

P A R E C E R

**LEI DE SEGURANÇA NACIONAL
E
DEFESA DO ESTADO DE DIREITO NO BRASIL**

consulente

Ordem dos Advogados do Brasil

pelos Professores Doutores

Miguel Reale Júnior e Alexandre Wunderlich

Setembro/2020

Instituto de Estudos Culturalistas, Canela/RS, em 14/09/2020.

Consulente: Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Exmo. Sr. Presidente do Conselho Federal, Doutor Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky; pelo Exmo. Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, Doutor Marcus Vinicius Furtado Coêlho e por meio do Exmo. Conselheiro Federal, Doutor Juliano Breda.

CONSULTA

A Ordem dos Advogados do Brasil tem interesse na discussão sobre a constitucionalidade da Lei de Segurança Nacional – Lei n. 7170/83. Como se sabe, a lei alterou o quadro político e filosófico das legislações anteriores, possibilitando uma maior abertura na discussão da proteção do regime democrático, que acabou por vir em 1988. A OAB presta serviço público e tem por finalidade a defesa da Constituição Federal, a ordem jurídica do Estado de Direito, os direitos humanos, a justiça social, pugnando pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas do país (art. 44, I, Lei n. 8.906/94).

No caso em concreto, a OAB visa discutir a superação de um Modelo Autoritário de Segurança Nacional imposto pelo Regime Militar e a adoção do Modelo de Proteção e Defesa do Estado e suas Instituições Democráticas no Brasil.

Assim, diante da atual situação legislativa, a entidade questiona: **tomando em consideração o modelo autoritário em que está inserida, diante da Constituição Federal de 1988, a atual Lei de Segurança Nacional é suscetível de inconstitucionalidade?**

Diante da pertinência da matéria e a sua importância cívica, os professores oferecem a presente consulta jurídica em atuação voluntária – *pro bono*.

OPINIÃO

1 – PANORAMA GERAL: ORDEM CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA NACIONAL NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA¹

Os países da América Latina sofreram o impacto do Estado Nacional Socialista alemão (Hitler, 1933-1945) e Estado Nacional Fascista italiano (Mussolini, 1922-1943), passando por um período de “violências de Estado” ou “legalidade autoritária”.² No Brasil, sob o comando do Regime Militar, após legislações sucessivas desde a **Constituição de 1934**, o país contou com diversas Leis de preservação da Ordem Política e Social e da Segurança Nacional. Os vitoriosos revolucionários de 1930, sob o comando

¹ O parecer adota a investigação realizada por Alexandre WUNDERLICH, em *Crime político, segurança nacional e terrorismo*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, como fonte.

² A expressão “legalidade autoritária” é de Anthony PEREIRA (*Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 36.) e a expressão “violências de Estado” é de Pilar CALVEIRO (*Violências de Estado: la guerra antiterrorista y la guerra contra el crimen como medios de control global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 11).

do Governo Provisório de Getúlio Vargas, convocaram a constituinte que o elegeu Presidente. Uma vez promulgada a Constituição de 1934, pela primeira vez no texto constitucional surge a defesa do Estado sob a denominação de **Segurança Nacional** como uma condição orientadora da ação política.³ É sob a égide dessa Carta que surgiu a **Lei n. 38/35**, que deu início à tipificação dos crimes contra a segurança nacional. Todas as questões relativas à Segurança Nacional passam a ser estudadas, teorizadas e coordenadas pelo **Conselho Superior de Segurança Nacional** e pelos órgãos especiais criados para atender às necessidades da mobilização. O texto suspendeu as garantias constitucionais que pudessem prejudicar a Segurança Nacional em Estado de Guerra, registrou que as Forças Armadas eram instituições nacionais permanentes, destinadas a defender a pátria e a garantir os poderes constitucionais, a ordem e a lei.

O golpe e a **Constituição de 1937** prorrogaram o mandato de Getúlio Vargas. A Carta Política, que é marco do Estado Novo e tem Francisco Campos como o principal autor do texto, inicia o desenho *legal* da estrutura para os meios de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo, mantendo o título “Da Segurança Nacional” e inovando com o destaque “Da defesa do Estado”. A Segurança Nacional recebeu espaço no artigo 161, com a definição de que as Forças Armadas são instituições nacionais permanentes, organizadas sobre a base da disciplina hierárquica e da fiel obediência à autoridade do Presidente da República. No artigo 162 foi mantido o Conselho de Segurança Nacional, presidido pelo Presidente da República. Sob o comando de Getúlio Vargas, “a Polaca” organizou e centralizou os poderes, reintroduziu a pena de morte e fixou regras sobre os Estados de Emergência e de Guerra. A Carta de 1937 ampliou o conceito de Segurança Nacional, “pois ao invés de se ater a supostas ameaças externas” ocorreu “um deslocamento de foco para a criminalidade política e também a criminalidade comum, o que pode ser percebido por uma distinção realizada

³ REALE JÚNIOR, Miguel. “Liberdade e Segurança Nacional”. *Anais da VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Manaus, 1979, p. 291; COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito penal e segurança*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 10; BARROSO, Luís Roberto. “A Superação da Ideologia da Segurança Nacional e a Tipificação dos Crimes Contra o Estado Democrático de Direito”. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Notadez, n. 09, 2003, p. 72.

no texto constitucional diferenciando o Estado de Emergência e o Estado de Guerra”.⁴ A Constituição, suspensa desde o dia de sua outorga, foi contestada em 1945, quando a vitória dos aliados na II Guerra Mundial ensejou medidas internas contra o fascismo europeu e o nosso Presidente da República entregou o cargo. Ante os compromissos internacionais daquele momento histórico, o país não poderia conviver internamente com uma Carta de inspiração fascista produzida por nacionalistas-autoritários que, a bem da verdade, sequer entrou em vigor, uma vez que seu artigo 187 previa aprovação por plebiscito, o que nunca ocorreu.⁵

A nova **Constituição de 1946**, promulgada pelo Presidente Eurico Gaspar Dutra, reconstrói a história política do Brasil, com comunistas e trabalhistas pela primeira vez juntos no parlamento, resgatando a estrutura e as linhas gerais da Constituição de 1891 e de 1934.⁶ Os títulos específicos “Da Segurança Nacional” e “Da defesa do Estado” deixam de existir e a expressão Segurança Nacional só aparece na composição do nome do Conselho de Segurança Nacional, no título VII, Das Forças Armadas, na defesa da pátria e para garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem.

O presidencialismo da Constituição Federal de 1946, que inclusive passou pelo Estado de Sítio de 90 dias em 1955, foi marcado por levantes militares e golpes de Estado de intensidades diferentes até a Revolução de 31 de março de 1964, com a deposição do Presidente João Goulart, que assumira a vaga deixada pelo Presidente Jânio Quadros em 7 de setembro de 1961. Produto da Revolução de 1964, a Constituição em 1967 foi aprovada pelo Congresso Nacional, quando foram enterradas as conquistas democráticas da Carta de 1946, marcada por uma série de restrições políticas, pelas eleições indiretas para presidente e pelo retorno da pena de morte.

Sob a influência do Regime Militar, a **Carta Magna de 1967** aparece muito conservadora, tanto em seu contexto orgânico como em sua armadura dogmática.

⁴ COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito penal e segurança*, p. 12.

⁵ SARLET, Ingo *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 234.

⁶ BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. 1946. 3 ed. Brasília: Senado Federal. Coleção Constituições brasileiras, 2012, v. V, p. 10-11.

Prevaleceu o papel de preservação do poder com o fortalecimento do Poder Executivo, com substancial ampliação na iniciativa das leis, bem como consubstanciada pela faculdade dada ao Presidente de expedir decretos-lei.⁷ O texto permitia ao Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, a expedição de decretos com força de lei sobre as matérias da Segurança Nacional, finanças públicas, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.⁸ Fixada a competência da União para organizar as Forças Armadas, planejar e garantir a segurança nacional, para apuração de infrações penais contra a segurança nacional, a ordem política e social ou em detrimento de seus bens, serviços e interesses, a questão da segurança nacional volta com força de título expresso na “**Seção V – Da Segurança Nacional**”. A lei estabeleceu objetivamente o compromisso de que “toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei”. Na linha da norma constitucional anterior, manteve o Conselho de Segurança Nacional destinado a assessorar o Presidente da República, tendo como meta a formulação e execução da política de segurança nacional.

A legislação da ditadura militar foi remendada nos anos subsequentes por diversos atos institucionais. O **Ato Institucional n. 5**, de 13 de dezembro de **1968**, que dispôs, por exemplo, sobre os poderes do Presidente da República de decretar o estado de sítio nos casos previstos na Constituição Federal de 1967; a intervenção federal, sem os limites constitucionais; a suspensão de direitos políticos, a restrição ao exercício de qualquer direito público ou privado e a suspensão de *habeas corpus* para determinados crimes, o que “mergulhou o país, decisivamente, nos abismos do arbítrio”⁹, sendo revogado somente no ano de 1978¹⁰. De 1964 a 1969 foram editados diversos atos pelos Chefes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica e pelo Presidente da República, sempre com

⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. 1967. 3 ed. Brasília: Senado Federal. Coleção Constituições brasileiras, v. VI, 2012, p. 31.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 167.

⁹ BICUDO, Hélio. *Segurança nacional ou submissão*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984, p. 39.

¹⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 361.

o respaldo do CSN. O controle militar perdurou até 1985, quando iniciou a abertura política consagrada na Constituição Federal de 1988.

A **Constituição Federal de 1988** inaugura a fase democrática. O texto de essência garantista adota a democracia como forma de Estado, fixa seus fundamentos e consolida um catálogo de direitos individuais e coletivos no Estado de Direito. A Constituição produz uma ruptura substancial no tratamento da questão da Segurança Nacional. O tema, da forma em que era tratado desde 1934, dá espaço à **“Proteção e Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”**¹¹, ocasionando um giro conceitual na legislação do país. A competência da União deixa de garantir a Segurança Nacional, a ordem política e social e passa a assegurar, com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a **“guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas”**. São adotados o Estado de Defesa e o Estado de Sítio, no teor do Título V, “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, no Capítulo I¹². O Conselho de Segurança

¹¹ A expressão “Instituições Democráticas” é adotada por Alexandre WUNDERLICH em *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, p. 46. Como forma de adequar o tema da Segurança Nacional ao modelo trazido pelo texto constitucional de 1988, que protege a organização política do Estado em sua órbita *interna*, especialmente na linha do que dispõe: **“Art. 1º.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; [...] V - o pluralismo político”; **“Art. 4º.** A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:[...] II - prevalência dos direitos humanos; [...] VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo [...],”; **“Art. 23.** É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público [...] e no título V, Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas.” Entende-se por “Instituições Democráticas” todos os instrumentos do Estado que operam em favor de sua integridade, seu funcionamento e de sua realização enquanto Estado de Direito, assim, todos os órgãos constitucionalmente estabelecidos. Os parlamentos, os executivos, os judiciários e os serviços públicos essenciais são entendidos por Instituições Democráticas, pois a democracia é estruturada e se manifesta por meio dessas Instituições. Logo, a defesa das Instituições Democráticas representa a própria defesa da democracia, a realização do Estado de Direito por meio da concretização dos direitos fundamentais.

¹² Na vigência do Estado de Defesa, para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza, é possível: I -restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de

Nacional, destinado a assessorar o Presidente da República e previsto nas Constituições anteriores, dá lugar ao Conselho de Defesa Nacional, estabelecido na Seção V, Subseção II, idealizado como órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a “defesa do Estado democrático”.

1.1 – PANORAMA ESPECÍFICO: ORDEM INFRACONSTITUCIONAL E SEGURANÇA NACIONAL NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A primeira legislação nacional sobre Segurança do Estado data da Primeira República. Após o golpe de 1930 e os anos de profunda instabilidade política e de administração precária pela Junta Militar, o país conviveu com as tendências da Ação Integralista Brasileira, de concepção nacionalista-cristã de inspiração fascista, com base no famoso postulado *Deus, Pátria e Família* e com o Movimento Comunista de ideologia marcadamente marxista, que via na luta de classes a possibilidade de mudança social.¹³ Foi no ambiente nacionalista, após a Constituição de 1934, que surgiu a **Lei n. 38, de 4**

comunicação telegráfica e telefônica; II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação. Na vigência do estado de defesa: I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial; II - a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação; III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário; IV- é vedada a incomunicabilidade do preso. (artigo 136) Na vigência do estado de sítio, nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa ou na declaração de estado de guerra só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I- obrigação de permanência em localidade determinada; II- detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV- suspensão da liberdade de reunião; V- busca e apreensão em domicílio; VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens (artigos 137 e 139).

¹³ SILVA, Carlos A. Canedo Gonçalves. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 97.

de abril de 1935¹⁴, encaminhada ao Congresso Nacional pelo Ministro da Justiça Vicente Ráo e que teve como essência o Projeto de Lei n. 78, que definia crimes contra a ordem política e social. A iniciativa legislativa foi denunciada por alguns resistentes como “**Lei Monstro**”.

Era o início de uma página triste da história do país.¹⁵ “Dentro de um contexto, cujo objetivo não é a defesa da Nação, mas, precipuamente, do Estado”, que nem sempre é expressão sincera da Nação, tem-se na legislação de 1935 o princípio do processo de criminalização de condutas atentatórias contra o Estado¹⁶, “editada para preservar o que se chamou de Estado Novo”.¹⁷ É evidente, como afirma a rica pesquisa de Carlos Canedo Gonçalves da SILVA, “que a legislação de segurança navegava ao sabor da conjuntura política, e isso pode ser considerado uma das causas da sua não-inclusão

¹⁴ O texto disciplinou, no capítulo I, os crimes contra a *ordem política*, cujo artigo 1º tipificou a tentativa de mudança, por meios violentos, da Constituição da República, no todo ou em parte, ou da forma de governo por ela estabelecida. Os artigos 2º e 3º estabeleceram como crimes a oposição à reunião ou ao livre funcionamento de qualquer dos poderes políticos e, por meio de ameaça ou violência, o livre e legítimo exercício de funções de qualquer agente de poder político. A legislação também especificou delitos contra a Administração Pública, como por exemplo o artigo 7º, com a conduta de incitar funcionários públicos ou servidores do Estado à cessação coletiva, total ou parcial, dos serviços a seu cargo. No capítulo II, criou crimes contra a *ordem social*, a partir do artigo 14 com o tipo de incitar diretamente o ódio entre as classes sociais e, depois, com o tipo legal de crime de instigar as classes sociais à luta pela violência previsto no artigo 15. Para além de criar as primeiras figuras penais no Brasil, a lei fixou regras gerais com base na Constituição da República de 1934, como a prevista no artigo 22, que advertia que não será tolerada a propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social. O parágrafo 1º do mesmo dispositivo assegurou que ordem política é a que resulta da independência, soberania e integridade territorial da União, bem como da organização e atividade dos poderes políticos, estabelecidas na Constituição da República, nas dos Estados e nas leis orgânicas respectivas. O parágrafo 2º definiu que a ordem social é a estabelecida pela Constituição e pelas leis relativamente aos direitos e garantias individuais e sua proteção civil e penal; ao regime jurídico da propriedade, da família e do trabalho; à organização e funcionamento dos serviços públicos e de utilidade geral; aos direitos e deveres das pessoas de direito público para com os indivíduos e reciprocamente.

¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 90.

¹⁶ BATISTA, Nilo. “Lei de segurança nacional: o direito da tortura e da morte”. In: *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, p. 14-15.”

¹⁷ BICUDO, Hélio. *Segurança nacional ou submissão*, p. 67.

no Código Penal, cujo processo de modificação é mais delicado”.¹⁸ “A história da repressão política no Brasil sublinha, com destaque, o processo de seu recrudescimento”, sendo tarefa difícil estudar “o desenvolvimento histórico da nossa legislação de segurança sem referências ao processo político que está na origem das diversas leis que vieram a lume a partir de 1935”.¹⁹

Nesse determinado período, houve a opção do Estado pela especificação das regras processuais para os *crimes políticos*, sob o comando do Presidente Getúlio Vargas e com a principal finalidade de submeter os crimes contra a segurança do Estado previstos na legislação extravagante a um regime rigoroso, com o abandono das garantias processuais.²⁰ Como ocorreu, por exemplo, com o **Decreto n. 229**, que ordenou o fechamento em todo o território nacional dos núcleos da Aliança Nacional Libertadora²¹, cujo Presidente de honra era Luiz Carlos Prestes.

No mesmo o ano, ante a ameaça da Intentona Comunista, o texto foi reforçado pela **Lei n. 136**²², que criou figuras penais e aprimorou algumas regras procedimentais

¹⁸ *Crimes políticos*, p. 97.

¹⁹ *Crimes políticos*, p. 98

²⁰ DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 268; “O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira: usos de representações do Estado Novo à ditadura militar brasileira (1935-1985)”. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 14, n. 14, p. 525-543, jul/dez de 2013, p. 528.

²¹ NUNES, Diego. *O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945): do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro*, p. 131; SILVA, Carlos Canedo Gonçalves da. *Crimes políticos*, p. 98.

²² A Lei endurece o sistema punitivo com mecanismos de censura e interdição de empresas, cria a possibilidade de afastamento compulsório de oficiais e funcionário público, independentemente de eventual ação penal pela prática de crime previsto na Lei n. 38, com prejuízo de todas as vantagens a este inerentes, tornando-se passível de exoneração. Dentre outros tipos penais, na linha do texto anterior, vale citar o artigo 7º que previu o delito de abusar, por meio de palavras, inscrições, gravuras na imprensa, da liberdade de crítica, para, manifestamente, injuriar os poderes públicos ou os agentes que o exercem. E, ainda, o artigo 21 que estabeleceu a expulsão imediata do estrangeiro, mesmo proprietário de imóveis, que praticar qualquer dos crimes definidos na lei ou na anterior Lei n. 38, que de qualquer modo possa atentar ou tenha atentado contra a ordem e segurança nacionais. No ponto, ver BATISTA, Nilo. “Lei de Segurança Nacional: o direito da tortura e da morte”, p. 16-17: “O Estado Novo foi pródigo, é claro, nesta espécie de leis. [...] inicialmente, na Lei n. 38, de 1935, que pode ser considerada como verdadeira matriz

para os chamados crimes políticos. Ainda em 1936, na busca da tutela da Ordem Política e Social do Estado, foi instituído pela **Lei n. 244**, como um órgão da Justiça Militar, o Tribunal de Segurança Nacional²³ (a partir deste ponto, tratado por TSN), modificado posteriormente pelo **decreto-lei n. 88 de 1937**. O TSN, que “era o espelho do Estado forte que se fazia presente para proteger a nação do perigo das doutrinas exógenas, materializada principalmente pelo comunismo, mas também pelo integralismo”, funcionou com sede no Distrito Federal, sempre que decretado o Estado de Guerra²⁴. O TSN era composto por cinco juízes nomeados livremente pelo Presidente da República, com competência para processar e julgar em primeira instância os militares, as pessoas que lhes eram assemelhadas e os civis nos crimes contra a segurança externa da República, os crimes contra as instituições militares e os crimes com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais, nos termos e definições da Lei n. 38 de 1935 – “Lei Monstro”.

da nossa tradição legislativa autoritária.” “A Lei n. 136, ainda de 1935, alterou e agravou alguma coisa na Lei n. 38, notadamente visando a impedir a filiação de funcionários públicos e militares ao Partido Comunista.” “O Decreto(...) dissolveu todos os partidos políticos, e, finalmente, o Decreto-lei n. 431, de 1938, que foi o ápice desse percurso, promoveu um endurecimento e uma sistematização da Lei n. 38.”.

²³ DAL RI JÚNIOR, Arno. *O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira: usos de representações do Estado Novo à ditadura militar brasileira (1935-1985)*, p. 529. O autor lembra que era um típico Tribunal de Exceção, composto por juízes civis e militares escolhidos pelo Presidente da República, quando do Estado de Guerra. A criação da Corte estava ligada à repressão dos envolvidos na rebelião comunista de 1935. O TSN foi novamente disciplinado pela Lei Constitucional n. 741 em 1942, que deu nova redação ao artigo 173 da Constituição, após definir que os crimes cometidos contra a estrutura das instituições, a segurança do Estado e dos cidadãos serão julgados pela Justiça Militar ou pelo Tribunal de Segurança Nacional. O TSN só foi extinto pela Lei Constitucional n. 14 de 1945, que disciplinou sobre a competência para o processo e julgamento de crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e a guarda e o emprego da economia popular.

²⁴ NUNES, Diego. *O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945): do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro*, p. 133: “Vargas vislumbrava que a repressão proposta aos comunistas participantes do levante esbarraria na morosidade dos tribunais. Assim, começou-se a levantar como alternativa a criação de um tribunal especial para o julgamento de tais crimes, por entenderem estes se localizarem fora da esfera dos delitos comuns. Para tanto, precisaria de prerrogativas que a Constituição não lhe outorgara. Discutindo com o Ministro da Justiça e parlamentares aliados, chegaram à criação da fórmula do estado de guerra fictício, que seria um estado de sítio por conta de comoção intestina. Tal fórmula foi referendada pela Emenda Constitucional n. 1/35, que concedia efeitos de Estado de Guerra ao Estado de Sítio. Essa manobra possibilitaria que se deslocasse a competência da justiça comum federal para a militar.”

Somente em 1938 houve alterações legislativas, inicialmente pelo **Decreto-Lei n. 428**, que tratou da forma do processamento dos crimes das leis anteriores (38 e 136/35) perante o TSN. Ato contínuo, pelo Decreto-Lei n. 431, definiu crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a Ordem Social, também processados e julgados pelo TSN. Mais tarde, em 1939, o Decreto-Lei n. 474 tratou novamente do processo dos crimes perante a mesma Corte.

É útil ao presente parecer, a trajetória legislativa construída na investigação de Alexandre WUNDERLICH, que demonstra um especial interesse na defesa social em detrimento das liberdades individuais no Estado Novo, o que pode ser comprovado pelo endurecimento do sistema punitivo na segurança do Estado a partir de 1938, desde a perspectiva de crimes e penas até o incremento de regras de natureza processual.²⁵

Importa registrar que a intervenção penal foi legitimada no preâmbulo da Carta de 1937, pois o “estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista” exigia “remédios, de caráter radical e permanente”. O aumento de penas²⁶, a adoção da pena de morte²⁷ executada por fuzilamento numa das prisões do Estado, designada pelo

²⁵ *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, p. 85 et. seq.

²⁶ O crime previsto no artigo 1º da Lei n. 38 de 1935 de tentar mudar, por meios violentos, a Constituição da República, no todo ou em parte, ou a forma de governo, que tinha pena estabelecida em reclusão de 6 a 10 anos aos cabeças e de 5 a 8 aos corréus, passou a ter a pena definida pelo artigo 3º, 1, do Decreto-Lei n. 431 de 1938, de 15 a 20 anos de prisão para os cabeças, quando não couber a pena de morte; e 8 a 12 para os demais.

²⁷ “**Art. 2º.** Caberá pena de morte nos seguintes crimes: 1) Tentar submeter o território da Nação, ou parte dele, à soberania de Estado estrangeiro; 2) Atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; 3) Tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra; 4) Tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; 5) Tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; 6) Insurreição armada contra os poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito; 7) Praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles; 8) Praticar devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror, com o fim de atentar

ministro da Justiça e Negócios Interiores e do recurso *ex officio* contra as sentenças absolutórias são exemplos do recurso à política criminal para implementação da defesa do Estado contra os inimigos comunistas.

Após, ainda na linha da Lei de Segurança Nacional e mantendo a tradição do tratamento do tema na *legislação especial*, houve a publicação do **Decreto-Lei n. 4.766 de 1942**, com largo espectro ao definir os crimes militares e contra a segurança do Estado, em tempo de guerra e com processo e julgamento pelo TSN. O Decreto-Lei puniu o exercício de coação contra oficial general ou comandante com o fim de impedir-lhe o cumprimento de dever militar, o aliciamento para que se passe para o inimigo ou para que liberte prisioneiros, a fuga ou a incitação à fuga em presença do inimigo, a espionagem política ou militar, dentre as mais de cinquenta figuras penais. O **Tribunal de Segurança Nacional foi, em definitivo, extinto pela Lei Constitucional n. 14 de 1945**, que dispôs sobre a competência para o processo e julgamento dos crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e a guarda e o emprego da economia popular.²⁸

Com o final do Estado Novo e com o fim da Segunda Guerra Mundial, na vigência da Constituição de 1946 foi publicada a **Lei n. 1.802/53** – uma nova LSN que definiu os “crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social” e revogou as disposições em contrário, especialmente as Leis números 38/35, 136/35 e 431/38. A Lei trouxe mais de duas dezenas de molduras penais, punindo, por exemplo, a tentativa de submeter o território da Nação, ou parte dele, à soberania de Estado estrangeiro; desmembrar, por meio de movimento armado ou tumultos planejados, o território nacional desde que para impedi-lo seja necessário proceder a operações de guerra; mudar a ordem política ou social estabelecida na Constituição, mediante ajuda ou subsídio de Estado estrangeiro ou de organização estrangeira ou de caráter internacional; subverter, por meios violentos, a ordem política e social, com o fim de estabelecer ditadura de classe

contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições; 9) Atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República.”

²⁸ NUNES, Diego. *O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945): do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro*, p. 131.

social, de grupo ou de indivíduo, bem como promover insurreição armada contra os poderes do Estado.

Naquele momento era evidente, na Lei n. 1.802/53, a existência de uma preocupação do Estado em sancionar o serviço secreto destinado à espionagem, à publicidade de guerra, ao repasse de informações ou documentos de caráter estratégico e militar ou de qualquer modo relacionados com a defesa nacional, tudo na defesa de “crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social”. A Lei de Segurança Nacional n. 1.802/53 faz menção aos crimes contra a Ordem Política e Social, mas sem qualquer confusão com a criminalidade ordinária.²⁹ A nova Lei de Segurança Nacional “quis abrandar uma legislação já inadequada, já envelhecida pelo processo político e empreender uma liberalização da legislação anterior, guardando não obstante muitos vestígios”.³⁰

Após o **Golpe Militar de 1964**³¹, com o colapso da ordem institucional³², a Lei n. 1.802/53 não se mostra mais suficiente às aspirações do novo regime e às suas pretensões punitivistas. Editada com base no Ato Institucional n. 2, surgiu a nova Lei de Segurança Nacional publicada pelo **Decreto-Lei n. 314 de 1967**, que foi o primeiro a definir os “crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social”, seguindo a orientação da Carta Magna, e passou a vigorar dois dias antes do fim da *vacatio legis* da Constituição Federal de 1967.³³ Em suas disposições preliminares, a Lei de Segurança Nacional definiu conceitos básicos da Segurança Nacional que devem inspirar o juiz ou Tribunal quando de sua aplicação. A lei inicia com a reprodução do texto constitucional previsto na “Seção V – Da Segurança Nacional”, ao afirmar que “toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei”.

²⁹ COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito penal e segurança*, p. 13.

³⁰ “Lei de segurança nacional: o direito da tortura e da morte”, p. 17.

³¹ As ditaduras militares apareceram em todos os países do chamado cone sul da América Latina, assim como no Brasil em 1964, ocorreu no Paraguai em 1954, na Argentina em 1966 e 1976 e no Chile e no Uruguai em 1973.

³² BARROSO, Luís Roberto. “A Superação da Ideologia da Segurança Nacional e a Tipificação dos Crimes Contra o Estado Democrático de Direito”, p. 72.

³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*, p. 92; COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito penal e segurança*, p. 13.

A Lei de Segurança Nacional trata a Segurança Nacional como “garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos” compreendendo, essencialmente, “medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna”, inclusive a prevenção e repressão da “guerra psicológica adversa” e da “guerra revolucionária ou subversiva”. Pela primeira vez, a LSN definiu conceitos de segurança interna, integrada na Segurança Nacional, que dizia respeito às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no âmbito interno do país. De igual modo, a “guerra psicológica adversa” foi conceituada como o emprego da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais. E, ainda, a “guerra revolucionária”, que foi definida legalmente como o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da nação.

As conceituações citadas na primeira LSN do regime autoritário revelam a clara implementação da conhecida **Doutrina de Segurança Nacional (DSN)**³⁴, a partir de um

³⁴ COMBLIN, Joseph, *A ideologia da segurança nacional: o poder militar na América Latina*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978, p. 21-22; 54-55: “*Criticaram-nos por dar à Doutrina da Segurança Nacional uma consistência e uma rigidez que ela não possui e de não fazer caso da diversidade e da flexibilidade da História. A essa objeção, respondemos que se os regimes militares que invocam a segurança nacional estão submetidos à flexibilidade da História, isso prova que existe uma Doutrina da Segurança Nacional de uma rigidez bem militar. Não pretendemos que seja preciso explicar a totalidade da evolução política das atuais ditaduras latino-americanas pela Doutrina da Segurança Nacional; porém esta doutrina é extremamente estruturada. Encontra-se nos cursos das Escolas Militares que foram fundadas para aprimorá-la e que se consagram inteiramente a essa tarefa: citemos, por exemplo, o National War College e o Industrial College of the Armed Forces, em Washington, a Escola Superior de Guerra, no Brasil, a Academia Superior de Seguridad Nacional, no Chile. Os professores dessas escolas indicam aos alunos textos para serem lidos, diversos papéis e esquemas de estudo para os seminários. É este, fundamentalmente, o material que nos permite conhecer a Doutrina da Segurança Nacional. Ora, se compararmos os textos dos Estados Unidos, do Brasil ou do Chile, constataremos uma espantosa*”

referencial teórico³⁵ muito organizado e que pretende o abandono da concepção tradicional dos crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social.

A Doutrina de Segurança Nacional, de emulações militares e antagonismo total com os países comunistas, começou a ser redigida no momento em que se instaurava uma bipolaridade mundial fruto da denominada Guerra Fria, logo após o final de Segunda Guerra Mundial³⁶, com suas vertentes originárias nos Estados Unidos e na

semelhança entre eles: a língua difere, porém os conceitos são idênticos. Há certamente uma doutrina muito rígida que vem dos Estados Unidos e é transmitida quase sem modificações nas escolas de segurança nacional da América Latina. A mesma doutrina serve de fundamento, e é invocada explícita ou implicitamente nos manuais e cursos de estratégia das escolas de guerra. Está implícita ou explícita nos trabalhos que constituem o que se chama, nos Estados Unidos, os assuntos da segurança nacional (National Security Affairs), domínio dos civis que elaboram e discutem a política mundial dos Estados Unidos. Nos Estados Unidos a Doutrina da Segurança Nacional não foi sintetizada. [...]. Segundo o autor, o conceito de segurança nacional está no centro da doutrina: "Freqüentemente os manuais americanos que tratam do assunto nem chegam a defini-la: ela está presente em toda parte e jamais é explicada. É interessante notar que a Segurança Nacional proporciona um equivalente dos Objetivos Nacionais: estes se reagrupam, finalmente, sob um único chefe, a Segurança Nacional, de tal modo que a estratégia visa indiferentemente os Objetivos Nacionais e a Segurança Nacional. Pois a Segurança Nacional tem uma relação com os Objetivos Nacionais." "A Segurança Nacional é a capacidade que o Estado dá à Nação para impor seus objetivos a todas as forças oponentes. Essa capacidade é, naturalmente, uma força. Trata-se, portanto, da força do Estado, capaz de derrotar todas as forças adversas e de fazer triunfar os Objetivos Nacionais." "Os Objetivos Nacionais constituem um conjunto bastante vago. Os autores reconhecem que há um só bem, que é a espinha dorsal da segurança nacional e é sempre um objetivo e deve sempre ser colocado em segurança: a sobrevivência da nação. No entanto, imediatamente volta a incerteza. É excepcional que a existência física de uma nação esteja em perigo. Estende-se, portanto, a sobrevivência a um certo número de atributos considerados essenciais à sobrevivência: crenças, uma religião, instituições políticas, etc. E a incerteza volta. Em suma, a segurança nacional não sabe muito bem quais são os bens que devem ser postos em segurança de qualquer maneira, mas sabe muito bem que é preciso colocá-los em segurança. (...)"

³⁵ GIANNAZI, Carlos. *A Doutrina de Segurança Nacional e o Milagre Econômico (1969/1973)*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 65. Dentre os principais apologistas da DSN estão os generais Golbery do Couto e Silva e Carlos de Meira Mattos; José Alfredo Amaral Gurgel (docente da UNICAMP e Mackenzie, autor de *Segurança e democracia: uma reflexão política*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1975); Jorge Boaventura (professor e jornalista); Mário Pessoa (jurista, publicou *O direito da segurança nacional*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército/Revista dos Tribunais, 1971).

³⁶ Sobre a formação da DSN, ver: RIVAS NIETO, Pedro. *Doctrina de seguridad nacional y regímenes militares en iberoamérica*. Alicante: Editorial Club Univeristario, 2008, p. 67; GIANNAZI, Carlos. *A Doutrina*

França, chegando aos países da América Latina como o Brasil.³⁷ A partir deste momento, a Doutrina de Segurança Nacional (que seduzia por sua simplicidade³⁸), foi o referencial norteador da produção legislativa sobre segurança do Estado, fundamentalmente de 1964 até o ano de 1983, quando deixou suas digitais na última LSN do país. A doutrina “é fruto da convicção de que o povo brasileiro, em sua imaturidade e com seu caráter expansivo, precisa de curador que o proteja de doutrinas exóticas, contrastantes com a tradição cristã de nossa gente.”³⁹

O conceito de Segurança Nacional, portanto, é o busílis da questão.

A criação está no cerne do programa doutrinário que introduziu em nosso país uma fórmula abrangente de todo e qualquer bem-interesse elevado à categoria de objetivo nacional, como objeto da tutela jurídica nesta espécie de criminalidade política contra a Nação.⁴⁰ O sem número de menções feitas à Segurança Nacional refletia o

de *Segurança Nacional e o Milagre Econômico (1969/1973)*, p. 66; SILVA, Carlos A. Canedo Gonçalves. *Crimes políticos*, p. 102; SANTOS, Roberto Lima. *Crimes da ditadura militar: responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação aos direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 23.

³⁷ URÁN, Ana María Bidegain. *Nacionalismo, militarismo e denominação na América Latina*. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 146.

³⁸ RIVAS NIETO, Pedro. *Doctrina de seguridad nacional y regímenes militares em iberoamérica*, p. 36.

³⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*, p. 124.

⁴⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*, p. 92.

ideário da DSN produzido na famosa Escola Superior de Guerra⁴¹ (ESG), responsável também pela teorização e pela profusão do discurso⁴² da doutrina de segurança.

⁴¹ COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional*, p. 151 et seq. O Brasil é exemplo de adoção da ideologia da Segurança Nacional, pois houve uma preparação sistemática, perseverante e contínua durante 15 anos. A ESG é uma instituição *sui generis* que (a) depende exclusivamente do Estado-Maior das Forças Armadas, (b) goza de grande independência em relação ao Exército, à Marinha e à Aeronáutica e (c) destina-se a formar civis e militares como classe de dirigentes. Depois de 1964, os altos postos da administração pública foram ocupados por ex-alunos da ESG: "A preparação direta para o novo regime militar brasileiro foi a Escola Superior de Guerra, fundada em 1949. Porém os homens que fundaram a Escola Superior de Guerra para imitar o National War College de Washington e introduzir suas doutrinas no Brasil não partiram do nada (...)." "Ela esquematizou a doutrina americana: objetivos nacionais, poder nacional, segurança nacional, conceito estratégico nacional. Essas categorias englobam todos os aspectos da realidade nacional. O esquema abstrato do Estado futuro já está claramente concebido. Até 1964, os teóricos da Escola Superior de Guerra são pouco explícitos quanto ao que se relaciona com a forma do Estado ou o regime político. Falam como se todo o sistema fosse exequível dentro do regime democrático estabelecido. É provável que não vejam bem ainda qual será a forma do Estado chamado a pôr em ação a Doutrina da Segurança Nacional." "Ascendendo ao poder, tinham duas ideias muito claras: sua Doutrina da Segurança Nacional lhes proporcionava finalmente um instrumento para governar o país, e o destino do Brasil estava ligado ao dos Estados Unidos, no seio da guerra fria: esses dois motivos haviam-nos levado a optar pela Doutrina da Segurança Nacional. Não houvera necessidade de que os Estados Unidos fizessem um esforço para impô-la. Pelo contrário, ela foi adotada com entusiasmo e sem nenhum sentimento de subordinação. Os efeitos das demonstrações da superioridade americana eram suficientes: a Doutrina da Segurança Nacional era uma das amostras da superioridade dos Estados Unidos e, fora de dúvida, um dos segredos dessa superioridade."

⁴² Neste sentido: COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional*, p. 151 et seq.; BARROSO, Luis Roberto. "A Superação da Ideologia da Segurança Nacional e a Tipificação dos Crimes Contra o Estado Democrático de Direito", p. 71 (afirma que a DSN, "embora tenha sua origem associada à política francesa durante a Guerra da Argélia, desenvolveu-se sobretudo nas escolas militares dos Estados Unidos da América, no período posterior à Segunda Guerra Mundial" e que "sua importação e adaptação se deveram especialmente à Escola Superior de Guerra, criada em 1949, e que foi o centro de difusão das ideias que deram suporte ao sistema de poder que se implantou no país após o movimento militar de 1964."); GIANNAZI, Carlos. *A doutrina de segurança nacional e o milagre econômico (1969/1973)*, p. 66 (destaca a ESG e sua importância para a DSN e no estudo de temas estratégicos); ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, p. 608 (atestam que a ideologia de Segurança Nacional foi trazida à América por autores franceses e desenvolvida por Escolas de Guerra); COSTA, Rodrigo Souza. *Direito penal e segurança*, p. 9 (confirma que o discurso sobre segurança no Brasil era fundamentado pela ideologia ou DSN, que partia de pressupostos firmados para sustentar o regime totalitário e militarizado, lembrando que Cordeiro de Farias, um dos criadores da ESG afirmou que a expressão Segurança Nacional surgiu após a II Guerra Mundial, vindo a substituir a expressão "defesa nacional". "A segurança nacional, como já mencionado, consistia numa doutrina, ou seja, um conjunto de princípios nos quais se baseava a ideia de Estado. Tal

A Escola Superior de Guerra foi criada pela **Lei n. 785 de 1949**, no governo do Presidente Eurico Gaspar Dutra, como um instituto de “altos estudos”, subordinado diretamente ao Chefe do Estado Maior das Forças Armadas e destinado a desenvolver e consolidar os conhecimentos necessários para o exercício das funções de direção e para o planejamento da Segurança Nacional. A Escola Superior de Guerra atuou por mais de 25 anos e recebeu especial importância justamente a partir do diploma constitucional

doutrina era substanciada tanto nas Constituições posteriores, mas também nas chamadas Leis de Segurança Nacional, expressão jurídica mais completa de tais princípios.”); DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*, p. 285; *O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira*, p. 531 (revela que a DSN teve sua importância na reformulação operada pela ESG, com inspiração nos estudos da *National War College*, que contemplava elementos inovadores, mas que se fundava principalmente na luta ao comunismo); FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática*, p. 16 (indica que a ESG elaborou a DSN que motivou o Decreto Lei n. 898/1969.); REALE JÚNIOR, Miguel. “Liberdade e Segurança Nacional”, p. 291 (certifica os documentos Manual Básico de 1976 e o Curso de Divulgação das Bases para o esclarecimento da DSN de 1962 para demonstrar o papel influente da ESG); PESSOA, Mário. *O direito da segurança nacional*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército/Revista dos Tribunais, 1971, p. 27 (expositor oficial da DSN, mostra o papel da ESG na estrutura do pensamento e nas conceituações, sobretudo na construção do “conceito de Nação”); GARCEZ NETO, Martinho. *Democracia, doutrina políticas e segurança nacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p. 132 (sublinha que é “uma das mais importantes instituições culturais de nossa pátria”, rogando que sua doutrina “há de frutificar, como grandioso exemplo para todos os homens cultos do país, pois que ela não resulta de ideias impostas ou de ortodoxias intolerantes”); BICUDO, Hélio. *Segurança nacional ou submissão*, p. 38-40 (ressalva o papel da ESG que, assessorada por técnicos americanos, atuava na formação de teóricos, no desenvolvimento de conceitos de seus manuais básicos e na construção oficial da moderna concepção de segurança nacional formada por “equipes de homens superiormente dotados”); NUNES, Diego. *O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945): do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro*, p. 144-145 (revela a existência de uma consolidação do Direito da Segurança Nacional no Estado Novo e um discurso produzido a partir do pós-guerra pela ESG que ganhou corpo durante a Ditadura Militar); PEREIRA, Anthony. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, p. 120 (refere o discurso proferido pelo embaixador dos Estados Unidos, Lincoln Gordon, na ESG, logo após o Golpe de 1964, demonstrando a importância da instituição); SILVA, Carlos A. Canedo Gonçalves. *Crimes políticos*, p. 104 (assinala que a ESG foi criada pela Lei n. 785 de 1949 e que teve como fundadores aqueles militares que participaram, juntamente com tropas norte-americanas, da Campanha da Itália, sob o comando do Marechal Cordeiro de Faria); SANTOS, Roberto Lima. *Crimes da ditadura militar*, p. 24 (aponta a ESG como responsável pelos fundamentos da DSN) e RIVAS NIETO, Pedro. *Doctrina de seguridad nacional y regímenes militares em iberoamérica*, p. 35 (refere a influência do *National War College* e compara a função da ESG com a *Academia Superior de Seguridad Nacional* do Chile, referindo que no Brasil a DSN foi mais sistemática e coerente).

que se notabilizou por “atribuir a cada cidadão a responsabilidade pela segurança nacional”, um decreto que ficou “caracterizado pela expansão da criminalidade passível de ser tutelada pela lei de segurança nacional”.⁴³ Era, pois, um discurso de segurança diferente daquele produzido na Era Vargas, que surgiu com a Lei n. 38 de 1935. Houve uma ressignificação do termo Segurança Nacional para que, novamente, fosse base para um *corpus* programático de um regime autoritário.⁴⁴

Em 1969 houve duas legislações, **primeiro o Decreto-Lei n. 510 que alterou e agravou⁴⁵ extraordinariamente o Decreto-Lei n. 314 de 1967**, que até então definia os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social. Logo após, a LSN foi apresentada no Decreto-Lei n. 898 que, elaborado às pressas e em momento de crise política, revogou o Decreto-Lei n. 314 de 1967, mas manteve as orientações gerais com **a reintrodução da pena de morte.**⁴⁶ Ainda que com os excessos⁴⁷ e as imperfeições técnicas⁴⁸, acabou por ser a legislação (chamada de revolucionária) que vigorou por mais tempo no Regime Militar, sendo caracterizada por seu extremo rigor e confiança no

⁴³ COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito penal e segurança*, p. 13.

⁴⁴ NUNES, Diego. *O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945): do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro*, p. 145.

⁴⁵ BATISTA, Nilo. “Lei de segurança nacional: o direito da tortura e da morte”, p. 18: “[...] em primeiro lugar, o Decreto-lei n. 314 de 1967. Veio, em seguida, o Decreto-lei n. 510, de 1969, que alterou, agravando extraordinariamente o Decreto-lei n. 314 de 1967. Por exemplo, no art. 36, o Decreto-lei n° 510 passou a incriminar a conduta de “filiar-se” a organização de tipo militar. Antes, o Decreto-lei n. 314 só incriminava “fundar e manter instituição de tipo militar”. A simples conduta de filiar-se não era punida. Na definição de propaganda subversiva, o Decreto-lei n. 314, de 1967, exigia que a atividade importasse “em ameaça ou atentado à segurança nacional”.

⁴⁶ BATISTA, Nilo. “Lei de Segurança Nacional: o direito da tortura e da morte”, p. 18-19: “Esta foi a lei de segurança nacional por excelência da ditadura militar. Esta foi a lei de segurança nacional “prá frente Brasil”; esta foi a lei da tortura, dos assassinatos, dos desaparecimentos. Foi sob a égide desta lei que se instaurou uma criminalidade oficial sanguinária, que, diante da forma como resolveu-se entender a lei da Anistia, passará impunemente.”

⁴⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*, p. 186: o autor defendeu a inconstitucionalidade de alguns tipos, pois “vários fatos puníveis previstos no Decreto-Lei n. 898 configura também crimes comuns. A enumeração comparativa sereia fastidiosa e desnecessária.”

⁴⁸ MUNHOZ NETTO, Alcides. “Estado de Direito e Segurança Nacional”. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em Curitiba, 7 a 12 de maio de 1978, p. 161.

efeito preventivo da ameaça penal contra as condutas político-subversivas.⁴⁹ Nesse diapasão, os ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica militar, usando das atribuições que, conferidas pelos Atos Institucionais n. 5/68 e 12/69, definiram os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabeleceram regras para o processo e julgamento.

Vê-se, pois, que os legisladores recorreram, vez mais, aos conceitos que deveriam dar base à aplicação da Lei de Segurança Nacional. Partindo da premissa de que “toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei”, foram repetidos os dogmas da Doutrina de Segurança Nacional como segurança interna, guerra psicológica adversa e guerra revolucionária.

No mesmo período, o **Decreto-Lei n. 975 de 1969** foi publicado pelos Ministros militares, o que ampliava o rol dos crimes contra a Segurança Nacional, incluindo os crimes de contrabando e transporte de terroristas e subversivos, praticados por meio de aeronaves. Pouco tempo depois, foi promulgada pelo Presidente da República a Lei n. 5.786 de 1972 que definiu como crime contra a segurança nacional o apoderamento e o controle de aeronave, punidos com reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, ficando os autores dos crimes sujeitos ao foro militar previsto constitucionalmente. Havia um pensamento dominante nos meios jurídicos e um concurso quanto à necessidade de reforma das leis de segurança, sobretudo em razão das penas de aberrante severidade. A LSN necessitava de uma revisão por parte do Regime Militar, que de certo modo reconhecia esta necessidade, não somente quanto ao **Decreto-Lei n. 898/69**, mas ainda quanto ao **Decreto-Lei n. 975/69** e à **Lei n. 5.786/72**.

O Professor Heleno Cláudio FRAGOSO recorda que o decreto se caracterizava pela fiel incorporação da doutrina de segurança nacional elaborada pela Escola Superior de

⁴⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática*. Porto Alegre: Fabris, 1980, p. 15; “Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional”. *Jornal O Estado de S. Paulo*. de 21 de abril de 1983, p. 34; “Lei de Segurança Nacional”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 59, jul/set 1978, p. 71.

Guerra, salientando que havia crimes de manifestação do pensamento punidos com a pena mínima de 10 (dez) anos⁵⁰. Alcides MUNHOZ NETTO certifica que o tipo de ofensa pública, por palavras ou por escrito, a chefe de governo de nação estrangeira implicava reclusão de dois a seis anos. Era sugerida, então, uma reunião de todos os delitos políticos num só diploma, com algumas alterações liberais como a abolição de pena de morte e a suavização das penas privativas de liberdade, no seu *quantum* e no seu modo de execução, o respeito à legalidade, com maior clareza na definição dos tipos penais e referências ao móvel político, nos casos em que também constituam delitos comuns.⁵¹

Uma nova Lei de Segurança Nacional foi aprovada por decurso de prazo no final do governo do General Ernesto Geisel⁵², a **Lei n. 6.620 de 1978**, que redefiniu os crimes contra a segurança nacional e estabeleceu uma sistemática para o seu processo e julgamento. Embora represente um notável avanço sobre a péssima legislação anterior, a lei manteve a Doutrina de Segurança Nacional⁵³, com estrutura conceitual similar, desde a premissa de que “toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional” até as definições de segurança nacional, segurança interna, guerra psicológica adversa e guerra revolucionária.

A Lei, que sequer foi objeto de debate no Congresso Nacional que estava praticamente em recesso, conforme rememora Hélio BICUDO ao defender a sua ilegitimidade, esquematiza a DSN.⁵⁴ A partir de uma série de conceitos políticos expostos em seus primeiros artigos, a Segurança Nacional passou a ser definida como um “estado de garantia proporcionado à Nação, para a consecução dos seus objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente”. Em síntese, o texto visava à defesa dos interesses nacionais, especialmente a Soberania Nacional, Integridade Territorial, Regime

⁵⁰ *Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática*, p. 15-17.

⁵¹ MUNHOZ NETTO, Alcides. “Estado de Direito e Segurança Nacional”, p. 162-178.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. “A Superação da Ideologia da Segurança Nacional e a Tipificação dos Crimes Contra o Estado Democrático de Direito”, p. 72.

⁵³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática*, p. 53.

⁵⁴ *Segurança nacional ou submissão*, p. 68.

Representativo e Democrático, Paz Social, a Prosperidade Nacional e Harmonia Internacional. Não houve uma mudança substancial na técnica da legislação, mas o seu aperfeiçoamento e a sua esquematização que vieram acompanhados pelo abrandamento penal com a eliminação das penas de banimento, de prisão perpétua e de morte. Rica em conceitos, a legislação de 1978 inspirou o Poder Judiciário na “interpretação analógica do Direito Penal”, interpretação rejeitada, como é cediço, pelos países democráticos.

O texto é moldado especialmente a partir dos interesses de manutenção do “sistema”, sempre em favor do *status quo* e em detrimento de direitos individuais, em outras proporções, mas de similar forma aos regimes autoritários de experiência internacional já expostos em nossa investigação. No mesmo sentido, o corpo legal implantando no Brasil permitia, até certa maneira, que o juiz criasse um tipo penal diverso daquele que a lei descrevia, pois na acepção de Hélio BICUDO, “aqui, como acontecia na Alemanha nazista, o juiz aplica a lei, segundo o que entende seja a vontade do ‘sistema’ que se abriga sob conceitos pré-ordenados do que seja ‘segurança nacional’”.⁵⁵

1.2 – ATUAL LEI DE SEGURANÇA NACIONAL – LEI N. 7.170/83

Só com o início da abertura política, em 1983, foi promulgada pelo Presidente General João Batista Figueiredo a atual LSN – **Lei n. 7.170** – que revogou expressamente a Lei n. 6.620 de 1978. Em **vinte e uma figuras penais**⁵⁶, a atual Lei de

⁵⁵ *Segurança nacional ou submissão*, p. 68.

⁵⁶ Dos crimes e das penas: “**Art. 8º**. Entrar em entendimento ou negociação com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, para provocar guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos. Parágrafo único - Ocorrendo a guerra ou sendo desencadeados os atos de hostilidade, a pena aumenta-se até o dobro. **Art. 9º**. Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país. Pena: reclusão, de 4 a 20 anos. Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até um terço; se resulta morte aumenta-se até a metade. **Art. 10**. Aliciar indivíduos de outro país para invasão do território nacional. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. Parágrafo único - Ocorrendo a invasão, a pena aumenta-se até o dobro.

Art. 11. Tentar desmembrar parte do território nacional para constituir país independente. Pena: reclusão, de 4 a 12 anos. **Art. 12.** Importar ou introduzir, no território nacional, por qualquer forma, sem autorização da autoridade federal competente, armamento ou material militar privativo das Forças Armadas. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. Parágrafo único - Na mesma pena incorre quem, sem autorização legal, fabrica, vende, transporta, recebe, oculta, mantém em depósito ou distribui o armamento ou material militar de que trata este artigo. **Art. 13.** Comunicar, entregar ou permitir a comunicação ou a entrega, a governo ou grupo estrangeiro, ou a organização ou grupo de existência ilegal, de dados, documentos ou cópias de documentos, planos, códigos, cifras ou assuntos que, no interesse do Estado brasileiro, são classificados como sigilosos. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos. Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem: I - com o objetivo de realizar os atos previstos neste artigo, mantém serviço de espionagem ou dele participa; II - com o mesmo objetivo, realiza atividade aerofotográfica ou de sensoreamento remoto, em qualquer parte do território nacional; III - oculta ou presta auxílio a espião, sabendo-o tal, para subtraí-lo à ação da autoridade pública; IV - obtém ou revela, para fim de espionagem, desenhos, projetos, fotografias, notícias ou informações a respeito de técnicas, de tecnologias, de componentes, de equipamentos, de instalações ou de sistemas de processamento automatizado de dados, em uso ou em desenvolvimento no País, que, reputados essenciais para a sua defesa, segurança ou economia, devem permanecer em segredo. **Art. 14.** Facilitar, culposamente, a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13, e seus parágrafos. Pena: detenção, de 1 a 5 anos. **Art. 15.** Praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragem, depósitos e outras instalações congêneres. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. § 1º - Se do fato resulta: a) lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; b) dano, destruição ou neutralização de meios de defesa ou de segurança; paralisação, total ou parcial, de atividade ou serviços públicos reputados essenciais para a defesa, a segurança ou a economia do País, a pena aumenta-se até o dobro; c) morte, a pena aumenta-se até o triplo. § 2º - Punem-se os atos preparatórios de sabotagem com a pena deste artigo reduzida de dois terços, se o fato não constitui crime mais grave. **Art. 16.** Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça. Pena: reclusão, de 1 a 5 anos. **Art. 17.** Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos. Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; se resulta morte, aumenta-se até o dobro. **Art. 18.** Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados. Pena: reclusão, de 2 a 6 anos. **Art. 19.** Apoderar-se ou exercer o controle de aeronave, embarcação ou veículo de transporte coletivo, com emprego de violência ou grave ameaça à tripulação ou a passageiros. Pena: reclusão, de 2 a 10 anos. Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo. **Art. 20.** Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo. **Art. 21.** Revelar segredo obtido em razão de cargo, emprego ou função

Segurança Nacional trata dos crimes contra a Segurança Nacional, a Ordem Política e Social e estabelece o seu processo e julgamento, uma tentativa de alteração da filosofia das leis anteriores e do abandono da DSN que, como se viu na investigação, foi melhor desenvolvida fundamentalmente a partir do Decreto-lei n. 314 de 1967⁵⁷ e amplamente difundida pelos estudos da Escola Superior de Guerra.

Em seu pórtico, a Lei estabelece a extensão de sua tutela, os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão a “integridade territorial” e a “soberania nacional”, o “regime representativo e democrático”, a “Federação” e o “Estado de Direito” e a “pessoa dos

pública, relativamente a planos, ações ou operações militares ou policiais contra rebeldes, insurretos ou revolucionários. Pena: reclusão, de 2 a 10 anos. **Art. 22.** Fazer, em público, propaganda: I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social; II - de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa; III - de guerra; IV - de qualquer dos crimes previstos nesta Lei. Pena: detenção, de 1 a 4 anos. § 1º - A pena é aumentada de um terço quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio ou televisão. § 2º - Sujeita-se à mesma pena quem distribui ou redistribui: a) fundos destinados a realizar a propaganda de que trata este artigo; b) ostensiva ou clandestinamente boletins ou panfletos contendo a mesma propaganda. § 3º - Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas. **Art. 23.** Incitar: I - à subversão da ordem política ou social; II - à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis; III - à luta com violência entre as classes sociais; IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei. Pena: reclusão, de 1 a 4 anos. **Art. 24.** Constituir, integrar ou manter organização ilegal de tipo militar, de qualquer forma ou natureza armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa. Pena: reclusão, de 2 a 8 anos. **Art. 25.** Fazer funcionar, de fato, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação dissolvidos por força de disposição legal ou de decisão judicial. Pena: reclusão, de 1 a 5 anos. **Art. 26.** Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação. Pena: reclusão, de 1 a 4 anos. Parágrafo único - Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga. **Art. 27.** Ofender a integridade corporal ou a saúde de qualquer das autoridades mencionadas no artigo anterior. Pena: reclusão, de 1 a 3 anos. § 1º - Se a lesão é grave, aplica-se a pena de reclusão de 3 a 15 anos. § 2º - Se da lesão resulta a morte e as circunstâncias evidenciam que este resultado pode ser atribuído a título de culpa ao agente, a pena é aumentada até um terço. **Art. 28.** Atentar contra a liberdade pessoal de qualquer das autoridades referidas no art. 26. Pena: reclusão, de 4 a 12 anos. **Art. 29.** Matar qualquer das autoridades referidas no art. 26. Pena: reclusão, de 15 a 30 anos.”

⁵⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. “A nova Lei de Segurança Nacional”. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. n. 35, Rio de Janeiro: Forense, jan./jun. de 1983, p. 60.

chefes dos Poderes da União” (artigo 1º). E afirma que, quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-á em conta, para a aplicação da legislação a “motivação e os objetivos do agente” e “a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior” (artigo 2º)⁵⁸.

A Lei de Segurança Nacional não optou pela técnica conceitual, repelindo a experiência de definições expressas previstas nos dois últimos diplomas legislativos que deram vida à **Doutrina de Segurança Nacional**, optando por estabelecer no seu pórtico que o texto versa sobre os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão “a integridade territorial e a soberania nacional”, “o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito” e “a pessoa dos chefes dos Poderes da União”. Em realidade, segundo Joseph COMBLIN, durante todo o período militar houve a adoção de uma concepção determinada sobre Segurança Nacional, que foi criada para favorecer o aparelho estatal e a manutenção do Poder. Isso acarretou enormes malefícios.⁵⁹ Ocorreu o incremento da “insegurança” que faz parte da própria “condição humana” e, a partir disto, toda tentativa de garantir mais segurança só acarretou o “aumento da insegurança”. Nesta concepção, “o conceito de segurança nacional é a grande cilada na qual caíram os países latino-americanos”. Isso produziu o que o autor cognominou de “um perigoso fascínio do absoluto”, pois “os conceitos clássicos de Defesa Nacional e de Segurança do Estado tendiam a limitar o emprego da violência das armas”.⁶⁰ “Na Defesa, o Estado emprega armas para responder a uma agressão externa: o emprego das armas é ao mesmo tempo justificado e limitado pela necessidade dessa defesa. Igual sucede

⁵⁸ “**Art. 1º.** Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão: I - a integridade territorial e a soberania nacional; II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União. **Art. 2º.** Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei: I - a motivação e os objetivos do agente; II - a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior.”

⁵⁹ *A ideologia da segurança nacional: o poder militar na América Latina*, p. 225.

⁶⁰ *A ideologia da segurança nacional: o poder militar na América Latina*, p. 226.

em relação à Segurança do Estado: o Estado recorre às armas da polícia para se proteger contra as agressões de indivíduos ou de determinados grupos.”⁶¹

Em contrapartida, Joseph COMBLIN escreve que o conceito de Segurança Nacional é utilizado de forma absolutamente geral – tendente ao absoluto e nunca suficientemente completo –, pois o Estado exige ser livre de qualquer espécie de pressão ou ameaça, em qualquer terreno, para impor sua vontade.⁶² O autor assevera que o “ideal é uma espécie de repouso absoluto, de ausência total de movimento de modo a permitir um controle e uma manipulação total de todos os fatores. O ponto de vista da Segurança Nacional faz ver a população nacional e os povos vizinhos como um conjunto de ameaças. São perigos que é necessário conter. Como é difícil ter confiança total na lealdade dos cidadãos ou dos países vizinhos, tende-se a aumentar o número de inimigos. Todos os que não podem demonstrar concretamente que são amigos são inimigos em potencial. Mesmo que não cometam agressões, podem vir a cometê-las.”⁶³ COMBLIN adverte que o conceito de Segurança Nacional, nos moldes do que se doutrina, “unifica” e “reduz” a um mesmo critério “todas as formas de ameaça contra o Estado”.⁶⁴

Consoante a análise de Hélio BICUDO, com a qual concordamos, o conceito de Segurança Nacional não corresponde à sua definição semântica, consagrada pela democracia liberal que adveio dos conflitos que marcaram os últimos duzentos anos. Em suas palavras, a Segurança Nacional, como se assinalava na legislação fundamental dos povos do ocidente, era entendida como defesa da Pátria, a ser preservada pela comunhão nacional contra o agressor externo. Acabou sendo “deturpada” pela “ideologia da segurança nacional”, “deixou de abrigar as considerações maiores,

⁶¹ *A ideologia da segurança nacional: o poder militar na América Latina*, p. 226.

⁶² *A ideologia da segurança nacional: o poder militar na América Latina*, p. 226.

⁶³ *A ideologia da segurança nacional: o poder militar na América Latina*, p. 227.

⁶⁴ *A ideologia da segurança nacional: o poder militar na América Latina*, p. 227.

relativas à segurança na Nação, para ater-se, tão somente, à problemática de qualificá-la na conformidade de uma determinada e característica concepção de Estado”.⁶⁵

De acordo com a investigação de Rodrigo de Souza COSTA, é importante “evitar o reducionismo de ligar-se a legislação de segurança nacional à doutrina de segurança nacional”.⁶⁶ O autor lembra que “mesmo durante o breve período democrático vivido entre 1946 e 1964, o país ainda manteve uma legislação que tratava da segurança nacional, não se podendo negar a importância política que tal conceito possuía, num mundo bipolarizado em tempos de Guerra Fria, vindo daí uma urgente necessidade de manter a integridade do Estado,” sendo inegável que “com a disseminação do ideário de segurança nacional por meio dos cursos dados pela Escola Superior de Guerra também para civis de nível superior, permitiu-se uma confusão entre segurança nacional e uma suposta segurança democrática, figurando a primeira como arma de combate ao comunismo, já que o ideário capitalista era confundido com as noções democráticas”.⁶⁷ Acentua Souza COSTA que a Segurança Nacional sofreu “desvios ideológicos” com o passar do tempo “para atingir os que se opunham ao regime político instituído” e “para alcançar a criminalidade comum”⁶⁸ o que, como a investigação demonstrou a partir do exame de experiências internacionais de Estados autoritários, não é incomum.

É certo, conforme registra Luís Roberto BARROSO, que “em nome da segurança nacional, disseminou-se nos países periféricos do bloco ocidental um truculento sentimento anticomunista, fundamento da repressão, da censura e da perseguição política”.⁶⁹ Quase toda a América Latina sofreu “o impacto antidemocrático da ideologia da segurança nacional”, e no Brasil não foi diferente, “com o colapso das instituições constitucionais e a ascensão de regimes militares”.⁷⁰

⁶⁵ BICUDO, Hélio. *Segurança nacional ou submissão*, p. 13.

⁶⁶ *Direito penal e segurança*, p. 15.

⁶⁷ *Direito penal e segurança*, p. 15.

⁶⁸ *Direito penal e segurança*, p. 15.

⁶⁹ “A Superação da Ideologia da Segurança Nacional e a Tipificação dos Crimes Contra o Estado Democrático de Direito”, p. 72.

⁷⁰ “A Superação da Ideologia da Segurança Nacional e a Tipificação dos Crimes Contra o Estado Democrático de Direito”, p. 72.

As referências recebem especial relevo para o desfecho da presente consulta. A questão é que, após um longo período de inversão ideológica do conceito de Segurança Nacional, a partir do período de redemocratização, fundamentalmente com a promulgação da Constituição Federal, surge uma nova ordem social e jurídica, não mais antidemocrática, mas que ainda tem vigente a última Lei de Segurança Nacional publicada por um general.⁷¹

1.3 – CONCLUSÕES

Durante os regimes constitucionais de 1934 até 1967, **(a)** foi pródigo o processo legislativo sobre a construção de bens jurídicos como o Estado, a Ordem Política e Social e a Segurança Nacional. Em determinado momento, houve uma superação no tratamento de condutas contra a ordem pública e social a partir do exercício da defesa do Estado sob a denominação da “Segurança Nacional”. Verifica-se que **(b)** desde o ano de 1935, o Brasil tem optado por tipificar crimes políticos contra a Segurança Nacional num **sistema legal especial**, fora da codificação penal, tendência que é radicada na vigente Lei de Segurança Nacional – especialmente: Lei n. 38/35; Lei n. 136/35; Decreto-lei n. 431/38, Decreto-lei n. 4.766/42, Lei n. 1.802/53, Decreto-Lei n. 314/67; Decreto-Lei n. 510/69; Decreto-Lei n. 898/69; Lei n. 6.620/78 e Lei n. 7.170/83.

Pode-se constatar, também, uma **(c)** repressão exagerada desde o Estado Novo até as legislações da Ditadura Militar representada, sobretudo, pelos diversos **Atos Institucionais**, sendo o mais tenebroso o Ato Institucional n. 5/68. No primeiro período, é **(d)** perceptível a construção do conceito de um “crime político” a partir da “Segurança Nacional” em favor do Estado de “preservação e de defesa da paz”, da “segurança” e do

⁷¹ Apesar das mudanças sociais e do feroz processo legislativo de criminalização ocorrido na década de 90 no Brasil – marcada por uma excessiva produção legislativa em matéria penal com abuso na criação de tipos, que será identificado adiante em nossa pesquisa –, ainda está em vigor a Lei n. 7.170/83 (LSN) e, somente com a Lei n. 13.260/16 houve a regulamentação da tipificação do terrorismo em atenção ao artigo 5º, XLIII, CF/88.

“bem-estar do povo” que, em outro momento mais recente, assume uma redefinição a partir da “defesa da Nação” e dos “objetivos nacionais”, sendo imposta a cada cidadão a “responsabilidade pela segurança nacional”.

Em ambos os momentos houve **(e)** o recurso aos **conceitos vagos e indeterminados na construção de modelos legais**, na suposta busca da preservação dos elementos essenciais do Estado, em “defesa da Nação” e dos “objetivos nacionais”. É visível que **(f)** a defesa da Segurança Nacional ficou ao encargo das Forças Armadas, dos militares e dos teóricos da Doutrina de Segurança Nacional produzida pela Escola Superior de Guerra, instituição que desempenhou papel relevante na construção dos conceitos básicos e na formação da unidade do discurso, bem como na implementação contínua da doutrina ideológica da segurança no Brasil.

Em síntese, a Segurança Nacional tende para o absoluto e os Estados como o Brasil, que tomaram como base este conceito, empregaram violências de Estado contra seus inimigos. A questão fica mais clara nas palavras contundentes de Joseph COMBLIM, ao diagnosticar a situação em que se encontravam os governos militares latino-americanos, ao afirmar que **(g)** a Segurança Nacional é “insaciável”, pois “descobre cada vez mais inimigos”⁷².

Certo em suas lições sobre os êxitos e fracassos do Direito Penal está Eugenio Raúl ZAFFARONI, ao clarificar que “o verdadeiro inimigo do Direito Penal é o Estado de Polícia, que, por sua essência, não pode deixar de buscar o absolutismo”.⁷³ Resguardadas as diferenças de tempo e espaço, bem como as significativas proporções que o distanciam dos modelos autoritários dos Estados nazista alemão e fascista italiano, o modelo brasileiro não deixa de ser um **(h)** exemplo de regime autoritário, bastante evidente na perspectiva das *violências de Estado* desafiadoras dos direitos individuais, quando a legalidade autoritária oficializou os abusos contra os inimigos. Como registram Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro SLOKAR e Alejandro ALAGIA, o

⁷² *A ideologia da segurança nacional: o poder militar na América Latina*, p. 226.

⁷³ *O inimigo no direito penal*, p. 175.

Direito Penal autoritário, quando legalizado, reduz todo o sistema a lesões de bens jurídicos como o Estado, a Sociedade, a Nação; o sistema, por vezes, nega esse próprio conceito alegando que o crime é uma pura violação do dever, que também estabelece uma obediência ao Estado, defendendo um comportamento universal, o comportamento que é esperado do cidadão ante a criminalização pelo Estado.⁷⁴

Por fim, para dar concretude à base que conduz ao racional final exposto na presente consulta, observamos que após as publicações de diversas legislações com patologias, **(i) a Constituição Federal de 1988, que inaugura o atual estágio democrático, produziu uma sensível ruptura na linha de continuidade do tratamento normativo da Segurança Nacional, vindo a especificar taxativamente a Proteção e a Defesa do Estado e das Instituições Democráticas**, o que gerou a autonomia e a independência dos órgãos constitucionalmente assegurados e produziu um giro, inclusive linguístico, na legislação, sobretudo ao abandonar a expressão Segurança Nacional, tão usual na doutrina militar.

2 – DA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL À PROTEÇÃO E A DEFESA DO ESTADO DE DIREITO E DE SUAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

Em nossa ótica, **o sistema legal de Segurança Nacional representou uma das experiências mais dramáticas no Brasil**. Desde o recurso de *violências de Estado* no plano legislativo até o uso didático e teórico da Doutrina de Segurança Nacional difundida pela Escola Superior de Guerra, principalmente a partir do Golpe Militar de 31 de março de 1964, o regime passou a ter mais consistência e densidade.

Todavia, essa nova concepção de Segurança Nacional, “apta a acorrentar o Brasil e os brasileiros à construção de um Estado total, para servir a uma burocracia técnico-

⁷⁴ *Manual de derecho penal: parte general*, p. 112.

militar que se implantou em todos os setores da vida pública”⁷⁵, bem como os textos legislativos que a endossaram, não ficaram totalmente isentos de críticas.

Na revisão bibliográfica realizada por Alexandre WUNDERLICH⁷⁶, vê-se que importantes juristas brasileiros desafiaram a lógica imposta pelo Regime Militar e apontaram as imperfeições e os abusos do sistema legal de Segurança Nacional. Os críticos cotejaram os textos legais com as aspirações de um Estado de Direito que vinha sendo pretendido por importantes setores da sociedade civil. A coerência e univocidade dos dados pesquisados revelam que uma severa crítica teve grande repercussão, ainda que sem aceitação oficial.⁷⁷ Vale citar como fonte a oposição de Alcides MUNHOZ NETTO, Heleno Cláudio FRAGOSO e Miguel REALE JÚNIOR aos textos legislativos do Regime Militar, cuja Carta de Curitiba, fruto da VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil de **1978** bem sintetiza as linhas principais das opiniões dos juristas:

O Estado democrático é a única ordem que pode proporcionar as condições indispensáveis à existência do verdadeiro Estado de Direito, onde a liberdade – autonomia cede lugar à liberdade – participação que pressupõe princípios pertinentes ao núcleo das decisões políticas e à sua legitimidade institucional [...].

Os direitos fundamentais não podem sofrer agravo de grupos ou entidades privadas, e, com maior razão, devem ser postos ao abrigo de agressões que decorram das autoridades constituídas, cujo dever primeiro será o de amparar o livre desenvolvimento daqueles direitos.

Se o contrário fosse admissível, reconhecer-se-ia o absurdo da subversão da ordem pelos seus próprios agentes. Essas agressões à

⁷⁵ BICUDO, Hélio. *Segurança nacional ou submissão*, p. 36.

⁷⁶ *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, p. 111.

⁷⁷ DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*, p. 291; *O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira*, p. 531. O autor revela que a doutrina norte-americana fundada principalmente na luta ao comunismo e que teve eco na ESG encontrou resistência na sociedade civil. Houve um debate mais amplo e reflexivo sobre a LSN e diversos setores da sociedade, como a Ordem dos Advogados do Brasil, demonstraram-se contrários à sua recepção, denunciando-a como instrumento limitador das garantias individuais e do regime democrático, sobretudo a partir da adoção das orientações de Heleno Cláudio FRAGOSO.

dignidade da pessoa não se justificam; ainda quando se dissimulam debaixo do pretexto de segurança nacional.

No Estado de Direito, a segurança nacional constitui meio de garantir as liberdades públicas. Protege-se o Estado, para que este possa garantir os direitos individuais. A legitimidade da incriminação de atentados à segurança nacional repousa no princípio de que só pelos meios jurídicos podem ser alteradas as instituições estabelecidas pelo povo, através de representantes livremente escolhidos.

Para que a segurança nacional se enquadre no Estado de Direito, garantindo a inviolabilidade dos direitos do homem, o crime só pode ser definido mediante a tipicidade de fatos externos, ofensivos a bens ou interesses jurídicos. O ilícito penal não compreende, a título de ilícito político, restrições a ideias dissidentes do regime, nem no mero exercício de meios para formá-las.

Não haverá Estado de Direito nem segurança nacional, democraticamente entendidos, sem a plenitude do habeas corpus que assegure a primeira das liberdades e base de todas as outras – a liberdade física – em regime que consagre a inviolabilidade e a independência dos juízes.

No final da década de 70, Alcides MUNHOZ NETTO reconheceu as “dramáticas vicissitudes que abalaram os alicerces do mundo jurídico, através da instituição de Estados totalitários com sistemas cegamente baseados em sua validade, exclusiva, acentuaram a necessidade de reconhecer-se que há leis que não constituem Direito, assim como há direitos que não adquirem a consistência de uma lei”.⁷⁸ A experiência dizia que “não constituem Direito as leis arbitrárias que só se impõem pelo poder de coação do Estado. A validez real da norma jurídica decorre de sua aceitação pela comunidade humana a que se destina”.⁷⁹ Portanto, para Alcides MUNHOZ NETTO “não é democrático” definir Segurança Nacional “como a garantia da consecução dos objetivos nacionais, contra antagonismos tanto internos como externos”, a exemplo do

⁷⁸ “Estado de Direito e Segurança Nacional”, p. 171.

⁷⁹ “Estado de Direito e Segurança Nacional”, p. 171.

artigo 2º, do Decreto-Lei n. 898/69. Pois, “quem estabelece os objetivos nacionais é, consoante a Constituição da República, o Conselho de Segurança Nacional”. “Como tal órgão é composto exclusivamente por agentes do Poder Executivo, a fórmula encerra o risco de confundir objetivos nacionais, como interesses governamentais.”⁸⁰ A crítica doutrinária caminhava no sentido de que as Leis de Segurança Nacional não cumpriam os postulados da objetividade naturalística e jurídica, da legalidade, da culpabilidade e da proporcionalidade da pena. O autor foi firme no propósito de que, no Estado de Direito, a segurança nacional constitui meio de garantir as liberdades públicas. Em jeito de síntese, tutela-se o Estado para que sejam protegidas as liberdades individuais. “A legitimidade da incriminação de atentados à Segurança Nacional repousa no princípio de que só por meios jurídicos, podem ser alteradas as instituições estabelecidas pelo povo, através de legítimos representantes, livremente escolhidos.”⁸¹

Alcides MUNHOZ NETTO postulou que o Estado de Direito é que se autolimita para respeitar as liberdades individuais e que os direitos humanos estão enumerados na Declaração Universal da ONU; que a lei defina, limitadamente, Segurança Nacional, pois

⁸⁰ “Estado de Direito e Segurança Nacional”, p. 172. Para o autor: “o próprio exame das leis brasileiras, em matéria e crimes contra a Segurança Nacional, conduz a que as diversas figuras delituosas nelas definidas podem ser classificadas nas seguintes categorias: a) crimes contra a personalidade internacional do Estado, abrangendo fatos que são lesivos à sua soberania ou independência, como provocação de guerra, espionagem e violação da neutralidade; b) crimes contra a personalidade interna do Estado, que lesam seus interesses, relativos à defesa da ordem constitucional; da incolumidade das funções do Estado da dignidade de seus órgãos; da inviolabilidade dos representantes máximos dos poderes da República; do decoro da nação e do respeito aos seus símbolos; dos crimes contra Estados estrangeiros, capazes de afetar as relações do Brasil com outros países, mercê de ofensas ao direito de respeito recíproco, assim como as violações de imunidades de representantes de nações estrangeiras; d) crimes contra os direitos políticos do cidadão (Lei n. 1.802/53, arts. 8º e, 23), compreendidos como tais a oposição a funcionamento de partido político e a ofensa ou coação por motivos doutrinários. Nesta categoria poderiam ser incluídas as coações, violências, fraudes e corrupções contra eleitores, bem como a defraudação das votações e apurações. São fatos que afetam direitos políticos individuais, embora, entre nós, definidos por lei diversa da dos crimes políticos, isto é, pelo Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65, arts. 289 a 335). [...] Da própria especificação dos bens e interesses afetados pela criminalidade política, segundo o Direito brasileiro pode-se concluir Segurança Nacional é a incolumidade do Estado, em sua independência, soberania, estrutura constitucional, funcionamento e independência dos poderes, bem como a incolumidade dos direitos políticos do cidadão.”

⁸¹ “Estado de Direito e Segurança Nacional”, p. 181.

seu conteúdo não deve continuar ao arbítrio do Poder Executivo. Logo, o crime há de decorrer de fatos externos, ofensivos a bens ou interesses jurídicos, e as infrações de direito comum só podem ser erigidas à categoria de crimes políticos quando praticadas com motivação desta natureza. As leis têm de descrever os fatos puníveis de maneira inequívoca, sem deixar margens a questionamentos sobre a sua proibição, evitando expressões dúbias ou formulações genéricas, e as penas não têm por fundamento a periculosidade social do fato ou do seu autor, como ocorre nos regimes totalitários, pois a responsabilidade penal, nas democracias, resulta da culpa. Ponderou, ainda, que o processo penal não é meio de perseguir dissidentes políticos, sendo impossível aceitar a privação de liberdade como corriqueiro meio de investigação de crimes políticos, pois é incompatível com a plenitude de defesa a proibição do *habeas corpus*.⁸²

No princípio da década de 80, Heleno Cláudio FRAGOSO escreveu quatro importantíssimos trabalhos jurídicos e advertiu que os governos haviam violentado a Constituição com incriminações vagas e indeterminadas restringindo “além de todo limite tolerável o direito de defesa, e a liberdade individual”⁸³. O autor contestou, com serenidade, a opção legislativa por definições elaboradas em esquemas conceituais sem conteúdo, que se caracterizou pela vagueza e pela indeterminação. Sobre a LSN n. 6.620 de 1978, que manteve conceitos da DSN impostos pelo Decreto-Lei n. 314 de 1967 e pelo Decreto-Lei n. 898 de 1969, mesmo reconhecendo os avanços na diminuição das sanções penais, Heleno Cláudio FRAGOSO disparou que o texto “aparece como uma excrescência, um corpo morto e fétido no novo ambiente que a Nação respira”. Segundo asseverou, **a sociedade civil repelia a lei infame⁸⁴ e tirânica⁸⁵**.

Heleno Cláudio FRAGOSO foi desafiador ao afirmar que era “incrível que não se perceba como é ridículo chamar de guerra psicológica adversa a propaganda e a

⁸² “Estado de Direito e Segurança Nacional”, p. 182.

⁸³ *Terrorismo e criminalidade política*, p. 126.

⁸⁴ “Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional”, p. 34.

⁸⁵ “A nova Lei de Segurança Nacional”, p. 60.

incitação subversiva, reprimindo-as como se efetivamente constituíssem uma guerra”⁸⁶. Consignou que era “lamentável, com graves incorreções e impropriedades.” “Não é uma lei feita por juristas. Terá que ser reformada, quando voltarmos a um regime de liberdade, de acordo com as exigências de um direito penal democrático”, e advertiu que “os governantes têm que resistir à tentação de criar um inútil direito penal do terror”.⁸⁷

Fazendo coro à crítica contundente da Lei de Segurança Nacional n. 6.620 de 1978, também na efervescência dos anos 80, Antônio Evaristo de MORAES FILHO deixou registrado na história a publicação do texto intitulado ***Um atentado à liberdade: Lei de Segurança Nacional***, prefaciado por Sobral Pinto e questionador da criminalidade

⁸⁶ *Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática*. Porto Alegre: Fabris, 1980, p. 53.

⁸⁷ *Terrorismo e criminalidade política*, p. 126; “Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional”, p. 34. Neste segundo trabalho, Heleno Cláudio FRAGOSO advogou a interpretação democrática da LSN: “Há hoje consciência nacional da necessidade urgente de reelaborar a lei de segurança, submetendo-a às exigências fundamentais da defesa do Estado num regime de liberdade. A Lei de Segurança Nacional surgiu em momento de crise institucional, como expressão de um suposto direito penal revolucionário, inspirada por militares, que pretenderam incorporar na lei uma doutrina profundamente antidemocrática e totalitária. [...] Temos de um lado a segurança nacional e de outro o direito de liberdade no Estado Democrático. É preciso ter presente que o que realmente proporciona segurança são instituições estáveis e um regime democrático. Este se caracteriza pela máxima ampliação possível da esfera de liberdade e de tolerância com o que se opõem ao sistema dominante. Os antagonismos e pressões são naturais numa sociedade pluralista e democrática. A sociedade está dividida em classes e o Estado moderno é um sistema de dominação e de submissão dos desfavorecidos. A justiça não pode fazer parte do aparelho repressivo para se pôr ao serviço da classe dominante. A única limitação lógica ao direito de liberdade é a do seu emprego para suprimir o direito de liberdade. A prevenção da criminalidade política não se faz com o emprego terrorístico da Lei de Segurança Nacional, mas sim com democracia, liberdade e justiça social. Assim sendo, o conflito tem de ser resolvido tendo presente de um lado a segurança do Estado e uma correta visão das formas pelas quais ela é atingida e, de outro, as exigências do direito de liberdade de uma sociedade de homens livres. A lei de segurança nacional tem sido empregada com o beneplácito do tribunal, para perseguir operários, jornalistas, estudantes e religiosos por fatos que nada têm a ver com a segurança do Estado. O processo contra os metalúrgicos de São Paulo por realização de greve pacífica sem qualquer conotação política foi apenas um escândalo. É verdade que o tribunal terminou declarando a incompetência da Justiça Militar, mas permitiu, por tempo intolerável, que aquele processo vicejasse. Os líderes metalúrgicos foram submetidos à prisão cautelar e depois à prisão preventiva, pondo-se escandalosamente a Justiça Militar do lado dos patrões.”

política e da criação de um Estado de Emergência permanente, vaticinando que o crime político de época seria considerado um ato de heroísmo no futuro.⁸⁸

O fato é que, durante décadas, a Doutrina de Segurança Nacional foi a fonte inspiradora da legislação pátria. Para Miguel REALE JÚNIOR, a Segurança Nacional assumiu, já antes do Golpe Militar de 1964, o caráter monolítico de uma ideologia, de uma cosmovisão, com conceitos expostos em forma de catecismo. A Segurança Nacional foi alçada à condição de orientadora da ação política deixando de se constituir em um bem jurídico a ser tutelado pela lei penal, transformando-se numa totalizadora compreensão do mundo, a partir de determinados postulados, que imperiosamente deveriam presidir a construção do sistema de crenças.⁸⁹

Em seu trabalho anterior, a crítica de Miguel REALE JÚNIOR conduz ao raciocínio de que a participação popular desapareceu, sendo consumida por um conceito abstrato de Nação, entendida como “comunidade homogênea, concreta e totalizante, caracterizada por um povo peculiar cujos idênticos interesses, em qualquer nível, serão, depois de apreendidos pelos donos do poder, por eles mantidos e conquistados, malgrado qualquer antagonismo”. “O Direito, por conseguinte, não será, senão, um dos meios a ser utilizado pelo Poder para, refletindo as intuições de interesses e aspirações, ordenar a vida social, garantindo os objetivos nacionais permanentes, e afastando os antagonismos existentes.”⁹⁰ O autor arremata que não se pode negar que esta tentativa

⁸⁸ *Um atentado à liberdade: Lei de Segurança Nacional*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982, p. 34-35.

⁸⁹ “Liberdade e Segurança Nacional”, p. 291-292.

⁹⁰ “Liberdade e Segurança Nacional”, p. 293. Refere o autor que “segundo esta ideologia, Nação é um fenômeno social, historicamente constituído, formado por determinada parcela da humanidade, possuindo necessidades relevantes, indispensáveis à sua sobrevivência e evolução, e que constituem ‘os interesses nacionais’, os quais sentidos pela comunidade formam ‘as aspirações nacionais’. Estes interesses e aspirações quando analisados e interpretados, em face de determinada etapa da comunidade, traduzem-se em Objetivos Nacionais, que por serem relativamente estáveis são ‘Objetivos Nacionais permanentes’, ‘perda fundamental de toda a vida da comunidade nacional’. No fundo, acredita-se que exista um caráter nacional no qual todos se identificam por participarem do mesmo espírito, da mesma forma de ser, ou seja, o brasileiro é cordial, improvisador, emotivo, individualista, de vocação pacifista. Tendo-se por imperiosas a integridade e a integração nacional, e por pressuposto o caráter do homem brasileiro, fixam-se, com pretensão de ordem substancial, os

de uma compreensão material e orgânica de Nação aproxima-se das “ideologias totalitárias”⁹¹, pretendendo forjar “um poder político, de implícita legitimidade, como emanação de uma comunidade homogênea” “à qual fiel vassalagem dizem que presta o Estado”, um pensamento tipicamente “nazista”, “um irracionalismo étnico” como aquele que usa como recurso o “são sentimento do povo”.⁹²

Crítico à Lei de Segurança Nacional do Regime Militar, ainda na década de 80, o Miguel REALE JÚNIOR pregou o imperioso desmantelamento do arcabouço que dava sustentáculo legal à ideologia da segurança nacional, reduzindo-se a incidência legal à

Objetivos Nacionais permanentes, a partir desta acrítica e cômoda perspectiva de que se vive uma unanimidade de interesses e aspirações, que são pacificamente aceitos pela nossa gente muito bondosa, já há séculos assim vista, desde Pero Vaz de Caminha.”

⁹¹ COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional: o poder militar na América Latina*, p. 23-28. O recurso ao conceito de Nação foi identificado por Joseph COMBLIN a partir da carga que a geopolítica fornece à doutrina da segurança nacional, justamente em razão de sua contribuição como fundamento científico ou pseudocientífico do conceito de Nação. “A rigor, a segurança nacional poderia prescindir desta argumentação: ela pode ser apresentada sem mencionar a geopolítica.” “Uma tal geopolítica funda um conceito de Nação muito definido: a Nação é uma única vontade, um único projeto: ela é o desejo de ocupação e de domínio do espaço. Esse projeto supõe um poderio: ela é desejo de poder. Esse projeto encontra a oposição de outros projetos semelhantes e incompatíveis com ele: a Nação será portanto o poder para impor aos outros seus projetos.” “A Nação age pelo Estado: como vontade, poder e poderio, ela se exprime pelo Estado. É impossível encontrar ou fazer uma distinção real entre a Nação e o Estado: a Nação acrescenta ao Estado os materiais, uma população, um território, recursos, apenas o passivo. O que faz formalmente a Nação não difere do que constitui formalmente o Estado. É este o conceito de Nação com o qual joga a Doutrina da Segurança Nacional.”

⁹² “Liberdade e Segurança Nacional”, p. 293-295: “A política de segurança nacional constitui, por sua vez, a arte, até mesmo pela guerra, de garantir a consecução ou salvaguarda dos objetivos nacionais em face dos antagonismos. Esta arte, com o fetichismo dos antagonismos, desenvolveu-se no gosto pelo lúgubre das torturas e pelo macabro sacrifício de inocentes. Os objetivos nacionais permanentes foram, durante anos, nada mais do que a manutenção permanente do regime, com o evidente crescimento dos antagonismos, constituindo-se, portanto, em fatores essenciais, desta guerra contra quase todos, uma lei de segurança draconiana mormente em seus aspectos processuais, um serviço nacional de informações, a censura, a disciplina de moral e civismo, o abusado recurso à propaganda oficial, pelos meios de comunicação de massa, tentando-se incutir nos espíritos uma identificação inexistente entre governo e povo, como partícipes de um país grande, repleto de paz e concórdia.”

estrita defesa da estrutura do Estado de Direito Democrático, defendendo que os crimes contra o Estado deveriam constituir um título do Código Penal.⁹³

No mesmo período, Nilo BATISTA também fez forte objeção ao sistema legal de Segurança Nacional. Após realizar uma reconstrução histórica das normas, ainda na vigência da Lei n. 6.620 de 1978, que foi “**a Lei de Segurança Nacional da abertura**”, o autor defendeu claramente que a legislação não poderia sobreviver em tempos democráticos.⁹⁴ Observou que “uma lei de defesa do estado de direito democrático deve ter grande atenção para com aquilo que é o fundamento desse Estado, isto é, o pluralismo, a eleição, o processo de escolha dos governantes, a legitimidade do poder. Uma ofensa aos processos legais de produção do poder legítimo tem a ver com os fundamentos do estado de direito democrático” e, ainda, assegurou que “**é possível uma lei de defesa do Estado democrático que não seja necessariamente o direito da tortura e da morte**”.⁹⁵

Ao passo em que criticou duramente as legislações anteriores, Nilo BATISTA endereçou observações sobre o então anteprojeto governamental de Lei de Segurança do Estado, que viria a ser publicado naquele mesmo ano de 1983. O autor enalteceu o “inegável abrandamento penal genérico” e saudou as poucas “disposições liberais”⁹⁶, e registrou que o “anteprojeto procura apresentar-se como escorço de uma lei de defesa do estado de direito (expressão que comparece nos artigos 1º, inc. II, 16 e 17)”, mas

⁹³ “Liberdade e Segurança Nacional”, p. 304.

⁹⁴ “Lei de Segurança Nacional: o direito da tortura e da morte”, p. 19.

⁹⁵ “Lei de Segurança Nacional: o direito da tortura e da morte”, p. 32-33. O autor defendeu que “*uma lei de defesa do Estado democrático não se deve limitar ao que sejam as ofensas contra a chamada segurança externa ou contra a segurança interna. A exemplo do que fazem as legislações modernas, uma lei de defesa do Estado democrático tem de incluir crimes contra a humanidade, especialmente o genocídio, que está, entre nós, perdido numa lei do tempo do Pres. Juscelino, lei que o Brasil editou em atenção à assinatura da Convenção Internacional de Repressão ao Genocídio.*” “*Creio também que uma lei de defesa do estado de direito democrático deveria retomar aquela tradição do Código Imperial e incluir, pelo menos, as modalidades mais evidentes de ofensa ao exercício de direitos políticos do indivíduo ao lado da ofensa ao exercício dos poderes políticos do Estado.*”

⁹⁶ O autor cita expressamente o artigo 22, § 3º, que exclui do conceito de propaganda criminosa a exposição, crítica ou debate de qualquer doutrina.

“contém algumas disposições incompatíveis com uma lei de defesa do estado de direito”; “omite outras disposições indispensáveis numa lei de defesa do estado de direito”; “ostenta inúmeros equívocos de técnica legal”. Então, concluiu sua manifestação com um digno e representativo questionamento: “É possível uma boa lei de defesa do estado de direito antes de um bom estado de direito?”⁹⁷

Ainda antes da publicação da atual Lei de Segurança Nacional de 1983, Nilo BATISTA discutiu as opções legislativas e identificou três alternativas. A primeira posição era pela manutenção da LSN sob a égide da doutrina de segurança nacional, ainda que ela sofresse eventuais abrandamentos ou aperfeiçoamentos, a exemplo daquilo que era representado pela própria Lei n. 6.620 de 1978. A segunda posição era pelo abandono da Lei n. 6.620/78 em favor da criação de uma Lei de Defesa do Estado Democrático. A terceira opção tática, que era igualmente uma opção reformista, seria sediar a matéria de segurança do Estado no próprio Código Penal, a exemplo do que fazem muitos países.⁹⁸

A crítica penalística da época representava, em síntese, uma análise da ideologia da Segurança Nacional e de seus resultados, o que impunha a percuciente indagação feita por Miguel REALE JÚNIOR: **“Como se compatibilizar a segurança com o Estado Democrático?”**⁹⁹ A premissa básica dos juristas caminhava no sentido de que só a liberdade ativa constituiria uma segurança para todos e, logo, uma Segurança

⁹⁷ “Para que serve essa boca tão grande?”, p. 34-40.

⁹⁸ “Lei de segurança nacional: o direito da tortura e da morte”, p. 13. Nilo BATISTA diz estar “convencido de que uma lei de segurança do Estado é indispensável; em primeiro lugar, para a defesa dos poderes políticos legítimos, democráticos”. “O Estado de Direito Democrático tem que ter à sua disposição instrumentos jurídicos – também democráticos – de defesa para a proteção da Constituição, dos poderes legítimos e do legítimo exercício do poder, das instituições democráticas, etc.” “Em segundo lugar, uma lei de defesa do Estado Democrático é importante para dar ao criminoso político – valha-nos aí uma designação que é corrente, embora um pouco antipática – o tratamento benigno a que ele tem direito. Tradicionalmente, a teoria jurídica dedica ao chamado criminoso político um tratamento de maior benignidade tendo em vista os fins que o animaram a essa ou aquela conduta; também para garantir esse tratamento, uma lei de segurança do Estado, do meu ponto de vista, é importante.”

⁹⁹ “Liberdade e Segurança Nacional”, p. 296.

Nacional.¹⁰⁰ Pelo tom da crítica e pelo dom de seus autores, verifica-se que a partir do final dos anos 70, constituiu-se um movimento de resistência, capitaneado por penalistas e sob o manto, ao menos, da Ordem dos Advogados do Brasil, contrário à Doutrina de Segurança Nacional que inspirava as legislações.

O movimento de crítica legislativa principiou na Ordem dos Advogados do Brasil, fundamentalmente pelas mãos dos penalistas Alcides MUNHOZ NETTO, Heleno Cláudio FRAGOSO, Miguel REALE JÚNIOR, Antônio Evaristo de MORAES FILHO e Nilo BATISTA e, somente após, veio a receber apoio de “várias entidades da chamada sociedade civil”¹⁰¹, que culminou na grande campanha pela revogação do texto.

Finalmente, a **Lei n. 7.170 de 1983** altera o quadro político e filosófico das leis anteriores, possibilitando uma maior abertura na discussão da proteção do regime democrático, que acabou por vir em 1988. Nessa ordem de ideias, em nossa opinião, a crítica dos juristas foi o princípio da tentativa de superação de um Modelo Autoritário

¹⁰⁰ “Liberdade e Segurança Nacional”, p. 297-299: “No liberalismo político a pessoa subsume-se em uma categoria unificadora de caráter exclusivamente formal, como cidadão, titular e sujeito de direitos políticos e civis, que a Constituição atribui e garante. Esta ‘liberdade de’ deve, todavia, ganhar eficácia e realizabilidade, transmutando-se em ‘liberdade para’, na terminologia, dentre outros, de Sartori. A liberdade de constitui um pressuposto da liberdade para, um limite de proteção do indivíduo, intransponível pelo Estado que, se submetendo à lei, garante os direitos individuais. A segurança nacional, destarte, no Estado de Direito, é ‘meio de garantir as liberdades públicas’, como diz Alcides Munhoz Netto. Na construção de um Estado Democrático social efetivo não basta, todavia, nos dias de hoje, ficar-se adstrito a uma compreensão da liberdade no seu aspecto negativo, como limite da ação estatal. [...] A liberdade para, liberdade no sentido positivo, significa participação. Liberdade é ação política, consubstanciada em consulta, discussão, parcela de força sobre os órgãos de decisão, o que, tão-somente, a escolha de representantes não proporciona, por se reduzir a participação ao dia da eleição e nada mais. Neste mundo plural, composto de inúmeros centros reais de poder, em que os fatos são, obrigatoriamente, de conhecimento de todos, pelos meios de comunicação, a exigência de participação excede àquela que a eleição de representantes pelo voto proporciona. Destarte, a participação de membros dos partidos políticos, nos concelhos que decidem a vida do país, faz-se imperiosa [...]”. “Uma democracia constituída de cima para baixo, sem representação real e efetiva participação, estará, a cada instante, sujeita a sucumbir diante dos altissonantes alarmas de desmoronamento da Nação, escusa incansável de que lança mão o autoritarismo, hoje respaldado por uma ideologia. Só a liberdade ativa constitui uma segurança para todos, e logo uma segurança Nacional.”

¹⁰¹ Segurança nacional ou submissão, p. 71.

de Segurança Nacional imposto pelo Regime Militar pela adoção do Modelo de Proteção e Defesa do Estado e suas Instituições Democráticas no Brasil.

2.1 – SUPERAÇÃO DA DOCTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL

Enquanto lei de **transição**, a Lei de Segurança Nacional de 1983 não abandonou às inteiras o autoritarismo e adotou definitivamente um Modelo de Defesa do Estado e suas Instituições Democráticas, até porque o Estado e suas Instituições, na concepção constitucional, só foi instituído em 1988, cinco anos após a publicação da Lei.

Entretanto, é possível entender que a LSN foi um passo largo rumo à democratização e ao humanismo do sistema legal de Segurança Nacional, uma tentativa de superação do Modelo Autoritário de Segurança Nacional.

À época, Heleno Cláudio FRAGOSO testemunhou que a nova lei representava um “avanço notável que não pode deixar de surpreender os que se opõem ao sistema político em vigor”. “A Doutrina da Segurança Nacional, elaborada pela Escola Superior de Guerra, parecia ser a alma do sistema. A nova lei tende a tornar raros os processos por crime contra a Segurança do Estado, no entanto, está longe de constituir uma solução definitiva em nosso direito, no que tange aos crimes políticos.”¹⁰²

No mesmo sentido, Luis Roberto BARROSO ressalta que o atual texto emprega “terminologia superada, impregnada de subjetivismo ideológico e facciosismo político”¹⁰³. Ao advogar a **inconstitucionalidade explícita de inúmeros de seus**

¹⁰² “A nova Lei de Segurança Nacional”, p. 69.

¹⁰³ “A Superação da Ideologia da Segurança Nacional e a Tipificação dos Crimes Contra o Estado Democrático de Direito”, p. 73. São exemplos: “Incitar à subversão da ordem política ou social, à animosidade entre as Forças Armadas e as instituições civis ou à luta com violência entre as classes sociais (**Art. 23**); fazer funcionar partido político ou associação dissolvidos por força de disposição legal ou de decisão judicial (**Art. 25**); imputar ao Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal fato

preceitos, assegura que “em relação à boa parte das normas”, há uma “incompatibilidade de sistema com a nova ordem constitucional”. “Os fatos tipificados e os valores nela considerados afastam-se dos princípios e conceitos que inspiram a reconstrução democrática do país”. “São, por isso mesmo, incompatíveis com o pluralismo político, previsto como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil no art. 1º, V, da Constituição.” Todavia, com razão, salienta que há, residualmente, alguns dispositivos que não são em si inconstitucionais e que “tutelam bens jurídicos que devem ser preservados em qualquer circunstância”.¹⁰⁴

O que é perceptível é que a LSN, mesmo com uma pretensa projeção em defesa do Estado de Direito, aparece num momento político difícil de transpor e, talvez por isto, apresente deficiências técnicas típicas de uma legislação que marcou o período de transição. O texto está em vigência desde o regime político anterior que, inspirado pela ideologia da Doutrina de Segurança Nacional. A Constituição Federal de 1988 inaugura um novo período da história brasileira e, conseqüentemente, a legislação inova ao recorrer à expressão **defesa do Estado e das Instituições Democráticas**. A par disto, o texto constitucional faz apenas uma tímida menção à Segurança Nacional, especificamente no artigo 173¹⁰⁵, do Título VII, que destaca a Ordem Econômica e Financeira, forte no Capítulo I, que trata dos princípios gerais da atividade econômica. Um único dispositivo legal que está desgarrado das questões mais relevantes em relação à defesa do Estado de Direito.

Assim, sobressai insofismável que ao longo da história brasileira, no que tange à Segurança Nacional, o Estado adotou um sistema legal representativo de uma política

definido como crime ou ofensivo à reputação (**Art. 26**), independentemente de ser verdadeiro ou falso.

¹⁰⁴ “A Superação da Ideologia da Segurança Nacional e a Tipificação dos Crimes Contra o Estado Democrático de Direito”, p. 73. Igual posição sustenta Rodrigo de Souza COSTA, defendendo a que os artigos 8º e 9º devem ser preservados por não se referirem a qualquer matriz ideológica, mas sim à tutela da integridade do Estado brasileiro (*Direito penal e segurança*, p. 15).

¹⁰⁵ Artigo 173: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

criminal do terror, socorrendo-se de normas vagas e indeterminadas que permitiam incluir qualquer conduta indesejada no conceito jurídico de “crime político”, uma figura representativa do ataque ou colocação em risco da “Ordem Política e Social ou da Segurança Nacional”, seja qual fosse o seu conceito, muitas vezes aproximando-os aos crimes comuns.

Com o advento da Constituição de 1988, a expressão “Segurança Nacional” foi abandonada quando optamos pela adoção da locução “defesa do Estado e das Instituições Democráticas”. Esta postura constitucional acaba por desprestigiar a Segurança Nacional e por designar uma nova categoria jurídica a ser tutelada, o próprio Estado de Direito representado por suas Instituições legitimamente constituídas.

A opção do legislador está prevista no **Título V, chamado “da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”**, no Capítulo I, que estabelece os Estados de Defesa e de Sítio. A Constituição institui o Conselho de Defesa Nacional¹⁰⁶ como órgão de consulta do Presidente da República, com nova composição e para tratar de assuntos relacionados com a soberania nacional e com a própria defesa do Estado de Direito.

¹⁰⁶ Artigo 91: O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos: I - o Vice-Presidente da República; II - o Presidente da Câmara dos Deputados; III - o Presidente do Senado Federal; IV - o Ministro da Justiça; V- o Ministro de Estado da Defesa; VI - o Ministro das Relações Exteriores; VII - o Ministro do Planejamento; VIII - os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. § 1º. Compete ao Conselho de Defesa Nacional: I - opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos desta Constituição; II - opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal; III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; IV- estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático. § 2º. A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional.

Luís Roberto BARROSO observa que a Carta Política foi o marco da “superação histórica do regime que tinha como um de seus fundamentos a ideologia da segurança nacional e toda carga autoritária que dela decorria”. Acertadamente, na linha do que foi exposto, o autor destaca que “a própria locução Segurança Nacional ficou praticamente fora de seu texto, salvo uma intempestiva menção no artigo 173, onde se cuida das hipóteses excepcionais de exploração da atividade econômica pelo Estado”. “No Título V, incorporando o ideário vitorioso, a Carta emprega a terminologia compatível com a nova ordem: da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas.”¹⁰⁷ É importante a reflexão de Luís Roberto BARROSO, mas com ela pode-se concordar apenas em parte, pois que a LSN não representou a “superação histórica do regime”. Em nosso sentir, **é uma lei de transição, não passou de tentativa legislativa de superação do Modelo Autoritário de Segurança Nacional**, o que não ocorreu integralmente.

No atual estágio da sociedade civil brasileira, aparece de forma evidente o interesse na construção de um rígido e efetivo **Modelo de Defesa do Estado de Direito**. A implementação desse modelo constitucional não pode deixar de respeitar integralmente os direitos fundamentais. A Constituição Federal não está descolada desse imperioso interesse na preservação da defesa do Estado e das suas Instituições Democráticas, entendidas aqui como os órgãos constitucionalmente estabelecidos, os instrumentos para preservação do pluralismo político e da própria democracia no país, como os parlamentos, os executivos, os judiciários e os serviços públicos essenciais à sociedade.

2.2 – ESFORÇOS LEGISLATIVOS E VÁCUO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Por tudo que foi exposto, urge o avanço teórico na construção de uma **Lei de Defesa do Estado de Direito e das Instituições Democráticas** em nosso país. Neste particular aspecto, após 1988, diversas tentativas legislativas não concluíram o mister –

¹⁰⁷ “A Superação da Ideologia da Segurança Nacional e a Tipificação dos Crimes Contra o Estado Democrático de Direito”, p. 73.

Comissão Especial de 1985¹⁰⁸, que indicou que a DSN produziu “nefastos efeitos”, “alta repressividade”, acarretando “estímulo a confronto entre grupos políticos, cerceamento

¹⁰⁸ DOTTI, René Ariel. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 382-386. Em 1985, o Ministério da Justiça constituiu uma *Comissão Especial*, presidida pelo Ministro Evandro Lins e Silva e integrada por René Ariel Dotti, Nilo Batista e Antônio Evaristo de Moraes Filho, cuja finalidade era a elaboração de um Anteprojeto de Lei de Defesa do Estado Democrático. Em 21 de janeiro de 1986, o Ministro da Justiça Fernando Lyra encaminhou ao Presidente da República José Sarney um Anteprojeto de Lei de Defesa do Estado Democrático, elaborado pela citada *Comissão Especial* e adotando como exposição de motivos a “Nota ao Público” explicativa do texto, fruto do trabalho da própria comissão. A “Nota ao Público”, endossada integralmente pelo Ministro da Justiça, justificava a necessidade da promulgação de uma lei destinada a conviver com as mudanças ocorridas no país e que derivam, em última análise, da adoção de um sistema de pluralismo político-partidário e da alternância no poder. Nas palavras do autor houve uma justificativa para “o tratamento das infrações políticas através de lei especial”. “O documento foi publicado no Diário Oficial de 29 de janeiro para receber sugestões, dentro de trinta dias. Tal prazo foi prorrogado até 30 de maio do corrente ano, conforme a Portaria n°41, de 17 de março, baixada pelo Secretário-Geral do Ministério da Justiça, pasta que tem como titular o jurista Professor Paulo Brossard de Souza Pinto. Imediatamente após a divulgação do Anteprojeto pelos jornais Folha de São Paulo e O Estado de São Paulo (edições de 22 de janeiro), não somente os especialistas como a classe política e a comunidade em geral se manifestaram a respeito da necessidade ou conveniência de uma lei reguladora da criminalidade política. Desde logo abriu-se tão grande quanto deslocada polêmica: os delitos políticos devem ser tratados em lei especial ou no próprio Código Penal? A discussão não abordou adequadamente os aspectos nucleares do problema ou sejam: a) a defesa do Estado de direito democrático; b) a forma e os limites de intervenção do direito penal; c) o tipo estrutural do processo; d) a competência jurisdicional para o julgamento das infrações; e) as garantias de defesa do acusado além de outros. À improvisação e ao passionalismo do debate se juntou a opinião evidentemente desastrosa daqueles que entendem dispensável um conjunto de normas especificamente destinada à proteção da personalidade política do Estado. Argumentam que o Código Penal e outras leis criminais já contêm o ordenamento suficiente para combater eficazmente os atentados aos valores políticos, econômicos e sociais tutelados pelas leis que regulam a criminalidade política. Por iniciativa do jornal O Estado de São Paulo, instaurou-se uma enquete na qual a expressiva maioria dos entrevistados era adensada por leigos em direito criminal e sem qualquer atuação em favor nos perseguidos políticos durante todo o tempo de vigência da legislação de terror, que a partir do Decreto-Lei n. 314, de 13 de março de 1967, impregnou a atmosfera dos tribunais militares com a doutrina da segurança nacional. Com evidente má fé e o propósito de distrair a atenção do problema, sustentaram muitos dos opinantes que melhor seria aguardar-se pelos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (leia-se Congresso Constituinte) para se enfrentar o assunto. Como se a futura Constituição pudesse prever os delitos políticos e as respectivas penas... Aliás, há um indisfarçável objetivo de fraudar a boa-fé popular com as já intoleráveis promessas de ‘salvação nacional’ através da futura Constituinte, pois os problemas nacionais de maior relevo não podem ser transferidos para um evento futuro e incerto quanto às probabilidades de eficiente solução.”

de liberdades-públicas, notadamente de manifestação de pensamento e Imprensa, reiteradas violações a direitos humanos fundamentais”¹⁰⁹, a **Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional de 1991**, que estabeleceu a crimes contra o Estado Democrático de Direito e a Humanidade e revogava as legislações sobre Segurança Nacional, em especial a LSN de 1983.

O Projeto de Lei não teve êxito em sua tramitação e, somente após 17 anos, em 2002, um novo Projeto trouxe 25 artigos e tipificou os crimes de atentado contra a soberania, traição, atentado separatista, espionagem, revelação, divulgação de segredo de Estado, insurreição, organização paramilitar, armamento militar, invasão de um Estado pelo outro e os crimes contra a humanidade, estudo que passou pelo exame da **Comissão de Alto Nível** de 1997¹¹⁰.

O melhor Anteprojeto de Código Penal teve como base a reunião dos trabalhos anteriores, dentre eles o chamado “Esboço de 1994”, que assim ficou conhecido em razão da frustrada experiência legislativa do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal de 1992/94¹¹¹, quando outra **Comissão de Juristas**¹¹², presidida e coordenada

¹⁰⁹ Diário Oficial da União de 29 de janeiro de 1986, Seção I, p. 1604.

¹¹⁰ Diário Oficial da União de 17 de dezembro de 1997, número 244, Seção II, p. 9.555. Essa *Comissão de Alto Nível*, que foi constituída pelos juristas Luiz Vicente Cernicchiaro, que era o presidente, René Ariel Dotti, Miguel Reale Júnior, Juarez Tavares, Ney Moura Teles, Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Licínio Leal Barbosa, e que contava com os consultores Evandro Lins e Silva, Damásio de Jesus e Alberto Silva Franco, apresentou uma primeira versão do Anteprojeto de Código Penal. René Ariel Dotti, Miguel Reale Júnior e Juarez Tavares acabaram por pedir dispensa dos trabalhos da Comissão em razão de inconformidade com o exíguo tempo (de 28 dias) proposto para a elaboração do Anteprojeto, segundo TAVARES, Juarez. “Crimes contra o Estado Democrático”. In: *Seminário Reforma do Código Penal – de 22/05 a 09/06/98*. Porto Alegre: Comissão de Constituição de Justiça da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 1998, p. 256.

¹¹¹ Diário Oficial da União de 14 de dezembro de 1992, seção II, p. 7.881 e Diário Oficial da União de 27 de outubro de 1994, seção II, p. 6.903.

¹¹² DOTTI, René Ariel. “A reforma do Código Penal: história, notas e documentos”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, out./dez., 1998, p. 179. A Comissão formada por Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro, Alberto Silva Franco, Jair Leonardo Lopes, João Marcello de Araújo Júnior, Juarez Tavares, René Ariel Dotti, Hélio Bicudo, Paulo Sérgio Pinheiro, Luiza Nagib Eluf e Wandelkolk Moreira teve o prazo de prazo de 180 dias para concluir o trabalho. Ante o exíguo tempo, que acarretou

pelo Ministro Evandro Lins e Silva, havia sido instituída pela Portaria n. 581, de 10 de dezembro de 1992, baixada pelo então Ministro da Justiça Maurício Corrêa, deixando um estudo incompleto em razão do curto tempo destinado para o trabalho. Em realidade, nos dizeres de René Ariel DOTTI, o “**Esboço de 1994**” representou uma “notável contribuição para a redação do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal de 1998”¹¹³, que teve princípio na gestão do Ministro da Justiça Iris Rezende e acabou completado em 1999, ao tempo do Ministro Renan Calheiros.

Após o recebimento de sugestões das entidades da sociedade civil, o Anteprojeto passou a ser reexaminado por uma **Comissão Revisora**, instituída pela Portaria n. 232 em 24 de março de 1998, do mesmo Ministro da Justiça Iris Rezende, presidida por Luiz Vicente Cernicchiaro e que tinha a finalidade de apreciar “todos os trabalhos anteriores já realizados”, “os projetos de lei em andamento” “objetivando a sua adequação” a fim de elaborar uma redação final.¹¹⁴

Na década de 90, no plano das reformas penais, sobretudo junto à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, é indiscutível que as comissões procederam um trabalho científico de fôlego e que tiveram representatividade na sociedade civil. Ainda que com o curto espaço de tempo disponibilizado, e após o recebimento de críticas e sugestões, a *Comissão Revisora* apresentou à sociedade uma versão final do Anteprojeto de Reforma do Código Penal brasileiro que havia sido inicialmente elaborado pela **Comissão de Alto Nível**. No que se circunscreve ao objeto de nossa investigação, a **Comissão Revisora** manteve no Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal o “Título XII”, que tratava dos “crimes contra o Estado Democrático de

da impossibilidade de conclusão dos trabalhos de forma definitiva, houve a apresentação do desenho que ficou conhecido como “Esboço de 1994”.

¹¹³ *A reforma do Código Penal: história, notas e documentos*, p. 180.

¹¹⁴ Sobre os “rumos da reforma penal e a filosofia do Anteprojeto”, bem como a crítica ao curto espaço de tempo para a realização do trabalho da Comissão, o que tornava “totalmente inviável” a elaboração de uma parte especial “toda nova”, ver CASTILHO, Ela Wiecko de. “Os rumos da Reforma Penal”. In: *Seminário Reforma do Código Penal – de 22/05 a 09/06/98*. Porto Alegre: Comissão de Constituição de Justiça da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 1998, p. 109 et seq.

Direito, sugerindo os tipos previstos nos artigos 360 a 380. Importa destacar que o texto continha em suas disposições gerais a previsão de uma regra específica de crime político, pois o artigo 409 anotava “consideram-se políticos os crimes previstos no Capítulo 1 e o atentado a direito de manifestação”.

Após alguns anos de tramitação, em 22 de maio de 2002, tanto o Projeto de Lei n. 2.462 de 1991 quanto o Anteprojeto de Reforma do Código Penal de 1998 foram apensados ao Projeto de Lei n. 6.764¹¹⁵ do Poder Executivo, que manteve a inclusão do “Título XII” na Parte Especial do Código Penal, que tratava dos “crimes contra o Estado Democrático de Direito”, mas que também não obteve aprovação.

Dentre as diversas propostas de alteração do Projeto de Lei n. 6.764, merece ressalva a proposição de 20 de março de 2007¹¹⁶, distribuída à apreciação das Comissões de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado e Constituição e Justiça e de Cidadania. A proposição está sujeita à apreciação do Plenário, com a redefinição do tipo de insurreição previsto no artigo 365,

¹¹⁵ Da Mensagem Presidencial n. 336/02 extrai-se que o Projeto de Lei n. 2.462/91 foi distribuído na Comissão Permanente por tratar de matéria relativa à defesa do Estado Democrático de Direito, nos termos do que dispõem as alíneas “b” e “m” do inciso XV do artigo 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. A proposição tramitou por mais de 17 anos, tendo uma proposta apensada que é oriunda do Poder Executivo, significativamente mais recente, e que foi elaborada pela equipe de notáveis que teve como orientação para o trabalho realizado a função de escutar a sociedade sobre o assunto.

¹¹⁶ O Relator do PL n. 6.764 de 2002, apensado ao PL n. 2.462 de 1991, na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, deputado Augusto Carvalho, apresentou sugestão específica quanto ao texto do artigo 365, que definia o tipo penal de insurreição como a tentativa de “*com emprego de grave ameaça ou violência, obstar, impedir ou dificultar o exercício de Poder legitimamente constituído*”. O parlamentar sugeriu que a redação original fosse aperfeiçoada, utilizando-se termos consagrados na Constituição Federal de 1988, em substituição à expressão “*o exercício de Poder legitimamente constituído*”. Assim, com base no artigo 34, inciso IV, que trata das hipóteses de intervenção da União nos Estados para “*garantir o livre exercício dos Poderes nas unidades da federação*” e no artigo 142 que disciplina às Forças Armadas garantir os “*poderes constitucionais*”, sugeriu, com a combinação destas duas expressões, a substituição da expressão “*o exercício de Poder legitimamente constituído*”, restando a nova redação da seguinte forma: “*Art. 365. Obstar, impedir ou dificultar, com emprego de grave ameaça ou violência, o livre exercício dos poderes constitucionais.*”

que ficou assim redigido: **“Obstar, impedir ou dificultar, com emprego de grave ameaça ou violência, o livre exercício dos poderes constitucionais.”**

Seguindo a sequência do exame das tendências legislativas, cumpre registrar que pela Portaria n. 413, de 30 de maio de 2000, o Ministro da Justiça instituiu uma Comissão Especial para tratar de “Medidas de Proteção ao Estado Democrático de Direito”, com o intuito de formalizar “estudos sobre a legislação de Segurança Nacional e sugerir princípios gerais para nortear a elaboração de Projeto de Lei de Defesa do Estado Democrático de Direito”. A **Comissão Especial de Juristas** foi coordenada mais uma vez por Luiz Vicente *Cernicchiaro* e teve seu relatório sustentado por Luiz Roberto Barroso¹¹⁷.

A **Comissão Especial** teve duas atividades principais: **(a)** exarar um parecer sobre a vigência da LSN – Lei n. 7.170/83 e **(b)** sugerir princípios norteadores para um Projeto de Lei de Defesa do Estado Democrático de Direito. A comissão abordou, então, a Doutrina de Segurança Nacional, os regimes constitucionais anteriores e o atual, realizando um levantamento histórico sobre a evolução legislativa. Foram analisados todos os trabalhos análogos, como o Anteprojeto de Lei de Defesa do Estado Democrático (1985) realizado pela Comissão Especial presidida por Evandro Lins e Silva

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. “A Superação da Ideologia da Segurança Nacional e a Tipificação dos Crimes Contra o Estado Democrático de Direito”, p. 71. O relator da comissão publicou artigo científico contendo uma minuta da exposição de motivos, bem como o teor da sugestão do texto legal, apresentados à comissão constituída pelo Ministro da Justiça para a elaboração de um anteprojeto de lei sobre a questão da superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. BARROSO tratou da DSN e o regime constitucional anterior, da legislação de segurança nacional na experiência brasileira, do desenvolvimento de uma específica doutrina, a locução *segurança nacional* passou a ser parte integrante do direito constitucional brasileiro. Chegou à atual LSN e ao seu contexto constitucional, concluindo que “a Constituição de 1988 foi a superação histórica do regime que tinha como um de seus fundamentos a ideologia da segurança nacional, e toda carga autoritária que dela decorria.” Esta é a razão, pela qual, segundo o membro da comissão e hoje Ministro da Suprema Corte, “a própria locução *segurança nacional* ficou praticamente fora de seu texto, salvo uma intempestiva menção no art. 173, onde se cuida das hipóteses excepcionais de exploração da atividade econômica pelo Estado”, trazendo no “Título V”, “o ideário vitorioso, a Carta emprega a terminologia compatível com a nova ordem: Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas.”

e o Anteprojeto da *Comissão Revisora* para elaboração do Código Penal, presidida por Luiz Vicente Cernicchiaro (1998).

Os trabalhos finais da **Comissão Especial** ensejaram o envio, pelo Ministro da Justiça Miguel Reale Júnior ao Presidente da República e à Secretaria de Assuntos Parlamentares, em 16 de abril de 2002, do **Projeto de Lei n. 6.764, que revoga a Lei de Segurança Nacional e introduz, no Código Penal, o Título XII “Dos crimes contra o Estado Democrático de Direito”**. À época, o Ministro da Justiça Miguel Reale Júnior elucidou as razões pelas quais ofereceu a proposta, optando por reproduzir parte do relatório circunstanciado da referida comissão, que procurou interpretar o “sentimento da sociedade civil brasileira”, “ciosa da importância da liberdade duramente conquistada e da necessidade do respeito ao pluralismo político e às instituições democráticas”.

Em conclusão, para Luís Roberto BARROSO, em texto representativo da minuta de exposição de motivos apresentada à comissão constituída pelo Ministro da Justiça – superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o estado democrático de direito – o ponto de vista da comissão foi o de que “se impõe a elaboração de uma nova lei, não mais inspirada pela ideologia da segurança nacional, mas voltada para a defesa do Estado Democrático de Direito”, com a sugestão de que até o advento da nova legislação, a velha Lei de Segurança Nacional, “salvo os tipos que indubitavelmente devem substituir (como, por exemplo, traição ou atentado à soberania), não deva ser aplicada.”¹¹⁸

A opção legislativa foi pela alteração na própria parte especial do Código Penal, incluindo o Título XII, que trata dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, rompendo, assim, a tradição brasileira do tratamento do assunto em lei especial. O projeto estabeleceu no “Capítulo I: os crimes contra a soberania nacional; no Capítulo II: os crimes contra as instituições democráticas; no Capítulo III: os crimes contra o

¹¹⁸ “A Superação da Ideologia da Segurança Nacional e a Tipificação dos Crimes Contra o Estado Democrático de Direito”, p. 76.

funcionamento das Instituições Democráticas e dos Serviços Essenciais; no Capítulo IV: os crimes contra a autoridade estrangeira ou internacional e no Capítulo V: os crimes contra a cidadania. Todavia, até o presente momento, em que pese às boas intenções da **Comissão Especial** e do Ministério da Justiça, o Projeto de Lei n. 6.764 de 2002 não foi aprovado.

2.3 – CONCLUSÕES

É possível considerar que houve **(a)** uma nítida paralisia na produção legislativa com a publicação da última LSN de 1983, produzida no período anterior à Carta de 1988 e à luz do processo de abertura democrática, **(b)** não representando uma superação, mas uma tentativa de superação de um Modelo Autoritário de Segurança Nacional, o qual acabou por receber elementos teóricos da Escola Superior de Guerra e que não é totalmente compatível com o atual Modelo Constitucional de Defesa do Estado e suas Instituições Democráticas. Pode-se concluir, ao menos até aqui e com apoio da doutrina nacional revisada, que a LSN **(c)** teve uma parcial recepção, pois não é, como se disse, integralmente aceita pela atual Ordem Democrática, em que pese empregar a expressão “Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”.

É perceptível, também, **(d)** o distanciamento entre a publicação da Lei de Segurança Nacional (1983), a Constituição Federal (1988) e o processo de produção legislativa recente (até os dias atuais, 2019) **(e)** constatando-se, após a apresentação de vários Anteprojetos e Projetos de Lei, elaborados por comissões variadas e que tentaram tratar do tema em lei especial ou na própria codificação, que há um grande **vácuo legislativo** em relação à Segurança Nacional e à Defesa do Estado e suas Instituições Democráticas. Isso ocorre nos planos infraconstitucional e constitucional, respectivamente, desde 1983 e 1988.

Objetivamente, **(f)** desde a última Lei de Segurança Nacional foram ultrapassadas três décadas sem nenhum novo corpo normativo sobre o assunto, permanecendo em

vigência, ainda que parcial, a Lei de Segurança Nacional, legislação que ultrapassou os regimes autoritário e democrático.

Por último, constata-se que a Constituição de 1988 (**g**) desprestigiou a expressão Segurança Nacional ao adotar a locução Defesa do Estado e das Instituições Democráticas. Para além da crítica sobre o sistema legal de Segurança Nacional no Brasil, e da constatação da *anomia* sobre a proteção do Estado de Direito e suas Instituições Democráticas, afirma-se, desde já, (**h**) que é necessária a atualização e modernização dos textos legais a fim de superar definitivamente a linguagem vaga e porosa de inspiração na Doutrina da Segurança Nacional. É importante sublinhar, também, que (**i**) atualmente existe uma ausência de boas reformas legislativas, fundamentalmente que versem sobre crimes em espécie.

A investigação de Alexandre WUNDERLICH demonstra que “a atual Lei de Segurança Nacional, que prevê os crimes contra a Segurança Nacional e a Ordem Política e Social, carrega a digital da Doutrina de Segurança Nacional, com a essência teórica idealizada pela Escola Superior de Guerra, o que é de todo incompatível com a Constituição Federal de 1988.”¹¹⁹

A superação da Doutrina de Segurança Nacional e do sistema legal de Segurança Nacional impõe a declaração de sua “incompatibilidade” sistêmica com a “ordem constitucional”, devendo ser revogada a LSN de 1983 que, nas palavras de Luis Roberto BARROSO, emprega “terminologia superada, impregnada de subjetivismo ideológico e facciosismo político”.¹²⁰

Portanto, é preciso **superar** integralmente o Modelo Autoritário de Segurança Nacional. É indispensável abandonar o amplo conceito que tem base legal nos artigos

¹¹⁹ *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, p. 247.

¹²⁰ “A Superação da Ideologia da Segurança Nacional e a Tipificação dos Crimes Contra o Estado Democrático de Direito”, p. 73.

1º e 2º da Lei de Segurança Nacional de 1983¹²¹, que envolve, reconhecemos, uma duplicidade de ordens de segurança interna e externa do Estado.

É verdade que a Constituição Federal de 1988 faz uma única referência à Segurança Nacional (artigo 173), ao passo em que, enquanto expressão legal e valor tutelado, foi desprestigiada. Para Luciano FELDENS, é uma “obrigação de caráter positivo” endereçada ao legislador infraconstitucional para que “edifique a norma incriminadora”¹²², que visa a salvaguardar bens jurídicos de maior relevância para o país, a ordem constitucional e o Estado de Direito. No ponto, o autor caminha no sentido de que não se pode aceitar a posição paradoxal de parte da doutrina, que costuma conectar o 5º, XLIV, da Constituição Federal, aos artigos 1º e 2º da Lei de Segurança Nacional que, como o presente estudo demonstra, são dispositivos originários do Modelo Autoritário de Segurança Nacional, legislação de transição gestada em período pré-democrático.¹²³

Em nossa opinião, em favor da proteção e da defesa do Estado de Direito e de suas Instituições Democráticas, a conduta humana que coloque em risco ou afete a ordem constitucional e o Estado democrático deve receber a intervenção penal. Aliás, esta é

¹²¹ FELDENS, Luciano. “Crimes em São Paulo atingem o Estado Democrático”. *Consultor Jurídico*. (Acessado em 13/11/12: www.conjur.com.br): “Em doutrina já se propôs que o mandado constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, inciso XLIV da CF estaria satisfeito pela Lei 7.170/83, no que define os crimes. É discutível, entretanto, a validade dessa lei. Haurida em período de matriz autoritária, é realmente pitoresco que possa servir, ela mesma, à tutela de um Estado Democrático. Embora seu artigo 1º refira que a lei prevê crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão o regime representativo e democrático, o qual se reduzia, no preciso contexto histórico de edição da lei, a uma regra formal da maioria.”

¹²² A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 83: “Aqui a Constituição positiva um mandado de criminalização que nem de perto tem como objeto imediato de proteção um conceito individual, senão que melhor se aproxima da categoria dos bens transindividuais: ‘ordem constitucional’, ‘Estado Democrático; a democracia’, enfim.”

¹²³ A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, p. 83.

uma tendência legislativa¹²⁴ internacional demonstrada em outra consulta¹²⁵, além de ser o que “se interpreta das normas da Constituição Federal de 1988, representando

¹²⁴ À título de exemplo, destaca-se que outros países elegeram a “realização do Estado de Direito” como “bem jurídico protegido” (CAEIRO, Pedro. “Crimes contra o Estado”. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal: parte especial*. Coimbra: Coimbra Editora, artigos 308º a 386º, 2001, t. III, p. 184), como **Portugal**. Ver Código Penal, especialmente: “*Dos crimes contra a realização do Estado de direito*”, “artigo 325º. Alteração violenta do Estado de direito: 1 - Quem, por meio de violência ou ameaça de violência, tentar destruir, alterar ou subverter o Estado de direito constitucionalmente estabelecido é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos. 2 - Se o facto descrito no número anterior for praticado por meio de violência armada, o agente é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos. 3 - No caso previsto no número anterior a pena é especialmente atenuada se o agente, não tendo exercido funções de comando, se render sem opor resistência, ou entregar ou abandonar as armas antes ou imediatamente depois de advertência da autoridade.” Na **Espanha**, a previsão legal tutela “*instituciones básicas del Estado*”, “*el orden o sistema constitucional*”, “*entendiendo por tal la protección de esas instituciones, como en el marco que se desenvuelve el principio democrático que caracteriza a nuestra norma fundamental*” (GARCIA RIVAS, Nicolás. “Delito de rebelión”. In: ÁLVAREZ GARCÍA, Javier (dir.). *Tratado de derecho penal español: parte especial - delitos contra la Constitución*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2015, p. 53), bem como “*el efectivo imperio del aparato del poder previsto en el ordenamento constitucional, em todo o en parte, ya alzándose colectivamente en armas, ya por astucia u outro médio, pero en este caso consiguiéndolo, que, por último, seduciendo fuerzas armadas para ello[...]*” (FERNÁNDEZ RODERA, José A. “Delitos contra la Constitución”. In: GÓMEZ TOMILLO, Manuel; JAVATO MARTÍN, Antonio Maria. *Comentarios prácticos al Código Penal*. Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, t. VI, p. 48). É a seguinte: “*Delitos contra la Constitución*”, “*Rebelión*”, “*artículo 472. Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: 1º. Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución. 2º. Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o a la Reina, al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad. 3º. Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos. 4º. Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias. 5º. Declarar la independencia de una parte del territorio nacional. 6º. Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad. 7º. Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.*” O Código Penal espanhol também estabelece crimes contra as “*Instituciones del Estado y la división de poderes*”, a partir do artigo 492 et seq.

¹²⁵ Ver o seminal parecer jurídico dos Professores Alaor Leite e Adriano Teixeira, “Defesa do Estado de Direito por Meio do Direito Penal - a experiência comparada e o desafio brasileiro”, também ofertado à OAB.

uma orientação fundamental para que seja **ultrapassado** o recurso ao conceito de Segurança Nacional como eixo expressivo da criminalidade política, ficando adequado o conceito de crime político à Carta Federal, como um crime pluriofensivo que afeta o Estado de Direito, representado por suas Instituições Democráticas.”¹²⁶

3 – RESPOSTA À CONSULTA

3.1 – LEGISLAÇÃO DE TRANSIÇÃO

Para se compreender o significado da Lei n. 7.170/83, é fundamental situa-la ao tempo em que foi editada e a examinar no seu todo, desde a Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto de Lei enviado ao Congresso Nacional, a sua Ementa, os diversos capítulos que a integram, seja o relativo à Parte Geral, o pertinente às normas incriminadoras, bem como as de caráter processual, que formam um todo explicativo do sentido da lei.

Trata-se de legislação que buscou, ao revogar a draconiana Lei de Segurança Nacional de 1.978, anteriormente examinada, adaptar-se ao momento de evolução de um regime militar autoritário para um regime democrático de Estado de Direito. Estava-se, contudo, como será analisado, em regime diverso do Estado de Direito, sob a égide de uma constituição outorgada que realçava o bem jurídico da “Segurança Nacional”, em torno da qual se estruturava o sistema de poder.

É sem dúvida **uma legislação de transição, apontando para futuro Estado de Direito, mas editada para defesa do regime então vigente**, como bem se observa dos artigos 16 e 17, a seguir estudados.¹²⁷

¹²⁶ WUNDERLICH, Alexandre, *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, p. 117.

¹²⁷ Art. 16 - Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do **regime vigente ou do Estado de Direito**, por meios violentos ou com o emprego

3.2 – A EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Já na Exposição de Motivos (EM n. 0576 de 07/11/83), que acompanhou o Projeto de Lei, PLN n. 17/83, Mensagem n. 135/83, destacava-se tratar-se de “elaboração de um projeto de nova Lei de Segurança Nacional mais ajustada à evolução atual da sociedade brasileira no sentido da construção do regime democrático e do Estado de Direito (...)”.

Verifica-se, portanto, ser essa lei própria de um instante de pretendida passagem do regime militar para o Estado de Direito, a ser ainda implantado.

A Exposição de Motivos não é essencial na apresentação de Projeto de Lei, porém quando existe é porque o legislador quis, por meio dela, fixar o seu objeto e estabelecer critérios e parâmetros interpretativos, revelando as condições históricas e sociais que o levaram a editar tal lei, e para que fim. A Exposição de Motivos faz, portanto, parte integrante da lei, pois, como ressalta o site da Câmara dos Deputados¹²⁸, a Exposição de Motivos “é um texto que acompanha os projetos de lei e outras proposições de autoria do Poder Executivo com a mesma função de uma justificativa: explicar a proposta e/ou expor as razões de se editar a norma”.

Com efeito, pequeno esboço histórico fazem os proponentes do Projeto de Lei, significativamente, não apenas o Ministro da Justiça, mas também o Secretário Geral do Conselho de Segurança Nacional, revelando buscarem defender na proposta o atual regime e futuramente o Estado de Direito ainda *in fieri*, razão pela qual modificam a legislação em vigor, para a tornar menos rigorosa.

de grave ameaça. Pena: reclusão, de 1 a 5 anos. Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos. Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; se resulta morte, aumenta-se até o dobro.

¹²⁸ Disponível em: https://www2.camara.leg.br/transparencia/aceso-a-informacao/copy_of_perguntas-frequentes/processo-legislativo##6; a. em 09/09/20.

Mas, nem por isso, constroem texto conflitante com a ordem constitucional autoritária vigente, pois assinalam que o desenvolvimento da nação com o mínimo de segurança indispensável é ideal a ser alcançado por **um processo gradativo**, mas sem omitir a garantia de que o regime de liberdade não sirva de instrumento à sua própria destruição.

3.3 – A EMENTA

Por sua vez, a Ementa da Lei n. 7.170/83 registra, exatamente, a seguinte indicação:

“Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.”

Conforme o art. 5º da Lei Complementar n. 95/98: “A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei”. No site do Governo Federal¹²⁹, registra-se:

“A ementa é a parte do preâmbulo que sintetiza o conteúdo da lei, a fim de permitir, de modo imediato, o conhecimento da matéria legislada, devendo guardar estreita correlação com a ideia central do texto”.

A Ementa vem a ser uma Rubrica geral da lei. Para Justino Adriano da SILVA, a rubrica tem por finalidade: *“resumir ao alto da norma o assunto nela contido. A rubrica, como assinala, origina-se deste resumo a tinta vermelha que os glosadores adicionavam*

¹²⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Dicas/Ementa.htm; a. em 09/09/20.

ao texto da lei em preto, razão porque se consagrou a máxima legem rubrum si vis intelligere nigrum."¹³⁰

A importância da Epígrafe como elemento interpretativo, mesmo porque se dirige aos intérpretes, é assinalada por PISAPIA, que considera que as rubricas "*formano parte della legge e hanno forza di legge e hanno, come tali, um indubbio valore interpretativo e dommatico*"¹³¹.

Mariângela MAGALHÃES GOMES acertadamente destaca que no processo interpretativo as rubricas da Parte Especial podem adquirir importante significado, como fator interpretativo, sendo possível a partir delas captar a intenção da lei, sendo de grande valia na "compreensão do sentido da norma", qualidade esta que acentua ter sido já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal¹³².

A Ementa ou Epígrafe como critério interpretativo e chave hermenêutica, portanto, é da maior importância na orientação do aplicador da lei penal, que dela não deve nem pode desconhecer, pois, como já realçado, a Ementa guarda estreita correlação com a ideia central do texto. E a Ementa, no caso, sinaliza que se está a definir os crimes contra a **segurança nacional, a ordem política e social**.

Assim, o valor básico que se visa a proteger, como se deflui da Exposição de Motivos e da Ementa, peças que explicitam o objeto do diploma legal e oferecem sua chave interpretativa, é a **Segurança Nacional** e não o **Estado de Direito**. Tal se vai

¹³⁰ SILVA, Justino Adriano F. da. *Rubrica*, verbete da Enciclopédia. São Paulo: Saraiva, v. 66, p. 396.

¹³¹ PISAPIA, Gian Domenico. *Introduzione alla Parte Speciale Del Diritto penale*, v. I. Milão: Giuffrè, 1948, p. 83. Nessa mesma página, em nota de rodapé, de número 26, em abono de sua afirmação, socorre-se da lição de Gregori, de Merkel e de Kelsen, especialmente de Filomusini Guelfi, para quem "*le epigrafi e le definizioni si collegano alla interpretazione della legge ; e in un sistema come il nostro, nel quale le regole della interpretazione sono codificate a nel qual e per la violazione di essa è amesso il ricorso in Cassazione, le epigrafi e le definizioni hanno pure una loro importanza giuridica*".

¹³² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma interpretação da parte especial do Direito Penal*. Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2.012, p. 287 e seguintes.

perceber claramente em vista da Constituição então vigente e das próprias disposições da lei.

A Constituição de 1.967, modificada pela Emenda n. 1 de 1.969, dedicava uma Seção à Segurança Nacional¹³³, elegendo o Conselho de Segurança Nacional como órgão máximo de assessoria do Presidente da República, cabendo-lhe a formulação e execução da política de segurança nacional, bem como a fixação dos objetivos nacionais permanentes. O centro do poder estava no sistema militar de segurança nacional instituído, tendo papel preponderante o Secretário Geral do Conselho de Segurança Nacional, que subscreve a Exposição de Motivos.

3.4 – APLICAÇÃO DO CÓDIGO PENAL MILITAR

Essa lei especial não se limita a estabelecer normas incriminadoras, mas disciplina institutos da Parte Geral, estabelecendo que se aplica no que couber não o Código Penal Comum, mas o **Código Penal Militar**, em absoluto descompasso com as inovações trazidas pela Parte Geral de 1.984 e pela Lei de Execução Penal, cujas disposições em grande parte foram reproduzidas no art. 5º da Constituição Federal de 1.988.

Assim, limita-se, por exemplo, a permitir como substitutiva à pena privativa de liberdade a suspensão condicional da pena, sujeita à **presunção de não se delinquir no**

¹³³ Da Segurança Nacional. Art. 86. Toda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei. Art. 87. O Conselho de Segurança Nacional é o órgão de mais alto nível na assessoria direta ao Presidente da República, para formulação e execução da política de segurança nacional. Art. 88. O Conselho de Segurança Nacional é presidido pelo Presidente da República e dêle participam, no caráter de membros natos, o Vice-Presidente da República e todos os Ministros de Estado. *Parágrafo único.* A lei regulará a sua organização, competência e funcionamento e poderá admitir outros membros natos ou eventuais. Art. 89. Ao Conselho de Segurança Nacional compete: I - estabelecer os objetivos nacionais permanentes e as bases para a política nacional; II - estudar, no âmbito interno e externo, os assuntos que interessem à segurança nacional; (...).

futuro¹³⁴, para penas até dois anos de reclusão, quando a Constituição, seguindo o Código Penal Comum, estatui:

“Art. 5º. (...).

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos”.

3.5 – A TUTELA DA SEGURANÇA NACIONAL

Mais significativa vem a ser a incriminação de condutas relativas à “**segurança interna**”, a mostrar, claramente, que a lei **visa antes a tutelar a Segurança Nacional do que o Estado de Direito**.

Com efeito, segundo já destacado, os artigos 16 e 17 estatuem ser crime “integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do **regime vigente ou do Estado de Direito**, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça” (art. 16), bem como “tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, **o regime vigente ou o Estado de Direito**” (art. 17), a mostrar que o **regime vigente reconhecidamente não é o Estado de Direito Democrático** consagrado como princípio fundamental no art. 1º da Constituição de 1.988.

¹³⁴ Aplica-se este inseguro juízo de periculosidade para concessão do “sursis”, critério afastado pela reforma de 1.984.

Percebe-se, portanto, que, ao ter a Segurança Nacional como objeto precípua de tutela, a lei em combate vem a reconhecer a legitimidade do **regime vigente** que não era o Estado de Direito, vindo a protegê-lo contra tentativas de sua alteração por via de participação em entidade que vise a promover tal mudança por via de grave ameaça. Se, porventura, instala-se uma ditadura no nosso país, a atual Lei de Segurança Nacional serve para a proteger, ou seja, o regime vigente que não o Estado de Direito.

Marcadamente, a Lei de 1.983 constitui, portanto, uma legislação própria de um regime de transição prévio ao Estado de Direito, mas que não é o Estado de Direito, tanto que tutela o regime então vigente, ou seja, a consecução dos objetivos nacionais permanentes do sistema de poder militar, protegendo-o por via da ameaça penal contra antagonismos e tentativas de ser alterado.

3.6 – DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS PENAIS

Como antes assinalado, o diploma legal em exame deve ter seu **significado defluído de todo o conjunto normativo**, sendo, neste sentido, fundamental atentar-se para as disposições relativas ao processo penal, claramente indicativas do caráter autoritário da lei.

Com efeito, em disposição visivelmente não recepcionada por nossa Constituição, atribui-se competência para o processo dos crimes contra a Segurança Nacional à Justiça Militar. Tal demonstra como a lei em comento, tal como se apreende das mencionadas Exposição de Motivos e da Ementa, tem por objeto jurídico tutelado **o sistema militar de poder** vigente ao tempo de sua edição e não o Estado de Direito.

Esta finalidade percebe-se ao autorizar o legislador da época, 1.983, a decretação da **prisão cautelar pelo presidente do inquérito sem crivo do Judiciário**¹³⁵ pelo prazo

¹³⁵ Art. 33 - Durante as investigações, a autoridade de que presidir o inquérito poderá manter o indiciado preso ou sob custódia, pelo prazo de quinze dias, comunicando imediatamente o fato ao juízo competente. §

de quinze dias prorrogáveis, sendo, inclusive, autorizada a **incomunicabilidade** do indiciado pelo prazo de cinco dias.

Estas disposições mostram a sobrejo o caráter **autoritário** que presidiu a elaboração da lei, a pender no sentido do fortalecimento da repressão, com tábula rasa dos princípios do contraditório e da ampla defesa, além da exclusão do crivo do Judiciário na imposição de cerceamento da liberdade do indiciado e na restrição ao direito de estar comunicável.

Depreende-se destes dispositivos processuais como a lei não dizia respeito à proteção ao Estado de Direito, atingido pela própria lei ao legitimar ela mesma a violação do *status libertatis* do indiciado.

3.7 – ÚLTIMA CONCLUSÃO

Diante do exame legislativo, é urgente a necessidade de intervenção em defesa do Estado de Direito, que se realizada por meio de suas Instituições Democráticas, com a natural superação da Doutrina de Segurança Nacional e do sistema legal de Segurança Nacional, com a adoção de um Modelo de Proteção e Defesa do Estado de Direito.

Tem sentido a consulta endereçada pela Ordem dos Advogados do Brasil, uma vez que há real possibilidade de adoção, por parte dos Estados, de uma visão utilitarista para resolução do problema da Segurança Nacional no Estado de Direito. Vivemos um tempo de pregação de autoritarismos, que está a exigir a reafirmação do catálogo democrático de direitos fundamentais. Nesta altura histórica, o que importa, afinal, é a resistência pela manutenção da ordem constitucional, que tem os direitos fundamentais como

1º - Em caso de justificada necessidade, esse prazo poderá ser dilatado por mais quinze dias, por decisão do juiz, a pedido do encarregado do inquérito, ouvido o Ministério Público. § 2º - A incomunicabilidade do indiciado, no período inicial das investigações, será permitida pelo prazo improrrogável de, no máximo, cinco dias.

base, pois o pacto social passa pela caracterização de um Estado formado por esses direitos, não sendo possível permitir retrocesso.

O confronto da Lei de Segurança Nacional de 1.983 com a ordem constitucional democrática de 1.988 é patente, devendo-se reconhecer sua inconstitucionalidade por ser absolutamente incompatível com os princípios consagrados no art. 1º de nossa Constituição.

A Lei de Segurança Nacional, cuja constitucionalidade se contesta, legitima o regime ditatorial então vigente em 1.983, e confronta em todos seus termos, desde a Exposição de Motivos, a Ementa, as normas de Parte Geral, a descrição dos tipos penais e as disposições de cunho processual, com a ordem constitucional de 1.988, cujo princípio fundamental consiste em ser a República Federativa do Brasil um Estado de Direito Democrático.

O parecer aponta que, para além das legislações de Segurança Nacional, ocorreu um duro discurso de resistência democrática no Brasil nas décadas de 70 e 80, que combateu excessos e que criticou o processo legislativo, que culminou na publicação da Lei de Segurança Nacional de 1.983.

É possível, como fez Alexandre WUNDERLICH, “constatar que após as publicações dos textos que deram corpo ao *sistema legal* de Segurança Nacional, a Constituição Federal de 1988 produziu uma sensível ruptura na linha de continuidade deste tratamento normativo, quando especificou a Defesa do Estado de Direito e de suas Instituições Democráticas, o que gerou a autonomia e a independência dos órgãos constitucionalmente assegurados e produziu um giro, inclusive linguístico, na legislação, ao abandonar a expressão Segurança Nacional, tão usual na doutrina militar.”¹³⁶

Identificamos, também, a **paralisia** na produção legislativa após a publicação da Lei de Segurança Nacional de 1983, que não representou uma superação, mas uma

¹³⁶ *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, pp. 265-272.

frustrada tentativa de suplantação do Modelo Autoritário de Segurança Nacional. É visível o distanciamento entre a publicação da Lei de Segurança Nacional, a Constituição Federal e os processos legislativos recentes, sendo constatado o vácuo legal em relação à “Segurança Nacional” e à “Defesa do Estado de Direito”.

A questão se torna ainda mais evidente quando é constatada, também, a flagrante **omissão** no tratamento destes valores no último projeto de reforma legislativa do Código Penal (**Projeto de Lei n. 236**) e, mais recentemente, no cognominado Pacote Anticrime (**Lei n. 13.964/19**).

Destarte, em nosso juízo, desde a construção do Modelo Autoritário de Segurança Nacional até a adoção do Modelo de Proteção e Defesa do Estado de Direito e de suas Instituições Democráticas no Brasil, não houve o rompimento e a necessária superação de paradigma. As Instituições Democráticas estão legitimamente previstas na ordem constitucional e, garanti-las íntegras e em funcionamento, significa fazer operar o sistema em benefício da realização dos direitos de todos. A defesa destas Instituições Democráticas representa a própria salvaguarda da democracia e a forma de efetivação, por meio delas, dos direitos fundamentais, contribuindo para o afastamento de velhas e novas propostas autoritárias.

Por suposto, na linha das **inconstitucionalidades materiais**, diante do vácuo normativo e dos fracassos dos estudos legislativos infraconstitucionais pós-1988, basicamente destinados a conformar o quadro infraconstitucional ao constitucional, “poder-se-ia afirmar que os órgãos de soberania estão obrigados a legislar sobre esta matéria, mas, como não o têm feito, este vácuo legislativo ou silêncio ou omissão pode ser suscetível de integrar uma inconstitucionalidade material por omissão de um dever de legislar em matérias fundamentais à vida em comunidade.”¹³⁷

¹³⁷ É a posição do Professor Manuel Monteiro Guedes VALENTE, em prefácio de WUNDERLICH, Alexandre, *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, pp. 25-40.

Diante da atual situação, pelas exigências das condições políticas, sociais e culturais desta época, a resposta ao quesito – **tomando em consideração o modelo autoritário em que está inserida, diante da Constituição Federal de 1988, a atual Lei de Segurança Nacional é suscetível de inconstitucionalidade? –, deve ser positiva.**

As normas penais de defesa do Estado Democrático de Direito, como amplamente analisado no parecer, a exemplo do adotado em diversos países democráticos, devem vir a integrar título inserido no Código Penal, como consta de Projeto de Lei apresentado ao Congresso Nacional, elaborado por comissão coordenada pelo saudoso Min. Luiz Vicente CERNICCHIARO e composta, dentre outros, pelo Min. Luís Roberto BARROSO.

Realce-se, todavia, que na parte relativa à proteção da “segurança externa” não pode haver um vazio legislativo, pois nossa soberania deve ser tutelada, cabendo na declaração de inconstitucionalidade ressaltar a urgência de elaboração de nova lei de Defesa do Estado Democrático de Direito.

É o nosso parecer, salvo melhor opinião.



Miguel Reale Júnior

Professor Titular de Direito Penal na Universidade de São Paulo, Advogado.



Alexandre Wunderlich

Doutor em Direito, Professor de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Advogado.