e competência que forem aplicadas, e qualquer arguição de suspeição ou comprometimento dos juízes que compuseram o colegiado com identificação oculta poderá ser suscitada em segunda instância perante o Desembargador Relator que proferirá o relatório sobre o recurso apresentado, quer seja pela defesa ou quer seja pelo órgão acusador, para que, pós tal relatório, seja proferido julgamento mediante distribuição e sorteio de juízes de segunda instância também não identificados, de forma que, é possível tal identificação sempre para o momento processual imediatamente posterior, em preliminar de peça recursal.

O órgão do MP que suscitará a aplicação da Lei nº 12850/2013, para sua proteção e segurança, também não será identificado, sendo remetido o conjunto dos elementos de prova que forem colhidos nos autos investigativos das fases investigatórias e pré-processuais, o que será recebido pelo MP da Vara a que for distribuído o processo, para a tramitação perante o Juiz de primeira instância relator. A identificação do MP suscitante da aplicação da Lei nº 12850/2013 também só será revelada em momento posterior, postergado após o esgotamento da fase processual de primeira instância. Da mesma forma assim será tramitado na fase de segunda instância, em que a identidade física do Procurador de Justiça atuante na segunda fase processual recursal só será identificada em momento processualmente posterior, quando recebido a confirmação da suscitação da aplicação pela Lei nº 12850/2013 pelo Procurador da República que faz parte da Câmara cujo Desembargador Federal relatará o recurso para julgamento colegiado de juízes de segunda instância com identidade provisoriamente oculta.

A justificativa para implantação da não identificação momentânea dos juízes e promotores que compõem o colegiado decisório suscitado com aplicação da Lei nº 12.850/2013 e postergação de tal identificação para momento posterior tem respaldo na ponderação de direitos fundamentais, assim comprometidos com a

imparcialidade dos juízes, garantindo suas decisões com livre convencimento motivado, sem pressões de efeitos midiáticos, livres de intimidações e ameaças, preservando assim a ampla defesa e o contraditório cujos núcleos de direitos fundamentais se pretende alcançar com o princípio da identidade do juiz, que será exercido e obedecido, porém, em momento mais oportuno para a atividade jurisdicional mais eficaz e eficiente.

Quanto aos Agentes Públicos, Delegados de Polícia, estes não terão dificuldade de manterem em sigilo suas identidades, uma vez que não existe obrigatoriedade de observância ao princípio da identidade física, contraditório e ampla defesa na fase pré-processual investigatória, mas é importante ressaltar que as investigações sejam presididas por estes profissionais sempre que houver indícios de envolvimento de crime organizado conforme conceituado pela Lei nº 12.850/2013.

Para reflexão da “ratio”, a aplicabilidade constitucional do juiz anônimo ou juiz sem rosto ou juiz oculto, e suas consequências sociais na segurança pública das autoridades e da população brasileira, tem por ideal que se criem estratégias instrumentais dentro do sistema processual, com disposições legais próprias, permitindo que as decisões sejam prolatadas sem identificação da pessoa da autoridade para o público em geral, podendo ser identificado internamente por um código de barras, mantendo sigilo até mesmo aos seus pares, com distribuição feita dentro da região federal a que pertence.

O juiz que terá contato com as provas fará seu relatório, para que os seus pares possam proferir decisão. Afinal de contas, o agente público e político-jurídico decide em nome do Estado e não em seu nome pessoal.

É necessário autoridades imbuídas de poder de Estado que, a fim de combater o crime organizado/terrorismo, não tenham seus nomes ou Tribunais a que pertencem momentaneamente revelados para o réu, nem mesmo para a defesa técnica, ou nem mesmo seja dado publicidade de tal identificação, podendo ser identificados posteriormente aos julgamentos, em contraditório postergado quanto à impedimentos e suspeições que fossem aplicados ao que já se encontra julgado, em sede recursal, obedecendo-se o mesmo critério de julgamento de recursos com identificação velada das autoridades envolvidas na investigação, na formação da convicção formada sobre o crime também conhecida como *opinio delicti*, e na atividade jurisdicional e recursal.

A figura do “juiz sem rosto”, comumente na forma como vem sendo utilizada, não é considerada nova no ordenamento jurídico mundial. O modelo já constou como adotado na América do Sul, em países como a Colômbia, Peru, México e Nicarágua (G1, 2013).

CONCLUSÕES

A hipótese como essência de estudo de combate ao crime organizado, consiste em conhecer a dinâmica de como se perpetra a sua atuação e fontes de custeio, para obter uma melhor dinâmica investigativa de elementos de identificação de sua materialidade e autoria, com estratégias de reação, seja com infiltrações de agentes públicos ocultados no meio investigativo, ou seja com a aplicabilidade constitucional do juiz anônimo ou juiz sem rosto, ou autoridades com poder de investigação e decisão com a identidade momentaneamente oculta, e suas consequências sociais na segurança pública.

O modelo proposto cumpre o sistema constitucional vigente, e não destoa das disposições legais processuais pertinentes, e é eficaz por permitir que as investigações sejam concluídas, as acusações sejam bem embasadas, e as decisões sejam prolatadas de forma segura e consistente, sem identificação da pessoa da autoridade para o público em geral e, nem mesmo, momentaneamente às partes. Afinal de contas, o agente público, e político-jurídico, investiga, atua, e decide, em nome do Estado, e não em seu nome pessoal.

É necessário percorrer todo um labirinto, para conhecer a forma como se materializa o crime organizado, os tipos de organizações criminosas, bem como identificar todos os envolvidos e as fontes de custeio, para, com um aparato de inteligência estatal, alcançar com eficácia e eficiência tais atividades, mas que devem ser aplicadas por meio de uma forma processual legalmente imposta para alcançar a justa e jurídica jurisdição. Buscar meios de provas esculpidas dentro do sistema de legalidade democrática, com uso de estratégias, os objetivos da paz social e segurança pública, como funções do Estado, são melhores alcançados, desenvolve assim outras atividades prestadoras do compromisso contido no contrato social, cumprindo direitos que são fundamentais para com a legislação interna e internacional, mantendo incólume e inabalável a sua soberania para com a população do território nacional. Para que tal fundamento seja concretizado é necessário o Estado fazer uso de sua imperatividade, e uso de força organizacional, de forma estruturada e articulada, entre as instituições de segurança pública.

Diante da definição que se exprime sobre a atuação do crime organizado, tal qual apresentado neste trabalho, e diante de outras formas de atuação macrossocial do crime organizado, seria de bom intuito, pelo menos conhecer as

organizações criminosas em suas formas de atuações micro sociais, buscando conhecer seus atores, líderes, cooperadores, oportunidades, fontes econômicas de custeio, fontes políticas colaboras, formas de fraudes e extorsões, e corrupções nos setores públicos, e privados, bem como os favores políticos, e quais as contraprestações. É necessário conhecer melhor o inimigo, para alcançar a melhor forma de combatê-lo, imiscuindo em uma verdadeira arte da guerra.

Estratégia sem tática é o caminho mais lento para a vitória. Tática sem estratégia é o ruído antes da derrota.

A Arte da Guerra (chinês: 孫子兵法; pinyin: sūn zǐ bīng fǎ), um livro de Sun Tzu escrito no século IV a.C., é um dos mais sábios e importantes textos de estratégia militar.

Afinal, são implementadas técnicas de proteção às vítimas, aos delatores que dão notícias de crime indiretas, apócrifas, anônimas, e diretas em delações premiadas, bem como os agentes públicos que se infiltram no crime organizado, até mesmo no sigilo das investigações, seja através de técnicas extraordinárias investigativas que contêm o contraditório postergado e diferido, tal qual acontece na interceptação telefônica, tudo a dar azo ao sucesso das investigações que visa dar supedâneo à persecução penal. Tudo isso tem previsão legislativa protetiva.

Porém, não se pode esquecer dar segurança aos operadores de técnicas processuais exigidas em normas legislativas para alcançar um provimento jurisdicional através da persecução penal, principalmente aqueles que personificam em si a entidade da qual representam, para encarnar em tal representatividade, um decreto condenatório que poderá influir nas fontes de custeio de um padrão de vida de criminosos que ostentam uma forma de enriquecimento, dominação e poder, com uso de violência ilegítima, fortemente armados e aparelhados, que utilizam de formas ocultas de perpetrar essa violência como forma de intimidação e vingança, àqueles que opõem ao estilo de vida material assoberbada que pretendem manter.

Os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, e o Ministério Público, para que possam ser integralizados em suas atribuições de forma harmônica, é necessário haver a proteção do contrato social, e dos indivíduos que dele o aderiram ao comporem o que chamamos de nação, para que, dessa união, possam alcançar o progresso do interesse coletivo, com o poder da soberania nacional.

REFERÊNCIAS

ALBINI, Joseph L.; MCILLWAIN, Jeffrey Scott. **Deconstructing organized crime: An historical and theoretical study**. McFarland, 2012.

ALVES, F. Segurança pública, cidadania e controle social. **Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, v. 1, n. 1, p. 1383-1397, 2017.

AMB INFORMA: Jornal Oficial da Associação dos Magistrados Brasileiros. Brasília, DF: Associação dos Magistrados Brasileiros, n. 163, jan./fev. 2015.

BECKER, Ricardo Fausto. A técnica de ponderação dos princípios constitucionais. 2016. Disponível em: <https://ricardobecker.jusbrasil.com.br/artigos/310735233/a-tecnica-de-ponderacao-dos-principios-constitucionais>. Acesso em: 4 nov. 2018.

BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: **Direito e razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

BONAVIDES, Paulo, **A QUINTA GERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**, Direitos Fundamentais e Justiça, n. 3, abr./jun. 2008. Disponível em: < http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Art. 5º, XXXV, XXXVII e LIII 1998 (a). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/.../inciso-xxxvii-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1>. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. **Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código penal militar. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Código penal militar. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 25 jul. 2012a. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. Lei n.12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. Senado Federal. Decreto Legislativo n. 231 de 2003. Submete à consideração do Congresso Nacional o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seus dois Protocolos, relativos ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea e à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, celebrados em Palermo, em 15 de dezembro de 2000. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 103, p. 6, 30 maio 2003. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/sileg/integras/192776.pdf>. Acesso em: maio 2018.

BRASIL. Decreto n. 5.015/2004 de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)*. Brasília, DF, 2012b. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=208686>. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Andamento do Processo n. 654.432*. Recurso Extraordinário com Agravo. Brasília, DF, 6 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF, na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4414, em atuação de ativismo judicial**. Código Penal, artigo 91. 2012c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=208912>. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 734.487. Relatora: Min. Ellen Gracie. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 154, Brasília, DF, 19 ago. 2010. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20100819_154.pdf. Acesso em: 06 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 559.646. Relatora: Min. Ellen Gracie. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 120, Brasília, DF, 22 jun. 2011. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20110622_120.pdf. Acesso em: 04 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 1002335. Relatora: Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 22 set. 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/810017/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1002335-rs-2007-0257351-2> Acesso em: 04 maio 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

Chaves, I. M. C. A Constitucionalidade da Lei nº 12.694/2012 Frente ao Princípio do Juiz Natural. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <https://isabelacchaves.jusbrasil.com.br/artigos/312263480/a-constitucionalidade-da-lei-n-12694-2012-frente-ao-principio-do-juiz-natural?ref=serp>. Acesso em: 23 maio 2019.

DELGADO, Márcia. Cresce pedido de proteção: número de juízes ameaçados aumentou de 150 para 202 em dois anos. Rio de Janeiro e Minas Gerais encabeçam o ranking de casos. AMB Informa: Jornal Oficial da Associação dos Magistrados Brasileiros, Brasília, DF, n. 163, p. 4, jan./ fev. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FISHER, Douglas , “**Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009.”, > disponível em:< https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/dicao028/douglas_fischer.html>acesso em: 15 de fevereiro de 2019.

FISHER, Douglas. O que é garantismo penal integral?. In: FISCHER, Douglas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo. (Org.). **Garantismo Penal Integral**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, v. 1, p. 59-93. Acesso em: 24 jun. 2018.

FUX, Luiz. *Juízes sem rosto*. 2012. Disponível em: <http://www.justocantins.com.br/noticias-do-brasil9634-artigo-juizes-sem-rosto.html>. Acesso em: 7 maio 2018.

GOMES, Fernanda da Silva. **Rousseau: democracia e representação**. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/88818/225138.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 maio 2018.

GOMES, Luiz. Flávio. Ministro Luiz Fux e o juiz sem rosto. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: < <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/115824866/ministro-luiz-fux-e-o-juiz-sem-rosto> >. Acesso em: 08 maio. 2018.

G1. PARA PROTEGER MAGISTRADOS, TJMT INSTITUI 'JUIZ SEM ROSTO' EM PROCESSOS. G1 (Mato Grosso). 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2013/10/para-proteger-magistrados-tjmt-institui-juiz-sem-rosto-em-processos.html>. Acesso em: 8 maio 2018.

GOMES, Fernanda da Silva. Rousseau: democracia e representação. 2006. 105 f. Dissertação (Mestrado em Ética e Filosofia Política) - Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/88818/225138.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 maio 2018.

GOMES, Luiz. Flávio. Ministro Luiz Fux e o juiz sem rosto. 2012. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/115824866/ministro-luiz-fux-e-o-juiz-sem-rosto>>. Acesso em: 08 maio. 2018.

GRUPO CAPITAL DE COMUNICAÇÃO. CG. Quatro magistrados são ameaçados de morte em MT e estão sob escolta. 2013. Disponível em: <<http://www.gcnoticias.com.br/policia/quatro-magistrados-sao-ameacados-de-morte-em-mt-e-estao-sob-escolta/256264>> Acesso em: 8 maio 2018.

GUEDES, Néviton. A importância de Dworkin para a teoria dos princípios. *Consultor Jurídico*, 2012, p. 1. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios#_ftn19. Acesso em: 5 de maio. 2018.

HESSE, Conrado *et al.* *Significado de los derechos fundamentales manual de derecho constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administracion Pública Marcial Pons Edições Jurídicas e Sociais, 1996.

HOBBS, Thomas. *Leviatã* ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MESQUITA, Maira de Carvalho Pereira. Do princípio da inafastabilidade da jurisdição. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3681, 30 jul. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24807/do-principio-da-inafastabilidade-da-jurisdicao>. Acesso em: 15 maio 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques de. **Contrato Social**. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2002.