

DIREITO PENAL DO INIMIGO NO HISTÓRICO DAS LEIS DE SEGURANÇA NACIONAL – APLICAÇÃO DA CRÍTICA DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

**CRIMINAL LAW OF THE ENEMY IN THE HISTORY OF BRAZILIAN NATIONAL SECURITY
LAWS - APPLICATION OF EUGENIO RAÚL ZAFFARONI'S CRITICISMS**

Artigo submetido em 23 de setembro de 2024

Artigo aprovado em 27 de setembro de 2024

Artigo publicado em 30 de setembro de 2024

Cognitio Juris

Volume 14 - Número 56 - Setembro de 2024

ISSN 2236-3009

.

Autor(es):

Lilian Assumpção Santos[1]

.

Sumário: 1. Introdução. 2. A teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs. 3. Crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni à admissão do inimigo no direito penal. 4. A ideologia da segurança nacional e o direito penal do inimigo – Histórico da Lei de Segurança Nacional no Brasil. 5. Advento da Constituição Federal de 1988 e a instrumentalização da Lei de Segurança Nacional nº 7.170/1983. 6. Os crimes contra o Estado Democrático de Direito. 7. Conclusão.

Resumo: Analisa-se a crítica do jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, lançada contra a teoria do Direito Penal do Inimigo – criação do jurista alemão Günther Jakobs –, com objetivo de aplicá-la na evolução histórica da Lei de Segurança Nacional brasileira, chegando aos atuais crimes contra o Estado Democrático de Direito, previstos no Código Penal por advento da Lei nº 14.197 de 1º de setembro de 2021. No desenvolvimento desse propósito, correlaciona-se a admissão do inimigo na redação das leis de segurança nacional, que vigoraram durante a história brasileira, com a respectiva realidade estatal da época, para concluir sobre as consequências da teoria alemã e sobre a importância da preservação das garantias inerentes a um modelo ideal de Estado de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo; Segurança Nacional; Estado Democrático de Direito; Jakobs; Zaffaroni.

Abstract: The objective of this article is to analyze the critique of the Argentine jurist Eugenio Raúl Zaffaroni to the theory of the Criminal Law of the Enemy – proposed by the German jurist Günther Jakobs – applying it to the historical evolution of the Brazilian National Security Law, including the recent crimes against the Democratic State of Law, foreseen in the Penal Code by enactment of Lei nº 14.197/2021. To achieve this purpose, the admission of the enemy in the drafting of national security laws, which were in force during Brazilian history, is correlated with the respective state reality of the time, to conclude on the consequences of the German theory and on the importance of preserving the ideal model of the rule of law.

Keywords: Criminal Law; Enemy; National Security; Democratic State of Law; Jakobs; Zaffaroni.

1. Introdução

Günther Jakobs, empregando muita franqueza, percebida por seu maior crítico Eugenio Raúl Zaffaroni, trouxe ao debate jurídico a figura secular do *inimigo*, sob a ótica do poder punitivo.

Ao propor admissão de tratamento punitivo diferente a alguns seres humanos, resguardando o direito penal cidadão a outros, o jurista alemão acabou por sucumbir a um fenômeno inato do autoritarismo que considera determinados grupos de indivíduos como *entes perigosos, daninhos* à sociedade e que legitima, por isso, sejam eles concebidos como *não-pessoas* pelo Poder Público, em nome da necessidade de contenção de sua periculosidade.

A procedência da crítica de Zaffaroni à proposta *jakobiana* de admitir o *inimigo* no interior do Estado de Direito é verificável na análise da *doutrina da segurança nacional* que marcou a história da América Latina.

A evolução legislativa da Lei de Segurança Nacional no Brasil revela a contradição existente entre o chamado direito penal do inimigo e o Estado constitucional de Direito. Revela, ademais, a consequência inevitável desse tipo de legislação que admite, declara e combate abertamente o *inimigo*: a aproximação ao estado absoluto, e, no último limite, o genocídio.

• **A teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs**

O conceito tradicional de *inimigo* é originariamente encontrado no direito romano. A *auctoritas* do Senado podia, excepcionalmente, declarar alguém como inimigo público, quando constataste ameaça à segurança da república. A função desse instituto, *hostis iudicatus*, era a subtração de direitos daquele contra quem era declarada inimidade, privando-o de sua condição de cidadão e assemelhando-o à condição de escravo.

Em situações excepcionais, em que um cidadão romano ameaçasse, através de conspiração ou de traição, a segurança da república, ele podia ser declarado pelo Senado *hostis*, inimigo público. O *hostis iudicatus* não era simplesmente assimilado a um inimigo estrangeiro, o *hostis alienígena*, porque este, entretanto, era sempre protegido pelo *ius gentium*; o *hostis iudicatus* era, antes, radicalmente privado de todo estatuto jurídico e podia, portanto, em qualquer momento, ser destituído da posse de seus bens e condenado à morte.^[2]

Carl Schmitt resgatou esse tradicional conceito do direito romano para sua teoria política do Estado absoluto, entendendo que contra o inimigo político, o *hostis*, é sempre contraposta uma possibilidade de guerra. Há, nesse sentido, uma negação total do seu *ser*, considerado como alheio à comunidade, em *situação de estrangeiro*, destituído de direitos. Isso, aliás, seria fundamental para a união do povo em favor do soberano, que é, na filosofia de Schmitt, quem decide sobre o estado de exceção[3].

O *hostis* continuou a existir, desde Roma, ao longo da história, fosse a legislação explícita quanto a sua declaração ou não. A doutrina jurídico-penal, por sua vez, raramente reconheceu a figura do inimigo abertamente[4], encobrendo o fenômeno com outras nomenclaturas e justificações. Nas palavras de Zaffaroni, a presença do *hostis* no direito penal é um resquício do pensamento pré-moderno “arrastado contraditoriamente pela modernidade”[5].

Günther Jakobs criou a expressão *direito penal do inimigo* (*feindstrafrecht*) em 1985 com o objetivo de contestar o endurecimento legislativo penal na Alemanha, ao verificar o distanciamento da lei em relação aos paradigmas do modelo liberal de inspiração iluminista.

A partir de 1999, no entanto, passou a defender a legitimidade dessa doutrina como tática para deter a sua própria expansão. Entendendo ser impossível uma sociedade livrar-se da figura do inimigo perante o poder punitivo, propôs refreá-la. Sustentou que deveria existir um espaço reservado no direito penal especificamente aos *inimigos* ou *indesejáveis*, circunscrito no Estado de Direito, o qual pudesse contê-los, mediante a flexibilização ou supressão de direitos e garantias penais e processuais.

Dessa forma, o *direito penal do inimigo* consiste no tratamento penal diferenciado conferido a determinados indivíduos, especialmente aos chamados *terroristas*, despersonalizados em razão de sua periculosidade. Seria, para Jakobs, tratamento legítimo, como estratégia para impedir o avanço de uma tendência *punitivista* que ameaçava todo o direito penal. Admitindo

um direito penal voltado aos inimigos, proteger-se-ia o direito penal comum, voltado aos cidadãos.

O *direito penal do cidadão* seria destinado a quem, “mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito”; enquanto o *do inimigo* seria destinado a “quem não oferece essa garantia”[6].

O conceito de inimigo seria aquele que ameaça o Estado por agir conforme uma total negação do pacto social:

O não-alinhado é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento (criminoso grave) ou em sua ocupação profissional (criminoso e grave) ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização (criminoso), vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o Direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta.[7]

Para o autor alemão, a função da pena é reafirmar a vigência da norma. Argumenta que “sem uma segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente suscetível de ser vivida”[8]. Desse modo, o direito penal do inimigo se encarregaria de realizar puro impedimento físico, enquanto o direito penal do cidadão continuaria a aplicar sanções conforme princípios e garantias penais e processuais, fazendo valer a função elegida à pena.

Em outras palavras, Jakobs entende que a função da pena seria de comunicar expectativas sociais e cumpri-las, concretizando a vigência da norma, enquanto a função das medidas de direito penal do inimigo seria de combater um risco e eliminar um perigo.

O jurista espanhol Miguel Polaino-Orts, defensor da normalidade e da necessidade do direito

penal do inimigo, entende, por outro lado, que “a função da medida ou da pena no direito penal do inimigo é substancial e estruturalmente idêntica à função da medida ou da pena no direito penal do cidadão”: a de estabilizar expectativas sociais e restabelecer a vigência da norma penal. Afirma ser o direito penal do inimigo, nos sistemas democráticos, “o último recurso de garantia do Estado de Direito”[9], pois teria a finalidade de proteger o cidadão e a prevalência da lei.

Ao pressupor que a vigência das normas requer o mínimo de segurança cognitiva e aplicabilidade, o professor de Sevilha entende que nas situações envolvendo sujeitos perigosos, que se opõem peremptoriamente ao Direito, a vigência da norma estaria impossibilitada *a priori*.

Os chamados *inimigos*, dessarte, afetariam a confiança dos cidadãos nas normas jurídicas, necessitando a reafirmação delas por meio de uma proteção legal com maior grau de *aseguramiento*, na medida do necessário. A aplicação dessas medidas contra inimigos comunicaria aos cidadãos, membros do grupo social, a reafirmação das expectativas sociais e comportamentais determinadas pelo Estado. Nesse sentido,

a diferença entre o inimigo e o cidadão é que ao primeiro se aplicam certas medidas coativas que restringem parte de seus direitos e que compensam seu *déficit* de cidadania, para tentar conseguir, mediante a coação, a segurança que deveria prestar de mão própria[10].

Para Jakobs, o inimigo é o indivíduo que não oferece garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa, pois seu estado de ausência de legalidade (*statu injusto*) lesiona, *per se*, os cidadãos e o ordenamento jurídico[11].

Essa teoria é ancorada em amplo suporte filosófico, ainda que se possa argumentar falacioso. Parte-se da premissa contratualista de Rousseau e Fichte para evocar a equivalência do delinquente como inimigo, como quem abandona o pacto social e perde direitos. Conclui-se, em Hobbes e Kant, pela manutenção da condição de cidadão aos

delinquentes comuns, ainda passíveis de serem considerados destinatários das expectativas normativas. Estes, ao contrário dos inimigos, não chegariam a negar o Direito e ameaçar o Estado.

Contudo, para a teoria de Jakobs, o *hostis* adquiriria rigorosa limitação conceitual. Embora se autorizasse tratamento de guerra contra ele, deveria se observar critério de *necessidade*. A contenção haveria de ocorrer na medida da neutralização de seu perigo, mantendo todos os demais direitos.

Assim, a técnica do chamado direito penal do inimigo é a ampliação do poder estatal por meio da edição de normas que extrapolam o âmbito do direito penal comum. Utilizam-se métodos como antecipação das barreiras de punição, penas altas e tipificação de crimes de perigo; sanção sobre fatos eventuais, presumidos e futuros; redução de direitos e garantias penais, processuais e penitenciárias.

Como se vê, Günther Jakobs foi responsável pela identificação e descrição do fenômeno do direito penal do inimigo, advertindo sobre a importância de adequado tratamento jurídico, a partir de sua inevitabilidade.

Após diagnosticar a existência do direito penal do inimigo nas democracias, sugeriu integrá-lo ao ordenamento jurídico, como forma de dominá-lo. A teoria visa a manter o direito penal do inimigo em âmbito legalmente delimitado, salvando o direito penal comum, do cidadão, bem como visa a restringir o caráter de *não pessoa* atribuído ao *hostis* conforme a *intensidade da despersonalização*[12].

Em suma, Jakobs propôs admitir o conceito de inimigo no direito penal dentro de um compartimento estanque perfeitamente delimitado, na estrita medida do necessário, para que não se estendesse e contaminasse todo o direito penal[13] e para resguardar o direito à segurança dos cidadãos[14].

• **Crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni à admissão do inimigo no direito penal**

Eugenio Raúl Zaffaroni entende que o uso do vocabulário por Jakobs foi seu maior acerto, pois escancarou o âmago de todo o penalismo – que discriminou indivíduos durante toda a história – ao expor com frontal sinceridade[15] o caráter de *não-pessoa* dado ao *inimigo*. Para o crítico, Jakobs não fez nada além de descrever uma realidade e assumir sua consequência. O direito penal do século XX baseou-se exatamente na concepção de que alguns seres humanos deviam ser eliminados ou segregados por serem *perigosos*.

Ao diagnosticar o problema, aceitando-o como realidade, propondo admiti-lo para contê-lo, pode-se entender que a teoria de Jakobs não passa de uma espécie de “resignada deserção em meio à disputa política mundial”[16].

Jakobs renova acertadamente a linguagem para descrever o fenômeno, mas na hora de propor sua tática de contenção parece deixar as coisas como estavam, pois pretende dar um espaço ao inimigo no direito do Estado de direito. Isso é o que quase todo o penalismo e boa parte da teoria política fizeram desde que a modernidade considerou – e continua considerando – compatível um incompreensível conceito não bélico de inimigo com o Estado constitucional de direito, sem se dar conta que esse pretense conceito, fora de uma hipótese de guerra real, corresponde ao Estado absoluto, que, por sua essência, não tolera limite nem parcialização de espécie alguma, ou seja, que inevitavelmente importa o abandono do princípio do Estado de direito.[17]

Admitir o conceito de inimigo no direito, que não seja estritamente de guerra, sempre foi o primeiro sintoma de destruição autoritária do Estado de Direito. É ingênuo sustentar que a admissão seria controlada conforme estrita necessidade, já que, na prática, o estado de exceção sempre invoca uma necessidade sem limites[18].

Os potenciais autocratas, que buscam legitimar a exceção, sempre invocarão uma emergência, pregando o medo para a sociedade, na criação do *inimigo público*, pautada em

preconceitos.

A propósito, Giorgio Agamben também suscitou que o critério da *necessidade* é intrínseco à justificação dos estados de exceção.

O ‘status necessitas’ apresenta-se, assim, tanto sob forma do estado de exceção quanto sob a forma da revolução, como uma zona ambígua e incerta onde procedimentos de fato, em si extra ou antijurídicos, transformam-se em direito e onde as normas jurídicas se indeterminam em mero fato; um limiar portanto, onde fato e direito parecem tornar-se indiscerníveis”[19].

É característica da exceção subverter a lei, abrindo uma *lacuna fictícia no ordenamento*, com motivação política, justificando-se pela salvaguarda da normalidade. A situação de necessidade não faz parte do Estado de Direito, mas está fora deste. Trata-se, enfim, de uma *zona de anomia*[20]. É esse “vazio jurídico”, criado por uma suposta *necessidade* e preenchido pelas decisões arbitrárias do soberano, que configura o estado de exceção.

A admissão do *hostis* no Estado de Direito levaria inevitavelmente a um tratamento repressivo contra todos os cidadãos, implicando na perda de liberdades individuais. Sendo impossível prever condutas futuras, essa incerteza do futuro mantém o *juízo de periculosidade* aberto. O grau de periculosidade do inimigo vai sempre depender do juízo subjetivo do individualizador[21]. E quando o inimigo não é visualmente identificável, por racismo por exemplo, o Estado precisa limitar garantias de todos os cidadãos para investigá-los amplamente, desrespeitando direito à intimidade, constrangendo-os, para então identificar os *inimigos* declarados. Isso porque o *inimigo* não é um combatente regular de guerra e, portanto, confunde-se com a população civil, podendo ser – e se destina a ser – qualquer oposição ao poder.

É incompatível com o Estado de Direito eleger inimigos para puni-los por presumida periculosidade, “porque o único critério objetivo para medir a *periculosidade* e o *dano* do

infrator só pode ser o da *periculosidade e do dano* (real e concreto) de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se o caso, condenado conforme o direito”[22]. Se se abandona esse critério objetivo e adota-se critério subjetivo e arbitrário, restará a vontade discricionária e emocional do *individualizador do inimigo*.

Como se vê, o problema tem natureza política. Por isso, a tática de contenção proposta por Jakobs não só é fadada ao fracasso, como significa aceitar o veneno que acabaria por matar o Estado de Direito. A admissão do conceito de *hostis* significa trazer ao Estado de Direito dinâmica de guerra.

A teoria de Jakobs é criticável pela introdução de elementos próprios do Estado absoluto no interior do Estado de Direito[23]. Para Zaffaroni, Jakobs partiu de uma perspectiva estática, de uma simples fotografia da situação. Entretanto, tudo flui no poder. Ao tentar restringir um espaço limitado e contido ao direito penal do inimigo, entregue ao Estado de polícia, Jakobs acredita que as pulsões desse modelo cessarão. Mas isso não acontece na realidade dinâmica do poder. Pelo contrário. Todo espaço que se concede ao Estado de polícia é usado por este para se estender até chegar ao Estado absoluto.

Nenhum Estado de Direito concreto é idêntico ao modelo normativo abstrato correspondente e, por isso, Jakobs propôs na prática o abandono do modelo ideal. Zaffaroni, por sua vez, entende mais adequada uma tática dinâmica, que considera o modelo ideal sempre fundamental. Este modelo deve operar constantemente para orientar toda ação jurídica para contenção do (incessante) avanço do Estado de polícia[24]. Renunciar o *dever-ser* da norma abstrata, o *modelo ideal*, significaria “deixar o poder jurídico de contenção sem seu principal elemento orientador e, portanto, desarmar o Estado de direito concreto e real, desbaratando todos os esforços jurídicos no sentido de sua sustentação e reforço”[25].

É inviável o Estado de Direito *concreto* de Jakobs, pois ele pressupõe que o soberano é quem deverá julgar a necessidade para declaração do inimigo, na esteira do que teorizou Schmitt.

O Estado de direito concreto invocado pelo professor de Bonn – isto é, o que fica consignado nos fatos entregues ao juízo sobre a necessidade que o soberano tenha e ao espaço de poder real de que ele disponha – anula o Estado de direito abstrato, ou seja, cancela o próprio princípio do Estado de direito, ficando o limite do poder em mãos de um soberano que individualiza inimigos por decisão política e contra quem não se pode oferecer resistência. A prevalência de uma pretensa razão instrumental – cuja base empírica, aliás, é falsa – leva à razão de Estado e à conseqüente negação do Estado de direito.[26]

Nesse sentido, o cerne do Estado de Direito seria a contenção do autoritarismo. O Estado de polícia que existe dentro do Estado de Direito nunca para de tentar romper as limitações impostas. Há uma *dialética contínua*, como diz Zaffaroni. Por isso, a função do direito penal seria a de reduzir e conter o poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis. O Estado de Direito seria, portanto, instrumento orientador do direito penal, pois não pode haver outro direito penal senão o de garantias.

Para Zaffaroni, o verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado de polícia, que, por sua essência, busca o absolutismo.

• A ideologia da segurança nacional e o direito penal do inimigo - Histórico da Lei de Segurança Nacional no Brasil

Zaffaroni dá enfoque importante para o movimento de endurecimento das legislações penais “sancionadas por causa ou a pretexto de situações de emergência”[27]. Como mencionado, os estados de exceção sempre invocam uma *necessidade* a justificar a subversão do Estado de Direito, condutora da declaração do inimigo público.

Nas ditaduras militares da América Latina, o inimigo era social e progressista. Nesses contextos, pela classificação de Zaffaroni, há um sistema penal paralelo para prisões e detenções administrativas, justificadas pelo estado de sítio, e um sistema penal subterrâneo, que realiza eliminação direta sem processo, como assassinatos, desaparecimentos forçados,

torturas.

Desde o século passado, leis penais *emergenciais* foram sendo sancionadas “tornando-se ordinárias e convertendo-se na exceção perpétua”[28]. Isso ocorreu com a legislação de segurança latino-americana. Foram legislações criadas pelas ditaduras da América Latina, instauradas sob influência dos Estados Unidos da América, a pretexto da Guerra Fria e da emergência do enfrentamento anticomunista. A *ideologia da segurança nacional*, positivada em leis e decretos, foi a doutrina que fundamentava e legitimava a perseguição política por parte desses regimes autoritários. Essas legislações permaneceram em vigor em alguns países mesmo após o fim dos períodos repressivos.

As leis de segurança latino-americanas configuravam, no final das contas, verdadeiro direito penal *de autor*, visto que mesmo quando não declaravam expressamente o inimigo, tipificavam condutas aptas a subsunção genérica e conforme a vontade do intérprete. Havia antecipação de barreiras de punição, até atos preparatórios, desproporção das consequências jurídicas e das medidas de contenção em relação a gravidade das condutas, tipos penais excessivamente abertos, com termos vagos, perda de conteúdo material do bem jurídico, inobservância de ritos procedimentais na aferição de materialidade e autoria, dentre outros exemplos de dissolução de princípios constitucionais penais consagrados e de *debilitamento do direito penal de garantias*[29]; tudo isso a possibilitar que qualquer opositor político pudesse incorrer em suas penas.

No Brasil, pode-se considerar que a origem das leis de segurança nacional remonta ao Decreto nº 4269/1921[30], sancionado pelo então Presidente da República Epitácio Pessoa, que regulava a “repressão ao anarquismo”, sob a égide da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

Posteriormente, sobreveio a Lei nº 38/1935, considerada por muitos a primeira lei de segurança nacional do país, que definiu os crimes contra a ordem política e social, editada

após a promulgação da Constituição de 1934, que inseriu a democracia social, tendo como paradigma a Constituição de Weimar, e que garantiu a eleição indireta de Getúlio Vargas à presidência.

O governo de Getúlio Vargas criou em 1934 o Tribunal de Segurança Nacional, por meio da Emenda nº 1/1935, que autorizava a decretação de estado de guerra, a suspender prerrogativas constitucionais. O TSN configurou-se como verdadeiro tribunal de exceção, com intuito de fechamento do regime. A competência era o julgamento de crimes contra a segurança externa, crimes com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais e crimes contra as instituições militares, conforme Lei nº 244/1936. Dos casos que mais expuseram a natureza de exceção do tribunal tem-se a condenação de Monteiro Lobato e a prisão de Graciliano Ramos, que sequer chegou a ser julgado formalmente, experiência que, aliás, rendeu sua obra Memórias do Cárcere.

Depois, seguindo tendência internacional, o Presidente Getúlio Vargas outorgou a Constituição de 1937, inspirada no modelo fascista, com forte traço autoritário[31]. Dispunha referida Carta Magna, dentre suas motivações, que se atendia “ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente”.

Podia-se argumentar, à época, que a luta anticomunista se pautava em estrita necessidade, justificada no contexto político da chamada Revolução de 1930, que destituiu o governo do Presidente Washington Luís e impediu a posse do presidente eleito Júlio Prestes, sob alegação de fraude eleitoral. Além disso, o movimento conhecido como Intentona Comunista, ocorrido em 1935, tornou-se subterfúgio de Vargas para o golpe de 1937 que instaurou o Estado Novo.

No entanto, essa pretensa necessidade de enfrentar os inimigos comunistas ensejou a suspensão de direitos de todo e qualquer opositor ao governo. Isso porque o poder punitivo é

força fundamental de verticalização do poder político. Dessa forma, uma vez identificado um contexto de crise ou emergência significativo – real ou fabricado – e declarado o conveniente inimigo, o poder punitivo servirá para calar a oposição com violência, prisões políticas e medidas de coerção e, a partir disso, instaurar um governo centralizado e autoritário, satisfazendo interesses espúrios de poucos.

Esse contexto demonstra como a admissão do *hostis* num Estado de Direito não encontra limites. O Estado Novo, apoiado pela população, constantemente exposta à propaganda anticomunista e nacionalista, foi um período ditatorial que durou de 1937 a 1945.

Pois bem. Referido diploma foi revogado pela edição da Lei nº 1802/1953, que passou a definir os crimes contra a ordem política e social, editada “sob os auspícios de um regime constitucional democrático”[32], pós Estado Novo. A Constituição regente já era a de 1946 que, após longo período de ditadura varguista, “repudiou o Estado Totalitário veiculado pela Constituição de 1937, trazendo um modelo equilibrado e conservador de Estado Democrático”, retomando as ideias de democracia social de 1934[33].

Todo esse histórico desagua no momento mais emblemático das leis de segurança nacional no Brasil, com o golpe de estado perpetrado pelas forças armadas em 1964, que instaurou a ditadura militar, a pretexto de emergência doméstica e internacional. Inicialmente, a nova ordem manteve a Constituição de 1946, realizando algumas alterações por meio da edição do Ato Institucional nº 1.

O novo regime demandava arcabouço legislativo que amparasse seu autoritarismo. Por conseguinte, outorgou-se a Constituição de 1967, que centralizou o poder e foi dominada pela *ideologia da segurança nacional*. As competências dos poderes republicanos foram diminuídas e o Poder Executivo legislava por decreto-lei. Os direitos individuais foram limitados, pela expressa possibilidade de suspensão de direitos políticos[34].

Concomitantemente, surgiu a primeira lei de segurança nacional da ditadura militar, por

meio do Decreto-lei nº 314/1967, condizente com o Ato Institucional nº 2 que agravava o regime. Dispunha expressamente o artigo 2º que a “segurança nacional é garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos”. O artigo 3º previa que a expressão compreendia “medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva”.

O inimigo estava declarado, além de todo o contexto, pelo uso do vocábulo *antagonismos* e pela equivalência da ameaça externa com a interna, sem nenhuma distinção, a ilustrar a natureza belicista dos conflitos domésticos. Referenciava-se, ainda, existir uma *guerra psicológica*, claramente associada à polarização política da época e à consequente identificação do *bem* e do *mal*, da *subversão* e do *patriotismo*, em lados opostos; claro maniqueísmo resultante da doutrina do inimigo. Isso tudo indica, como de fato se concretizou, que qualquer divergência política – “antagonismos”, no dizer da lei – seria alvo do regime, fato que, pela sua completa generalização, já faz cair por terra o critério da necessidade da delimitação rígida do conceito de inimigo, demonstrando a inaplicabilidade prática da ideia de Jakobs de preservar um direito penal aos cidadãos.

A Lei de Segurança Nacional de 1967 foi alterada diversas vezes, sobretudo pelo Decreto-lei nº 510/1969. Foi totalmente substituída pelo Decreto-lei nº 898/1969, editado pelos então Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar. Mencionado decreto era posterior ao Ato Institucional nº 5, editado em 1968, durante o governo do Presidente Costa e Silva. Foi o ato mais duro do regime, absolutamente autoritário, que autorizava o fechamento do Congresso Nacional, a suspensão de direitos políticos de qualquer cidadão e das garantias da magistratura, impedia o Poder Judiciário de apreciar atos com fundamento no documento, dentre diversas outras disposições draconianas.

Nesse contexto, a Lei de Segurança Nacional de 1969, acompanhando o recrudescimento do regime, tipificava condutas como “guerra psicológica adversa”, greve nos serviços públicos e

atividades essenciais, “propaganda subversiva”, com termos vagos e *enigmáticos* como “pressões antagônicas”, dentre outros[35]. A lei vigeu durante os *anos de chumbo*. Previa penas desproporcionais e cruéis, como pena de morte e de prisão perpétua a alguns delitos.

A essa altura, o poder punitivo já atuava principalmente aplicando medidas de contenção, que prescindiam de qualquer julgamento formal, mas como puro impedimento físico. Sabe-se só serem admissíveis as contenções diretas como coerção quando a agressão ou a conduta lesiva está em curso ou é iminente. Havendo coerção em situações diversas, sem motivo concreto, mas subjetivo, ocorre uma *administrativização* do direito penal e isso faz voltar-se à Inquisição[36], circunstância nociva a toda população civil.

Os últimos anos do regime militar implementaram a chamada *abertura lenta, gradual e segura*, processo político assim nomeado pelos próprios militares, liderados pelo Presidente Ernesto Geisel, que levaria à redemocratização do país. Em 1978, o AI-5 foi revogado. Seguiu-se dessa distensão, no mesmo ano, a nova Lei de Segurança Nacional, mediante edição da Lei nº 6.620/1978, que representou certo abrandamento do regime, ao retirar as previsões de penas de morte e perpétua. Essa nova lei passou a conceituar segurança nacional como “o estado de garantia proporcionado à Nação, para a consecução dos seus objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente”. Tais objetivos, embora listassem integridade territorial, paz social, regime representativo e democrático, entre outros, ainda eram definidos pelos militares.

Em seguida, sobreveio a última Lei de Segurança Nacional, Lei nº 7.170/1983, editada no governo do Presidente João Figueiredo, recentemente revogada. Naquele ano iniciava-se o movimento Diretas Já, que dominou as ruas e praças públicas de todo o país. A lei representou um passo importante para a transição democrática, sendo resultado de intensa campanha de partidos de oposição, mobilização popular e entidades[37]. Seu objeto era, conforme a ementa, os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social. Livrou-se de alguns conceitos como *guerras psicológicas, revolucionárias ou subversivas*,

diferenciando segurança nacional *externa* da ordem política e social *interna*[38].

Embora representasse reconhecível avanço, a LSN/83 foi pensada pelo regime militar e por isso continuava a expressar a tutela da *segurança nacional*, carregando-a ainda no nome. No contexto de abertura, o governo militar pretendeu instituir uma lei de caráter transitório, que protegesse seu regime, ideologia e membros de eventuais retaliações. A LSN/83 foi desenvolvida, portanto, para funcionar em um regime democrático, porém, também precisava servir a interesses do ainda vigente regime militar, de forma a preservar unidade de pensamento e reprimir antagonismos políticos. Exemplo disso são os artigos 16 e 17 que criminalizavam as tentativas de “mudança do regime vigente”, tratando-se, à época, do próprio (ilegítimo) governo militar. Por isso, afirma-se que a lei possuía vício repressor.

Alguns dispositivos da última LSN continham perigosa vagueza, a ameaçar exercício de liberdades individuais. Por exemplo, o artigo 22, I, tipificava conduta de “fazer, em público, propaganda de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social”; o artigo 23, I, criminalizava “incitar a subversão da ordem política ou social”; e o artigo 23, II, “caluniar ou difamar o Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados”. Eram dispositivos que poderiam ensejar perseguição de opositores políticos no exercício de seu direito à livre manifestação, por meras críticas ao governo.

Como se viu, a *doutrina da segurança nacional* era a ideologia predominante nas ditaduras da América Latina durante a Guerra Fria, que declarava o *comunismo* e a *subversão* como inimigos públicos, o que acabava por englobar, intencionalmente, toda e qualquer oposição política. Eram inimigos internos, evocando dinâmica de guerra civil.

A doutrina da segurança nacional, difundida no Brasil pela Escola Superior de Guerra – sob a decisiva influência das escolas militares norte-americanas –, aplicava internamente a lógica da guerra, elegendo inimigos e justificando sua repressão e perseguição, ora através dos recursos da “legalidade autoritária”, ora por meio de instrumentos ainda mais bárbaros,

como a tortura e a morte.[39]

Segundo Heleno Fragoso, o conceito de *segurança nacional* “constitui mero esquema conceitual sem conteúdo, pois se caracteriza pela imprecisão e absoluta indeterminação”. Com isso, argumenta, criou-se certa *mística* sobre o termo, como se representasse os interesses mais importantes do Estado, a justificar a elaboração de “aparato repressivo que se caracterizou pelo arbítrio e pela violência, com largo emprego de tortura”[40].

Nesse período, como demonstrado, a admissão do *hostis* no direito visou a institucionalizar o projeto de poder autoritário dos militares no Brasil e noutros países da América Latina, por intermédio da perseguição política de opositores, na ausência de estrita necessidade *real e concreta* que a justificasse. A partir disso, o tratamento penal diferenciado ao suposto *inimigo*, cada vez mais severo e amplo, implicou graves lesões a direitos humanos e desmantelou os limites do Estado em respeito às liberdades civis, pondo em risco toda a população. Verifica-se, pois, como a declaração do *hostis* no Estado de Direito é mecanismo para remetê-lo ao Estado absoluto.

- **Advento da Constituição Federal de 1988 e a instrumentalização da Lei de Segurança Nacional nº 7.170/1983**

A Constituição Federal de 1988 é base principiológica da República brasileira. O atual texto constitucional foi construído na perspectiva histórica de superação da ideologia da segurança nacional do regime ditatorial[41]. Prevê a inviolabilidade das liberdades individuais. O artigo 1º estabelece o Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Mesmo com o advento da Constituição de 1988, a Lei de Segurança Nacional de 1983 permaneceu em vigor até a edição da Lei nº 14.197/2021 que a revogou. A LSN configurou-se, durante essas mais de três décadas desde a constituinte, como um resquício da ditadura

militar no nosso ordenamento jurídico. Não obstante, já havia sido suscitada a temeridade dessa vigência, principalmente por juristas, que reivindicaram durante anos a sua revogação.

A LSN/83 apresentava inconstitucionalidade explícita de diversos artigos, tacitamente não recepcionados, como a competência da Justiça Militar (art. 30), a incomunicabilidade do preso (art. 33), dentre outros. Ademais, havia quem sustentasse, como o Ministro Luís Roberto Barroso, “uma incompatibilidade de sistema com a nova ordem constitucional”, pois afrontava o pluralismo político. Muitos entendiam que mesmo os dispositivos que tutelavam bens jurídicos defensáveis sofriam uma contaminação por integrar diploma que, “no seu conjunto, não fez validamente a travessia entre a ordem autoritária e a ordem democrática”[42]. Nesse sentido, pode-se argumentar que a LSN deveria ter seguido mesmo destino da antiga Lei de Imprensa, Lei nº 5.250/1967, retirada do ordenamento jurídico por decisão do STF no julgamento da ADPF 130-DF, que fundamentou não se mudar, “a golpes de interpretação, nem a inextricabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada”[43].

Entende-se, por outro lado, que a LSN podia, facilmente, ser submetida à correta leitura constitucional, conforme os valores democráticos, devidamente exceptuados dispositivos legais específicos de não recepção tácita. O argumento de que toda a LSN estaria contaminada pela lógica autoritária da doutrina da segurança nacional[44] não procede, pois o intérprete, após advento da nova ordem constitucional, é obrigado a sobrepor seus princípios e valores para compreender a finalidade das normas hierarquicamente inferiores, conforme hermenêutica sistemática. A última LSN, apesar de ainda ter traços autoritários, já havia se afastado da terminologia ditatorial suficientemente a ponto de possibilitar tal adaptação interpretativa.

Para o Desembargador Guilherme Nucci, a Lei de Segurança Nacional podia “ser adaptada aos preceitos constitucionais de 1988, tutelando o Estado Democrático de Direito, pois desvinculou-se dos vícios mais graves das anteriores, especialmente porque absteve-se de

definir *segurança nacional*”[45]. A locução apenas aparecia na epígrafe, ao lado de outros bens jurídicos que possuíam fundamento constitucional, dando cumprimento – embora defeituoso – ao mandado de criminalização do artigo 5º, inciso XLIV, da CF/88[46]. Aliás, muitos delitos, *mutatis mutandis*, estão tipificados na nova Lei nº 14.197/21.

Como já dito, a LSN possuía alguns termos genéricos e imprecisos e previa tipos penais que podiam ser utilizados tanto na defesa do Estado Democrático de Direito, conforme função constitucional, como para limitar, de forma arbitrária e desvirtuada, liberdades de meros adversários políticos, motivo pelo qual urgia fosse substituída por nova lei mais bem redigida.

Durante todos esses anos de cotidiano democrático pós constituinte, a incidência da LSN foi praticamente nenhuma. Todavia, a partir de 2018, durante o Governo Bolsonaro, verificou-se exatamente o receio que se prenunciava na academia a partir da redação desses crimes. Desde o início do mandato presidencial até pelo menos março de 2021 (data da pesquisa), a Polícia Federal havia aberto 77 inquéritos para apurar supostos crimes contra a segurança nacional[47]. Isso significou um aumento de 285% do uso da lei, comparado com as gestões anteriores de Michel Temer e Dilma Rousseff[48]. Diversos inquéritos foram instaurados para investigar cidadãos que manifestaram contrariedade ao então Presidente da República. Um exemplo rumoroso foi o caso do *youtuber* Felipe Neto, constrangido por uma intimação policial após chamar Bolsonaro de “genocida” em suas redes sociais, no contexto da pandemia do coronavírus.

Isto posto, como se viu nos noticiários, a LSN foi utilizada para fins de perseguição política a opositores, demonstrando que bastava a voz de um líder autoritário para que reverberassem as piores intenções na base das atividades policiais. Felizmente, a empreitada não prosperou, por entendimento do Ministério Público e do Poder Judiciário, com o arquivamento desses inquéritos ilegais, salvaguardando a sacra liberdade de expressão, na aplicação do direito penal de garantias.

Essa instrumentalização da ambígua Lei de Segurança Nacional partiu necessariamente de uma manipulação das funções do Estado de Direito, por desconsiderar completamente a leitura constitucional que deve sempre antever qualquer interpretação legal.

Esse contexto indica que sempre existirão pulsões autoritárias dentro do Estado de Direito, como lecionou Zaffaroni, que pregam a declaração de inimigos públicos e tentam criar falsas emergências. O juízo de periculosidade do inimigo “dependerá sempre, na medida em que o poder real o permitir, do juízo subjetivo do individualizador”[49], que é quem exerce o poder; e sua admissão importa uma limitação à liberdade cidadã. Essas forças precisam ser contidas pelo poder público. Em suma, a instrumentalização inconstitucional da LSN em plena democracia, para tentar intimidar a oposição política, revela como o Estado de polícia sempre continuará tentando ultrapassar os limites impostos pelo Estado de Direito, a revelar a importância, nesse sentido, do *modelo ideal* da Lei, que regula a dinâmica do mundo fenomênico e é fundamental para conter o avanço autoritário.

• **Os crimes contra o Estado Democrático de Direito**

Apesar de terem tramitado vários projetos legislativos no Congresso Nacional desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, como o PL 2.462 de 1991 de autoria do deputado Helio Bicudo e o PL 6.764 de 2002 do então Ministro da Justiça Miguel Reale Jr, somente com a aprofundada crise democrática da última década e com as reiteradas ameaças às instituições, o tema da segurança nacional ganhou a urgência que precisava para impulsionar de vez a edição de uma nova lei sobre a matéria.

Com 32 anos de atraso, finalmente, no dia 2 de setembro de 2021 foi publicada a Lei nº 14.197/21, que passou a definir os crimes contra o Estado Democrático de Direito, revogando a antiga Lei de Segurança Nacional. No ato sancionatório, o então Presidente Jair Bolsonaro vetou alguns artigos do projeto original. As novas disposições legais foram introduzidas no Código Penal, com acréscimo do Título XII, a facilitar sua interpretação concatenada e

consoante com todo o ordenamento jurídico.

Na tutela do Estado Democrático de Direito, as capitulações da nova lei indicam proteção de outros bens jurídicos como soberania nacional, instituições democráticas, processo eleitoral, serviços essenciais e cidadania.

A principal alteração foi a *abolitio criminis* de alguns tipos penais da LSN que possibilitavam perseguição política, como o artigo 20 que criminalizava “atos de terrorismo” ao lado de uma gama de condutas genéricas por “inconformismo político”. Também se extinguiu artigo 22 que criminalizava a “propaganda” de atos e ideias elencados nos incisos, como “de luta pela violência entre as classes sociais” (II), que à época da redação tinha por alvo pessoas de ideologia comunista, “de guerra” (III), que era muito impreciso; bem como o artigo 25, que criminalizava o funcionamento de partido político dissolvido, dentre outros dispositivos legais.

A história corrente da humanidade tem demonstrado que as rupturas e ruínas das democracias contemporâneas ocorrem não mais com golpes violentos, mas de forma insidiosa, dissimulada e gradual. Potenciais autocratas utilizam-se das próprias leis e do próprio processo eleitoral para corroer a firmeza das instituições e, com isso, enfim, subverter toda a lógica da estrutura democrática, centralizando o poder e reprimindo liberdades individuais.

Líderes autoritários, com discursos inflamados e demagogos, parcamente comprometidos com a verdade, são eleitos pelo voto popular. Uma vez na presidência, passam, aos poucos, a enfraquecer a confiança dos cidadãos nas instituições democráticas, a instrumentalizar normas para perseguir a oposição, a aparelhar as forças de comando e a deteriorar a autonomia e independência da tripartição dos poderes republicanos. Tudo isso prezando por dar aparência de legalidade às suas ações e omissões, o que dificulta a percepção e reação oportuna por parte das instituições democráticas. No pior dos cenários, essa homeopática

destruição do Estado leva à instalação de uma ditadura, com a censura, repressão e obscurantismo que lhes são características, como ocorreu no Peru com Alberto Fujimori, e também na Hungria, Filipinas, Turquia, Ucrânia, Venezuela, entre outros.

Em atenção a essas modernas formas de ataque à democracia, a Lei nº 14.197 de 2021, ao estabelecer os crimes contra o Estado Democrático de Direito, é perspicaz em prever tipos penais atualizados.

Modernizando a tutela penal, foram criados os crimes contra o funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral (capítulo III). Restaram criminalizadas as condutas de interrupção do processo eleitoral (art. 359-N) e de violência política (art. 359-P). No entanto, algumas contribuições foram vetadas pelo ex-presidente Jair Bolsonaro. Estava no projeto de lei a criminalização da comunicação enganosa em massa (art. 359-O), que visava a proteger a democracia da desinformação causada pela propagação das chamadas *fake news*, quando realizada com intenção de comprometer as eleições.

Outra mudança da lei foi a readequação do âmbito de incidência dos crimes contra as instituições democráticas (capítulo II). O tipo penal de abolição violenta do Estado Democrático de Direito (art. 359-L) criminaliza a restrição do exercício dos poderes constitucionais. Já o crime de golpe de Estado (art. 359-M) contempla a tentativa de deposição de governo “legitimamente constituído”, resguardando o direito à resistência a eventual poder ilegítimo.

Os crimes contra a cidadania (capítulo V) também foram vetados por Bolsonaro. O projeto objetivava criminalizar o atentado a direito de manifestação (art. 359-S), para tutelar o livre e pacífico exercício de reivindicação de partidos políticos, movimentos sociais, sindicatos, órgãos de classe ou demais grupos políticos e culturais.

Apesar disso, uma previsão importante da nova lei é a expressa disposição de que não constituem crimes contra o Estado Democrático de Direito qualquer forma de manifestação

política com propósitos sociais (art. 359-T). O entendimento trata, na verdade, de óbvia decorrência da Constituição Federal, podendo-se argumentar ter sido desnecessária sua positivação. Porém, louva-se, neste ponto, a cautela do legislador. Reiterou-se o norte constitucional fundamental à interpretação correta da lei, priorizando a tutela penal de condutas efetivamente lesivas ao Estado e resguardando liberdades individuais.

Outrossim, a lei vigente manteve o capítulo destinado aos crimes contra a soberania nacional (capítulo I) tipificando as seguintes condutas criminosas: atentado à soberania (art. 359-I), referente a negociação com governo ou grupo estrangeiro para provocar atos típicos de guerra; atentado à integridade nacional (art. 359-J), que é a tentativa de desmembrar parte do território nacional para constituir país independente; espionagem (art. 359-K), consistente na entrega a governo estrangeiro ou organização criminosa estrangeira de informações secretas. Nesta última, exclui-se a hipótese de a conduta ser realizada para expor prática de crime ou violação de direitos humanos. Também foi mantida tipificação dos crimes contra o funcionamento dos serviços essenciais (capítulo IV), como a conduta de sabotagem (art. 359-R), quanto à destruição ou inutilização de meios de comunicação e estabelecimentos destinados à defesa nacional, com finalidade de abolir o Estado Democrático de Direito.

Como se vê, foram mantidas diversas condutas que já eram previstas na LSN/83, com alterações nas redações, a torná-las mais precisas, mas que se configuram hipóteses abarcadas por continuidade normativo-típica.

Pode-se argumentar ainda conterem esses crimes alguns conceitos indeterminados que, circunstancialmente, podem acabar sendo atrelados à doutrina do inimigo. Certamente será sempre indispensável que a aplicação da lei em cada caso concreto seja realizada à luz da Constituição Federal, para evitar que lhe atribuam errônea interpretação, para fins de perseguição política, como ocorreu com a LSN. Sobre manipulações e ataques antidemocráticos, não basta a lei escrita. A sociedade e o poder público precisam conhecer a importância dos valores constitucionais e saber defendê-los.

A natureza desses delitos implica a utilização de termos como *Estado Democrático de Direito*, *soberania*, por exemplo, que muito comumente são objetos de ressignificações denotativas em discursos de potenciais autocratas, que tentam falsear seu verdadeiro sentido. A carga de subjetividade e certa abstração inerente a esses vocábulos faz com que seja sempre possibilitada a sua má interpretação. Ademais, por se relacionarem diretamente com o campo político e ideológico e com a ordem social, esses delitos podem a todo momento ser objeto do *direito penal do inimigo*. Nesse sentido, é importante que a legislação de tutela penal do Estado Democrático de Direito seja a mais taxativa, objetiva, clara e precisa possível, no melhor cumprimento ao princípio da legalidade penal. A lei vigente se aproximou dessa ambição.

Isto posto, como se viu, a promulgação da Lei nº 14.197 de 2021, descontadas eventuais e pontuais críticas, significou um inegável avanço, de merecida celebração, pela atualização teleológica e supressão de dispositivos que amparavam a ideologia da segurança nacional, fundamento do golpe militar de 1964.

A lei vem servindo ao seu propósito, na defesa da democracia. Dá mostra disso, inclusive, quando enseja o processamento dos envolvidos no atentado do dia 8 de janeiro de 2023, ocorrido em Brasília, deplorável evento da nossa história recente, em que multidão invadiu e depredou os prédios do Palácio do Planalto, do Congresso Nacional e o do Supremo Tribunal Federal, em suposta tentativa de depor o governo então recém-eleito de Luiz Inácio Lula da Silva.

• Conclusão

A proposta de Jakobs de legitimar o direito penal do inimigo, na intenção de conter seu avanço, para resguardar o direito penal do cidadão, revela-se equivocada. A análise da evolução histórica da Lei de Segurança Nacional no Brasil demonstra a correção da crítica realizada por Zaffaroni. A admissão do *hostis* no Estado de Direito propicia, inevitavelmente,

a expansão do Estado de polícia, em direção ao fechamento do regime democrático e a atropelos das liberdades civis. Essa admissão, aliás, serve justamente para isso: chegar-se à autocracia.

Durante os períodos repressivos no Brasil do Estado Novo e da ditadura militar, verificou-se como a declaração do inimigo público é passo inicial para concretizar projetos de poder autoritários. Isso porque “o inimigo é condição à existência dos estados de exceção”^[50].

A velha doutrina da *segurança nacional* acompanhou e foi fundamento desses momentos históricos de ruptura, em que a legislação concernente à matéria assumia características de direito penal do inimigo, na formulação de Jakobs. Não obstante pretensão propósito emergencial, na realidade, a ideologia servia para confundir a livre manifestação política – criminalizada – e a criminalidade comum, no desígnio de perseguir e reprimir qualquer forma de antagonismo, legitimando supressão de direitos fundamentais e debilitando inteiramente o direito penal de garantias.

O histórico das leis de segurança nacional demonstrou, principalmente durante a ditadura militar, a crescente severidade do regime, na medida em que a admissão do *hostis* no direito alcançava maior legitimidade e espaço no exercício do poder punitivo.

A *estrita necessidade*, argumentada pela teoria *jakobiana*, que limitaria a identificação e a conseqüente despersonalização do *hostis* é, na prática, uma ingênua ilusão, pois a dinâmica do poder é fluida e sempre haverá pulsões autoritárias, cuja natureza é a gradual expansão até chegar ao Estado absoluto, que precisam ser contidas constantemente pelo direcionamento do modelo ideal do Estado constitucional de Direito.

Com a redemocratização e advento da Constituição Federal de 1988, que instruiu a interpretação democrática de todas as normas infraconstitucionais, a última Lei de Segurança Nacional, editada em 1983, tornou-se praticamente inaplicada. Todavia, ainda trazia intrínseca em sua redação – de preocupante vagueza – a antiga *ideologia da segurança*

nacional. Durante o governo Bolsonaro, a LSN foi brevemente instrumentalizada para fins de perseguição política, em confronto à leitura constitucional que deveria antevê-la, sendo esse movimento corretamente impedido por atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário. Demonstrou-se, nesse passo, novamente, como o Estado de polícia sempre será condicionado à sua expansão, motivo pelo qual os limites impostos pelo Estado de Direito são vitais para sua contenção.

Por fim, a nova Lei nº 14.197/2021, que criou os crimes contra o estado democrático de direito, representou importante progresso. Entretanto, ainda que tenha melhorado a redação dos tipos penais e atualizado a tutela dos bens jurídicos, é certo que esse tipo de legislação, pela própria natureza, que se relaciona diretamente com direitos civis e políticos, nunca deixará de ser passível de manipulação interpretativa, abusos e perseguições. É fundamental que a Constituição Federal seja a luz a indicar o caminho da defesa da democracia e que a partir dela a lei seja efetivamente aplicada para punir quem incorra nos graves tipos penais que tutelam o Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARROS, Marco Antonio. *A lei de segurança nacional e a legislação penal militar*. *Justitia*, n. 193, vol. 63, 2001.

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*, n. 9, vol. 2, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches; SILVARES, Ricardo. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. 2ª ed. São Paulo: JusPodivim, 2022.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *A nova lei de segurança nacional*. Revista de direito penal, n. 35, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRAGOSO, Heleno. *Lei de Segurança Nacional*. Revista de Informação Legislativa, n. 59. Rio de Janeiro: 1978.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 1. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUNES JR, Vidal Serrano; ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Estados de Exceção - A usurpação da soberania popular*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia Militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

SARMENTO, Daniel. *Crise Democrática e a Luta pela Constituição*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2020.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina*. São Paulo: Alameda, 2009. ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

[1] Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal e graduada em Direito pela mesma instituição. Advogada.

[2] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004. Página 122.

[3] SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Página 13.

[4] ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Página 22.

[5] ZAFFARONI, página 155.

[6] GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

[7] JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, 2003. Página 57.

[8] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Mereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Páginas 33-34.

[9] POLAINO-ORTS, Miguel. *El derecho penal del enemigo: Posibilidades y limites, entrevista*

por Nicolás Bellido Clavijo. Revista Ius nº 36. Página 470.

[10] POLAINO-ORTS, página 479.

[11] JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo – Noções e críticas*. Organizado e traduzido por CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Página 25.

[12] ZAFFARONI, página 161.

[13] ZAFFARONI, página 165.

[14] JAKOBS; MELIÁ, página 29.

[15] ZAFFARONI, página 158.

[16] ZAFFARONI, página 159.

[17] ZAFFARONI, página 159.

[18] ZAFFARONI, página 161.

[19] AGAMBEN, páginas 38-39.

[20] AGAMBEN, página 79.

[21] ZAFFARONI, página 144.

[22] ZAFFARONI, página 25.

[23] ZAFFARONI, página 160.

[24] ZAFFARONI, página 167.

[25] ZAFFARONI, página 167.

[26] ZAFFARONI, página 164.

[27] ZAFFARONI, página 18.

[28] ZAFFARONI, página 14.

[29] ZAFFARONI, página 18.

[30] CUNHA, Rogério Sanches; SILVARES, Ricardo. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. 2ª ed. São Paulo: JusPodivim, 2022. Página 12.

[31] NUNES JR, Vidal Serrano; ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013. Página 134.

[32] 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, n. 9, vol. 2, 2003. Página 72.

[33] NUNES JR, página 135.

[34] NUNES JR, página 136.

[35] BARROSO, página 72.

[36] ZAFFARONI, página 163.

[37] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *A nova lei de segurança nacional*. Revista de direito penal, n. 35, Rio de Janeiro: Forense, 1983. Página 61.

[38] PONTES, Joao Gabriel Madeira. *Democracia Militante em tempos de crise*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020. Página 282.

[39] SARMENTO, Daniel. *Crise Democrática e a Luta pela Constituição*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2020. Páginas 62-63.

[40] FRAGOSO, Heleno. *Lei de Segurança Nacional*. Revista de Informação Legislativa, n. 59. Rio de Janeiro: 1978. Página 73.

[41] BARROSO, página 73.

[42] BARROSO, páginas 73-74.

[43] ADPF 130-DF, Relator Min. Carlos Britto, julgada em 30.04.2009.

[44] BARROS, Marco Antonio. *A lei de segurança nacional e a legislação penal militar*. Justitia, n. 193, vol. 63, 2001. Páginas 13-37

[45] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 1. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Página 814-815.

[46] Nesse sentido, CUNHA, Página 27.

[47] Convém lembrar, a propósito, outras iniciativas cesaristas, como o dossiê do Ministério da Justiça que monitorou 579 opositores do governo, identificados como antifascistas, dentre os quais estavam listados servidores públicos da área de segurança. O governo Bolsonaro também criou relatórios sobre jornalistas e influenciadores, separados entre “detratores”, “neutros” e “favoráveis”. O levantamento teria sido feito com dinheiro público por uma empresa contratada pelo Palácio do Planalto, conforme apontam as investigações jornalísticas.

<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/30/ministerio-da-justica-monitorou-579-opositor-es-de-bolsonaro-diz-site.ghtml> acesso em 29.11.2022.

[48]

<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,inqueritos-da-pf-com-base-na-lei-de-seguranca-nacional-crescem-285-no-governo-bolsonaro,70003652910> acesso em 29.11.2022.

[49] ZAFFARONI, página 162.

[50] PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Estados de Exceção – A usurpação da soberania popular*. São Paulo: Contracorrente, 2021. Página 115. Página 128.