

# Lei de segurança nacional

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

Fiel a seu dever de defender a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnar pela boa aplicação das leis e pela rápida administração da justiça e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas, a Ordem dos Advogados do Brasil, no momento em que se anuncia a esperada reforma da lei de segurança nacional, apresenta sobre a matéria as observações que se seguem. Elas são formuladas após amplo estudo empreendido por ocasião da VII Conferência Nacional dos Advogados, realizada recentemente em Curitiba, e pretendem constituir contribuição honesta, sincera e leal, por parte daqueles que, como órgãos da administração da justiça, conhecem bem os efeitos dessa lamentável experiência legislativa.

— I —

1. A vigente lei de segurança nacional (Decreto-Lei nº 898, de 21-9-69) constitui um dos mais típicos exemplos da chamada “legislação revolucionária”, instituída pelo regime militar que se instalou desde 1964. Trata-se de um decreto da Junta Militar que então governava o País, sem Congresso, com base nos Atos Institucionais n.ºs 5 e 12. Este último, baixado no dia 31 de agosto de 1969, quando se declarou o impedimento do Presidente da República, por motivo de saúde, representou autêntico golpe de Estado, através do qual se afastou o Vice-Presidente civil, que deveria assumir o poder.

O Decreto-Lei nº 898 sucedeu ao Decreto-Lei nº 314, de 13-3-67, primeira lei de segurança nacional do novo regime, editada com base no Ato Institucional

---

2ª Comissão — Lei de segurança nacional

Presidente — Prof. Alcides Munhoz Neto

Relator — Prof. Heleno Cláudio Fragoso

Secretário — Luiz Chemin Guimarães

nº 2, que veio revogar a antiga Lei nº 1.802, de 1953, que definia os crimes contra a ordem política e social. O Decreto-Lei nº 314, por seu turno, foi modificado pelo Decreto-Lei nº 510, de 20-3-69, que pretendeu suprir omissões ou lacunas do texto anterior, tornando puníveis inclusive os atos preparatórios (art. 42), tendo sido editado com base no Ato Institucional nº 5.

2. Trata-se de leis surgidas num período particularmente conturbado da vida nacional, com as quais se procurou reprimir e prevenir a subversão, representada pelo perigo comunista, um dos objetivos declarados do regime. Tanto o decreto-lei vigente como os anteriores foram editados pelo poder discriminatório do Presidente da República, ou da Junta Militar que exercia as suas funções, sem aprovação do Congresso, e, pois, sem qualquer legitimidade democrática, mesmo a puramente formal, que existe num Congresso inteiramente dominado e limitado pelo Executivo. O Ato Institucional nº 12, com o qual os ministros militares se instalaram no poder, constituiu claramente fato punível em face da lei de segurança em vigor.

- II -

3. O Decreto-Lei nº 898, como os que o antecederam, caracteriza-se pelo extremo rigor, revelando infundada confiança no efeito preventivo da ameaça penal. A lei, em seu conjunto, adotou política intimidativa e feroz, reintroduzindo a pena de morte (cominada, por vezes, isoladamente ou, de forma alternativa, com pena de prisão perpétua, inclusive para resultados preterintencionais), sendo pródiga na previsão de penas mínimas inteiramente desproporcionadas com a gravidade do malefício. Há crimes de manifestação do pensamento punidos com a pena mínima de 10 anos (art. 39).

Não está demonstrado o efeito preventivo da ameaça penal. A eficiência da repressão não depende da gravidade das penas, mas, sim, da certeza da punição. As penas desproporcionadas e injustas, que ferem a consciência do julgador, não são aplicadas. A Justiça Militar jamais aplicou o art. 39 e nunca impôs a pena de morte.

Esta última é incompatível com a índole de nosso povo e jamais será aplicada legalmente no Brasil.

Como ainda há pouco se declarou na Conferência Internacional sobre a abolição da pena de morte, celebrada em Estocolmo, em 11 de dezembro de 1977, a execução da pena capital é um ato de violência, que gera mais violência, revelando um índice de brutalidade que alcança todos os que estiveram envolvidos no processo. Nessa mesma conferência se insiste em reafirmar que a pena de morte jamais revelou ter efeito dissuasivo.

4. Caracteriza-se, por outro lado, o Decreto-Lei nº 893, pela fiel incorporação da doutrina da segurança nacional, elaborada pela Escola Superior de Guerra. Isso transparece, com extrema nitidez, nas definições inúteis e vazias contidas nos artigos 2º e 3º e seus parágrafos. Segundo tal doutrina, entende-se por segurança nacional o grau relativo de garantia que, através

da ação política, econômica, psicossocial e militar, o Estado proporciona à nação, para a consecução ou manutenção dos objetivos nacionais, a despeito dos antagonismos ou pressões, existentes ou potenciais. A garantia a que se refere o texto é proporcionada pelo poder nacional que se define como “expressão integrada dos meios de toda ordem de que efetivamente dispõe a nação numa determinada época”, exercendo-se através de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares, para assegurar a consecução dos *objetivos nacionais*. A segurança nacional compreende a *segurança interna*, que “diz respeito aos antagonismos ou pressões, de qualquer origem, forma ou natureza que se manifestem ou possam manifestar-se no âmbito interno do País”, e a *segurança externa*, que diz respeito aos antagonismos ou pressões de origem externa, surgidas no domínio das relações internacionais.

O conceito de segurança nacional tem por fulcro, como se percebe, a consecução dos objetivos nacionais, que compete ao Conselho de Segurança Nacional estabelecer (art. 89, I, da Constituição Federal). Os objetivos nacionais são vagamente definidos como “cristalização dos interesses e aspirações nacionais em determinado estágio da evolução da comunidade, cuja conquista e preservação toda a nação procura realizar através dos meios de toda ordem a seu alcance”.

O conceito elaborado constitui mero esquema conceitual sem conteúdo, pois se caracteriza pela imprecisão e absoluta indeterminação. Permitiu, no entanto, que se criasse uma certa mística da segurança nacional, como algo relativo aos mais graves e transcendentais interesses do Estado, com a montagem de um aparato repressivo que se caracterizou pelo arbítrio e pela violência, com largo emprego da tortura. A suspensão do *habeas corpus* constitui o mais importante fator da violência transformada em rotina da investigação policial nessa matéria, pois torna impossível o contraste judicial da legalidade da prisão.

As prisões passaram a ser feitas sob forma de seqüestro e os presos, encaпуçados, conduzidos a locais ignorados. Os advogados criminais cansaram-se de ouvir as mais horripilantes narrações de violências e constrangimentos pessoais que, por vezes, conduziram à morte e ao desaparecimento.

5. Embora a criminalidade política seja hoje extremamente reduzida, o esquema de violência contra presos políticos continua montado, como revelaram casos recentes. Lamentavelmente, continuam em ação órgãos militares que efetuam as prisões e promovem a inquirição dos presos no período da incomunicabilidade. Esses órgãos não aparecem no inquérito (que formalmente é feito pela polícia política civil), funcionando como *braço oculto* do sistema.

### - III -

6. A formulação de uma lei para definir e punir os crimes contra a segurança do Estado tem de partir de idéias claras quanto ao objeto da tutela jurídica. Delimita-se, assim, com nitidez, a *matéria da proibição* e se esclarecem os princípios que devem reger a aplicação da lei.

7. Parece, no entanto, importante, ter presente autêntica questão preliminar. Através de uma lei penal dessa espécie o Estado se defende contra inimigos internos e externos. Para que essa defesa tenha legitimidade, particularmente no plano interno, é indispensável que o governo seja democrático e que a lei seja feita pelos representantes do povo. Só os regimes democráticos têm verdadeiramente autoridade para reprimir e punir os seus inimigos. Como dizia, com exatidão, FLORIAN (*Delitti contro la sicurezza dello stato*, Milão, Vallardi, 1915, 82): "un concetto rationale del delitto politico solo possibile la dove il regime politico riposi sopra il consenso della maggioranza, abbia, cioè, per base, i sacri principi della libertà". As tiranias dificilmente podem ter inimigos ilegítimos.

8. O Decreto-Lei nº 898 define o que se deve entender por segurança nacional. Começa por dizer, no art. 2º, que a "segurança nacional é a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos". Como não se define o que sejam *objetivos nacionais* nem o que sejam *antagonismos*, realmente nada se esclarece.

O bem jurídico tutelado não pode consistir em *garantia*. *Segurança* não pode ser definida como garantia de alguma coisa. *Segurança* é um *estado*; não pode ser garantia para alguma coisa. *Segurança* contrapõe-se a perigo e a risco, ou seja, a insegurança. *Segurança* é o estado seguro de riscos e perigos; de incerteza e de acontecimentos prejudiciais.

Os *antagonismos* de que a lei fala tão impropriamente, inclusive pela nebulosidade e indeterminação, não poderiam configurar-se jamais através de qualquer manifestação contrária ao que se afirma serem objetivos nacionais. Os antagonismos são típicos dos regimes democráticos. Só as ditaduras não os toleram.

Após ter, no art. 2º, supostamente, estabelecido o conceito de segurança nacional, a lei estabelece, no art. 3º:

"A segurança nacional compreende, 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."

A impropriedade salta aos olhos. O enunciado corresponde a dizer que a segurança nacional compreende medidas destinadas à preservação da segurança nacional.

A segurança nacional é um estado e não pode *compreender medidas*. A defesa ou a preservação da segurança nacional é que pode compreender medidas.

O § 1º do art. 3º, supondo que define o que seja *segurança interna*, não é menos infeliz:

"A segurança interna, integrada na segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no País."

Deve entender-se: ameaças ou pressões antagônicas *aos objetivos nacionais*. Ora, pois. A segurança interna não diz respeito. A segurança interna é alguma coisa e não diz respeito a qualquer "ameaça" ou "pressão". Que são "ameaças ou pressões antagônicas de qualquer origem, forma ou natureza?"

O § 2º do art. 3º, por seu turno, traz definição complicada de guerra psicológica adversa, elevando a tal categoria, ou seja, à categoria de *guerra*, qualquer manifestação do pensamento nos campos político, econômico, *psicosocial* ou militar, contrária à consecução dos objetivos nacionais. O exagero é evidente.

Finalmente, no § 3º do art. 3º vem definida a *guerra revolucionária*, como "conflito interno", "que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da nação".

Não se procurou definir o que seja *segurança externa*.

Quanto à forma, a *conceituação legal* é inaplicável e perigosa, por ser tautológica e sem conteúdo. Por outro lado, é imprópria e perigosa, em se tratando de lei penal. É fórmula totalitária e abrangente de elementos que nada têm a ver com os crimes políticos, únicos que devem figurar numa lei dessa natureza.

9. Objeto da tutela jurídica nos crimes contra a segurança do Estado não podem ser vagos antagonismos aos objetivos nacionais. Como dizia o saudoso Ministro RIBEIRO DA COSTA, da Presidência de nosso Supremo Tribunal Federal, pelo menos nesta perspectiva, não pode haver dúvida de que "o que diz respeito à segurança nacional é aquilo que diz respeito ao interesse político da Nação".

Desde que se iniciou, em pleno século das luzes, a reação liberal ao amplo e odioso conceito do crime de lesa-majestade, os crimes contra a segurança do Estado foram classificados em dois grandes grupos de fatos puníveis. O primeiro se refere aos crimes de *traição* ou contra a segurança externa, que se dirigem contra a existência, a integridade, a unidade e a independência do Estado, compreendendo a defesa contra a agressão exterior e a regularidade das relações internacionais. O segundo é constituído basicamente pela *sedição* e se refere aos delitos contra a segurança *interna*, que atingem, em termos de dano ou de perigo, a existência e a incolumidade dos órgãos supremos do Estado e a inviolabilidade do regime político vigente.

Essa distinção clássica tem sido criticada por autores antigos e modernos, que assinalam não ser possível destacar a segurança interna da segurança externa. O que afeta uma, atinge necessariamente a outra. Isso será tanto mais evidente na criminalidade política de nosso tempo. A distinção conceitual, no entanto, permanece válida, na medida em que proporciona idéia clara que circunscreve e delimita com nitidez o bem-interesse que se visa tutelar com a incriminação de fatos contra a segurança nacional.

10. A fórmula complicada da lei vigente não teve ressonância na jurisprudência dos tribunais que, fiéis à inspiração democrática, própria de nossa magistratura, sempre ligaram os crimes contra a segurança nacional aos atentados aos interesses *políticos* do Estado. Isso se observa, com extrema nitidez, na exigência do propósito subversivo como elemento aos crimes contra a segurança nacional, contrariando o que parece ser clara intenção do legislador, que pretendeu se contentar na grande maioria das figuras de delito, com um dolo genérico, movendo-se no esquema conceitual dos antagonismos aos objetivos nacionais. A lei de segurança nacional, se fosse aplicada dessa forma, seria um texto infame, de extrema e insuportável dureza. Numa única passagem, a do art. 27 (que pune o assalto, o roubo e a depredação de estabelecimento de crédito ou financiamento, "qualquer que seja a motivação"), os tribunais dispensam o propósito subversivo, porque aqui a clareza do texto exigiria uma declaração de inconstitucionalidade.

— IV —

11. O exame do Decreto-Lei nº 898 revela, com facilidade, os seus graves defeitos. Vamos aludir, a seguir, apenas aos aspectos mais salientes, para destacar os pontos mais carentes de revisão.

12. O enunciado com que se inicia o texto, segundo o qual "toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei", reproduzindo o que se contém na Constituição Federal, não tem significação técnica, e deve ser eliminado. Esta lei não define nem limita a responsabilidade de todos os cidadãos e pessoas jurídicas em face da segurança nacional: ela apenas prevê crimes e sanções e a forma especial do processo de fatos que a ofendem.

A disposição constitucional (art. 86) tem nítido sabor totalitário, elevando a segurança nacional à categoria de valor supremo do Estado. O cidadão não é mais responsável pela segurança nacional do que por outros valores da vida social e da estrutura política do Estado, e, se nesse último aspecto, alguma particular responsabilidade merecesse destaque, teria de ser a que se relaciona com a forma democrática do governo e o dever de resistência à tirania e à usurpação de poder dos governantes, como constava dos velhos textos oriundos da revolução francesa.

Seguindo o mal exemplo da lei de segurança nacional, a lei sobre drogas (Lei nº 6.368, de 21-10-76), em seu art. 1º, também dispõe que "é dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica". Uma disposição como essa poderia se referir a todas as infrações penais.

13. O conceito de segurança nacional deve ser eliminado da lei, por inútil e defeituoso. Nenhuma lei penal define o objeto da tutela jurídica, tarefa que compete à doutrina. A definição legal, como já assinalamos, poderia ter tido

efeitos lamentáveis, se a lei tivesse sido aplicada com o rigor que inspirou a sua feitura. Felizmente, este não foi o caso. Os tribunais nunca perderam tempo em fixar o sentido e o valor exegético da fórmula legal que, como já vimos, não é de inspiração democrática e não permite, por sua ausência de conteúdo, transformá-la num princípio jurídico operacionalmente válido.

14. O art. 4º da lei reproduz a regra geral, relativa à aplicação da lei penal no espaço (art. 4º-CP), sendo inteiramente desnecessário, face ao princípio da subsidiariedade do direito penal fundamental (art. 10-CP).

O art. 5º incorpora disposição que já se contém no art. 4º, servindo apenas para demonstrar o despreparo cruel do legislador. Aos crimes cometidos no estrangeiro que produziram ou deviam produzir resultado no território nacional aplica-se a lei penal brasileira. Essa regra está no Código Penal (art. 4º) e também no art. 4º do próprio decreto-lei.

O art. 6º do decreto-lei introduz em nossa legislação nova hipótese de extraterritorialidade incondicionada, de conveniência mais que duvidosa. Pune-se o crime cometido por estrangeiro contra brasileiro, fora do Brasil, independentemente das condições previstas no art. 5º, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Todavia, a disposição inexplicavelmente limita a extraterritorialidade aos crimes praticados por estrangeiro *contra brasileiro*, ou seja, aos crimes cometidos contra bens jurídicos *individuais*. Na lei de segurança nacional, o objeto primário da tutela jurídica é um bem-interesse não do indivíduo, mas do Estado, que é o sujeito passivo do crime.

Adotando sem restrições a regra da extraterritorialidade nos casos de crime contra a segurança nacional praticado contra brasileiro fora do Brasil, não se percebe por que foi excluído o caso de crime praticado por brasileiro.

15. No elenco das infrações penais, a mais importante tarefa é a da meticulosa revisão das condutas típicas, para eliminar as incriminações vagas e indeterminadas, que são próprias das leis de segurança dos países totalitários. A incriminação vaga atinge o princípio da reserva legal e, comumente, torna a lei inaplicável pela indeterminação do seu conteúdo.

São casos dessa indeterminação: “entrar em entendimento com governo estrangeiro ou seus agentes” (art. 8º); “pôr em perigo a independência do Brasil” (art. 9º); “comprometer a segurança nacional” (art. 11); “doutrinas ou idéias incompatíveis com a Constituição” (art. 13); “procurar obter... notícia de fatos ou coisas” (art. 15, § 1º); “tentar indispor o povo com as autoridades constituídas” (art. 106); “notícia tendenciosa” (art. 16); “fato verdadeiro truncado ou deturpado” (art. 16); “fato de importância para o interesse nacional” (art. 17); “tentar subverter a ordem ou estrutura político-social vigente” (art. 23); “praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva”; “assaltar” (arts. 27 e 28); “incitar à subversão” (art. 39, I).

A definição vaga, em última análise, torna indeterminado o conteúdo da proibição, favorecendo o arbítrio e criando uma área de insegurança para o direito de liberdade, incompatível com a lei penal.

16. Na cominação das penas está o aspecto mais aberrante da lei de segurança em vigor. A reforma dessa lei, conduzida num período de tranqüilidade, permite ajustá-la a uma política criminal moderna, que tem, como uma de suas características básicas a mitigação das penas.

Devem ser eliminadas a pena de morte e a de prisão perpétua. Essas duas penas não podem jamais ser as *únicas* penas cominadas alternativamente a certos crimes (arts. 8º, parágrafo único; 9º, parágrafo único; 10, parágrafo único; 24, parágrafo único; 25, parágrafo único; 27, parágrafo único; 28, parágrafo único; 29, parágrafo único; 33, § 2º), em conjunto com a reclusão por 30 anos (art. 51).

Há casos em que a pena de morte é a única aplicável (arts. 11, § 3º; 22, parágrafo único; 32; 37, § 2º; 39, § 2º).

A previsão da morte como única pena para resultados que, conquanto graves, são preterintencionais (arts. 11, § 3º; 22, parágrafo único; 37, § 2º; 39, § 2º) é particularmente injusta, pois os resultados mais graves, em tais situações, são apenas culposos.

É imprescindível diminuir as penas praticamente em todas as escalas penais. Aqui é necessário ter presente a gravidade da ação (e particularmente a sua potencialidade causal). Os crimes de perigo têm de ser punidos com penas leves. O *dano* surge com a traição e a sedição que atingem, de forma a prejudicá-los, os bens jurídicos que constituem a segurança nacional (externa e interna). Fora daí temos apenas crimes de perigo.

17. Quanto aos crimes de manifestação do pensamento: numa sociedade democrática e pluralista há sempre tolerância com os que se opõem ao governo, e as penas, quando aplicadas, são sempre leves. Trata-se de crimes de perigo.

Para que haja manifestação do pensamento punível como crime político, não basta a simples enunciação de idéias contrárias aos interesses da segurança do Estado. É *necessário que tal enunciação de idéias se destine a conduzir à ação criminosa, apresentando potencialidade causal de tal efeito*. E isto porque, como diz CHAFEE (*Free speech in the United States*, 1946, 35), num sistema democrático, que se funda sobre o princípio da liberdade de todos manifestarem a própria opinião sobre qualquer assunto, proíbe-se apenas criar situações em que a liberdade seja suprimida.

Em conseqüência, são proibidas apenas as *formas ativantes* da manifestação do pensamento, ou seja, as teleologicamente orientadas no sentido de suscitar nos destinatários comportamentos que modifiquem a realidade, enquanto revistam determinados conteúdos negativos do sistema democrático como tal (NUVOLONE, "Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento", no vol. *Legge penale e libertà del pensiero*, 1966, 53).

A lei de segurança nacional deve ajustar-se a uma visão democrática desses delitos, abandonando a inspiração autoritária que a caracteriza.



Os crimes contra a segurança nacional cometidos através da imprensa devem voltar à lei de imprensa, onde eles sempre estiveram. A previsão de tais crimes na lei de segurança nacional apenas serve para aterrorizar e constranger jornalistas, como a experiência revelou, comprometendo o interesse democrático fundamental da liberdade de imprensa.

18. Nos crimes contra a honra (arts. 21, 34, 36), somente tem sentido manter na lei a disposição geral do art. 34 (ofender moralmente quem exerça autoridade, por motivos de facciosismo ou inconformismo político-social), sendo prevista pena mínima de 3 meses e, máxima, de 2 anos. Não há ofensa subversiva sem o propósito subversivo. O Superior Tribunal Militar, acertadamente, repeliu todas as tentativas no sentido de enquadrar na lei de segurança nacional ofensas a autoridades que nada tinham a ver com a segurança do Estado.

19. O dispositivo sobre incitação (art. 39) nunca foi aplicado, não só pelas penas aberrantes, como já notamos, como também pela indeterminação do objeto da incitação: "incitar à subversão", "incitar à desobediência coletiva", "incitar ao ódio ou à discriminação social". Incriminações desse tipo devem passar, com penas leves, à lei de imprensa, que permite mais ampla justificação (art. 27). A incitação específica à prática de crimes contra a segurança nacional está prevista em fórmula autônoma, juntamente com a apologia (art. 47), e deve ser mantida, diminuindo-se a pena, que deve ser, no mínimo, de 6 meses de detenção.

Grave equívoco do Decreto-Lei nº 898 é a previsão de condições de maior punibilidade, conforme o resultado da incitação, de tal forma que, só pelo fato de a haver praticado, pode o agente sofrer penas de reclusão de 15 a 30 anos, e, inclusive, a pena de morte (art. 39, §§ 1º e 2º). Na incitação ao crime, o autor da incitação responde pelo crime que vier a ser praticado pelo destinatário da incitação, e não tem sentido prever tais condições de maior punibilidade, com penas que se tornam absurdas para a forma culposa.

20. A incriminação da propaganda também exige revisão completa. A propaganda prevista na lei de segurança nacional é sempre e necessariamente propaganda *subversiva*, ou seja, manifestação do pensamento tendente a conduzir os destinatários da mensagem a convencimento que leve à prática de determinada ação perigosa para a segurança do Estado. O parágrafo único do art. 45 não tem sentido, a não ser como evento de dano ("atentado contra a segurança nacional").

O Decreto-Lei nº 314 (art. 38, IV), de forma extremamente defeituosa, afirmava constituir propaganda subversiva o comício, o desfile ou a passeata, fórmula mantida pelo Decreto-Lei nº 510. É evidente que o comício, a reunião pública, o desfile e a passeata, por si sós, não poderiam jamais constituir crime algum, e, muito menos, crime contra a segurança do Estado.

O que constitui propaganda subversiva, como parece óbvio, não é o comício, nem a reunião pública ou o desfile e a passeata, mas sim o que for dito ou apresentado (em cartazes ou faixas) nos comícios ou reuniões públicas, nos desfiles ou passeatas não autorizadas, pois o crime é de *propaganda sub-*

versiva. Não pode haver propaganda punível na simples reunião de pessoas sem manifestação de idéias dirigida ao desenvolvimento de qualquer tipo de ação subversiva.

A fórmula da propaganda subversiva é, seguramente, uma das mais imperfeitas da lei: os locais, a modalidade do fato e as ocasiões são indiferentes para caracterizar o crime: a idéia de quem fez a lei, desastrosamente, parece ter sido a de incriminar o fato material do comício, reunião pública ou passeata *como propaganda*.

Realizar greve proibida (art. 45, IV) não é nem pode ser jamais propaganda subversiva. Não pode haver propaganda sem manifestação do pensamento. Isso pertence à natureza das coisas. A conduta típica, em consequência, só pode ser a realização de propaganda subversiva *por ocasião* de greve proibida.

A enumeração contida nos incisos II a VI do art. 45 deve ser eliminada. Eles jamais foram aplicados pela Justiça Militar.

Deve ser mantida apenas fórmula que defina, em termos de conduta delituosa, de forma geral, a propaganda subversiva. O inciso I do art. 45 tem de ser integralmente revisto pois não contém definição alguma: considera-se propaganda subversiva o emprego de certos meios de comunicação como veículos de propaganda... Não é possível utilizar os conceitos obscuros, exagerados e indeterminados de "guerra psicológica adversa" (a idéia de guerra já implica em contraposição de forças), "guerra revolucionária ou subversiva". A propaganda que se pretende evitar e que se pune é a que se destina a promover a sedição (no plano interno) ou o perigo para a segurança externa. A propaganda incriminada é, portanto, a de processos violentos para a subversão da ordem política ou social e a propaganda de guerra (art. 11, letras a e c, da Lei nº 1.802). O livro não pode ser jamais meio para a prática desse crime, como decidiu o STF ao tempo da Lei nº 1.802.

O crime previsto no art. 16 (divulgação subversiva) também deve passar à lei de imprensa, onde, aliás, já possui correspondente (art. 16 da Lei nº 5.250). As indeterminações da definição legal são aqui, provavelmente, as mais perigosas de toda a lei de segurança nacional.

21. Atenção especial merecem os crimes de organização subversiva (arts. 12, 14, 42 e 43). O art. 43, que é a figura básica, em péssima redação, traiu, mais uma vez, o redator do texto, que não parece ter sido jurista. As hipóteses a que se refere o artigo são as seguintes:

- a) — *reorganizar* ou *tentar reorganizar* partido ou associação dissolvidos por força de lei;
- b) — *reorganizar* ou *tentar reorganizar* partido ou associação que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional;
- c) — fazer funcionar partido ou associação dissolvidos por força de disposição legal ou que exerçam atividades prejudiciais à segurança nacional, *quando legalmente suspensos*.

Percebe-se que a lei prevê apenas, nesta passagem, a insubordinação ao ato legal que dissolve ou suspende partido político ou associação que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional, deixando na lei clara lacuna (pois o art. 14 só prevê a organização formada sob orientação ou com o auxílio de governo estrangeiro ou organização internacional). A incriminação pressupõe, segundo a lei, a anterior existência *legal* do partido ou associação.

O art. 43 tem, portanto, de ser reformulado (e simplificado). Não há necessidade de equiparar a tentativa ao crime consumado; toda tentativa é punível, segundo a regra geral e o juiz pode sempre graduar a pena dentro da escala prevista.

A mais importante observação sobre a matéria refere-se à necessidade de distinguir diversas categorias entre os que concorrem na organização. Sempre foi da tradição de nosso direito a punição mais branda da participação secundária (simples filiação), que se destaca nitidamente da conduta mais grave dos que promovem, organizam e dirigem a atividade dos demais.

O direito penal não é adequado à repressão de massas, como bem notou PEDRZZI, ao estudar os crimes relacionados com a greve (*“Lo sciopero nella legge penale”*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1963, 1066) e, por isso mesmo, a tendência do direito penal moderno é claramente a de reduzir aos *cabeças* ou aos principais autores, a punição de certos crimes coletivos pouco graves, que consistem na simples *preparação* de outros crimes.

A pena, em qualquer caso, deve ser leve, partindo de 6 meses de detenção, de modo a permitir a individualização nos casos menos graves, nos quais a simples iniciação do processo criminal constitui punição bastante. No Código Penal alemão vigente (§ 85), pune-se o crime de organização subversiva, inclusive com a pena de multa.

No crime previsto no art. 12, os agentes devem ser, no mínimo, mais de 3 (três). Dada a natureza dos delitos a que o artigo se reporta, não há organização realmente perigosa com o simples acordo de duas pessoas. A pena para os organizadores ou mantenedores, no caso do art. 14, deve ser o dobro da prevista para os demais (1 a 4 anos).

22. Os crimes relacionados com o terrorismo constituem um dos mais importantes aspectos da lei. Trata-se de criminalidade alarmante que vem preocupando hoje mais do que nunca os países democráticos e as organizações internacionais. Cumpre ter presente que a ameaça penal parece ser indiferente e que a prevenção desse fenômeno talvez resida na fiel manutenção de uma ordem social democrática que proporcione mais justa distribuição da riqueza. O direito penal tem papel secundário na prevenção do crime em geral. Essa observação parece ser ainda mais verdadeira em relação ao terrorismo. É necessário que o legislador resista à tentação de seguir o exemplo da irracionalidade, criando, por seu turno, um direito penal terrorista. As penas devem corresponder à gravidade do malefício.

A definição contida no art. 28 não discrepa da incompetência revelada em outras passagens: “devastar, saquear, assaltar, roubar, seqüestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal, ato de massacre, sabotagem ou terrorismo”. Percebe-se que o legislador empregou expressões que não têm significação técnico-jurídica: devastar, saquear, assaltar e depredar. Cogita-se aqui de crimes violentos contra o patrimônio, que são constituídos pelo dano, pelo roubo e a extorsão. *Ato de massacre* é homicídio (já previsto no art. 32). O atentado pessoal já está previsto no art. 33, e a sabotagem, no art. 11. A alusão indeterminada a *ato de terrorismo* viola o princípio da reserva legal.

Convém, pois, rever a definição legal, concentrando-a nas ações que caracterizam o terrorismo: a) causar incêndio, explosão, inundação ou desabamento, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem; b) praticar roubo ou extorsão ou dano ao patrimônio de outrem; c) praticar seqüestro; d) apoderamento ilícito de aeronaves ou embarcações.

A referência ao *nomen juris* de crimes já previstos no direito penal comum dispensa a mais completa descrição do fato punível. Uma expressa referência ao fim de agir é recomendável. Como se diz num estudo preparado pelo secretariado da ONU, em 1972, “terrorism, as shown by the derivation of the word, involves the infliction of terror. The act must be such as to spread terror or alarm among a given population, or among broad groups of people” (no vol. *International terrorism and political crimes*, M. CHERIF BASSIOUNI, ed., Springfield, Charles C. Thomas, 1975, 6).

O atentado pessoal e o homicídio não devem estar previstos na mesma disposição, porque isto criará dúvida e perplexidade em face da previsão específica em outras passagens da lei. O resultado morte, no entanto, deve ser previsto como condição de maior punibilidade, embora a ampla escala penal e a gravidade da pena talvez o tornem dispensável.

23. O crime previsto no art. 27 (assaltar, roubar ou depredar estabelecimento de crédito ou financiamento, qualquer que seja a sua motivação) deve ser integralmente revisto. O roubo de estabelecimento de crédito por delinqüentes comuns é apenas crime contra o patrimônio e nada tem a ver com a segurança nacional. O roubo e a extorsão praticados não só contra estabelecimentos de crédito, mas contra qualquer pessoa física ou jurídica, com finalidade subversiva, será sempre crime contra a segurança nacional. A palavra “assalto” corresponde à linguagem jornalística e não tem significação técnica, como já assinalamos.

24. A pena do art. 32 (homicídio por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social) deve ser a do homicídio.

O crime previsto no art. 33 não deve ser definido como “exercer violência”, mas, sim, como “ofender a integridade corporal ou a saúde”, e a pena não pode ser, evidentemente, a de reclusão, de 8 a 15 anos, e, muito menos, a de 12 a 30 anos, prevista no § 1º para esse resultado. O resultado morte aqui (§ 2º) é *preterintencional* e a sua punição com as penas de prisão perpétua e de morte é aberrante.

Nesse mesmo art. 33 pode ser incluída a hipótese do crime praticado contra estrangeiro (como se fez no art. 32), eliminando-se o art. 37.

25. Em várias passagens, a lei de segurança nacional revela preocupação com a greve (arts. 38, 39, V; 40, 45, IV).

A incriminação da greve pacífica é sempre injustificável e não há como promover a responsabilidade penal dos grevistas. Esse tipo de incriminação destina-se apenas a justificar a violência da polícia contra trabalhadores. Os crimes previstos nos artigos 38 e 40 devem desaparecer da lei de segurança notadamente o último, em que transparece o propósito de dispensar a finalidade político-subversiva. A pena cominada ao primeiro (4 a 10 anos de reclusão) é aberrante. Não há juiz debaixo do sol capaz de condenar quem pratica greve pacífica a essa pena. Estranhamente, a greve pacífica de funcionários públicos (art. 40) é punida com 8 meses a um ano de detenção, sem que se entenda a falta de critério.

26. O art. 46 prevê diversos fatos puníveis relacionados com armas de fogo ou engenhos privativos das Forças Armadas ou quaisquer instrumentos de destruição ou terror. Trata-se de um crime de perigo que pode, no máximo, constituir ato preparatório de outro crime. A pena (5 a 10 anos de reclusão) é evidentemente imprópria, levando os tribunais a não aplicar o dispositivo. O emprego dos substantivos ("armas", "engenhos") no plural é fonte de dúvidas e de incertezas, que desapareceriam com a cominação de pena leve, adequada à natureza contravencional do fato.

27. A facilitação de fuga, prevista no art. 48 deve ser eliminada da lei, pois é fato que já está previsto, com a pena adequada, no Código Penal comum (art. 351). A pena prevista na lei de segurança (8 a 12 anos de reclusão, elevada para 12 a 24 anos, se houver emprego de violência) é inteiramente despropositada.

28. Entre as circunstâncias agravantes, deve ser eliminada a do art. 49, III, porque já prevista no Código Penal comum (art. 45, I), que é direito penal fundamental. A do art. 49, IV (ter sido o agente, em época anterior ao delito, atingido por sanção aplicada de acordo com os Atos Institucionais) deve ser eliminada.

29. A pena prevista para a tentativa (art. 50, parágrafo único) não precisa constar da lei, pois já está no Código Penal comum.

30. As regras sobre extinção da punibilidade (art. 52) devem ser eliminadas, sendo inútil a referência à morte do autor, que já consta do Código Penal comum.

Referindo-se à prescrição, não se esclareceu se se trata de prescrição da ação (pretensão punitiva) ou da condenação. Parece tratar-se da última, permanecendo a prescrição da ação regulada pelo Código Penal comum. Esse sistema é deplorável. Eliminadas as penas de morte e de prisão perpétua, não há porque tratar-se da prescrição, devendo prevalecer as regras já demasiadamente severas do direito penal comum.

31. O art. 53 trata do caso em que a responsabilidade penal pela propaganda subversiva recai sobre diretor ou responsável por jornal ou periódico, e permite que o juiz, *ao receber a denúncia*, imponha a suspensão da circulação deste por um prazo de até 30 dias. Permite, no mesmo caso, em se tratando de estação de radiodifusão ou televisão, que a suspensão seja imposta pelo Presidente do Conselho Nacional de Telecomunicações.

A disposição é, como se percebe, absurda. Em primeiro lugar porque permite ao juiz impor pena antes da decisão final. Em segundo lugar a pena, no caso, atinge terceiros (os proprietários e trabalhadores do jornal ou periódicos). Em terceiro lugar porque permite que a pena, no caso do rádio e da televisão, seja imposta por autoridade administrativa.

Trata-se de arma poderosa para neutralizar e intimidar a imprensa de oposição, já aplicada no passado contra o bravo jornal "Correio da Manhã". Sua constitucionalidade, particularmente a do parágrafo único, é mais do que duvidosa.

O art. 54 refere-se aos crimes de manifestação do pensamento praticados através da imprensa, rádio e televisão, e dá ao Ministro da Justiça o terrível poder de determinar a apreensão do jornal, periódico, livro ou qualquer outro impresso, e de suspender a sua impressão, circulação, distribuição ou venda. No caso de rádio e televisão, a medida de *suspensão do funcionamento* é executada pelo Ministro de Estado das Comunicações. São medidas que independem do recebimento da denúncia e, muito menos, de sentença condenatória. Trata-se de dispositivo profundamente antidemocrático, inadmissível num regime de liberdade.

Em caso de reincidência (art. 54, parágrafo único), o registro da pessoa jurídica pode ser cancelado por ordem do Ministro da Justiça.

O art. 55 (a responsabilidade penal pela propaganda subversiva independe da civil e não exclui as decorrentes de outros crimes, na forma deste decreto-lei ou de outras leis) estabelece regra inútil na primeira parte. A segunda parte relaciona-se, de forma profundamente injusta (determinando o concurso material), com o sistema defeituoso adotado pelo decreto-lei para a propaganda subversiva, cuja revisão nos parece imprescindível.

— IV —

32. O Decreto-Lei nº 898 contém regras especiais sobre o processo e julgamento dos crimes contra a segurança nacional. A experiência de aplicação dessa lei no lapso de tempo já longo de sua vigência revela que as questões mais importantes na perspectiva processual são as da eliminação da tortura, na fase do inquérito, e a da igualdade das partes, na fase judicial. A tortura causa dano moral inestimável a nosso País e é praticamente inevitável num regime autoritário, em que não há segurança jurídica. Para que cesse a tortura é necessário que desapareça a mística da segurança nacional e que o Brasil retorne à ansiada normalidade democrática, que inspirou o movimento militar de 1964.

Algumas medidas podem, no entanto, ser desde logo reclamadas. A primeira e mais importante é a do retorno do *habeas corpus* em sua plenitude, sem restrições. Suspender o *habeas corpus* é autorizar a ilegalidade, e, pois, o arbítrio e a brutalidade policial: o *habeas corpus* destina-se apenas a remover a prisão decorrente de ilegalidade ou abuso de poder e sua suspensão é profundamente imoral, pois significa autorizar e consentir a ilegalidade.

A segunda medida relaciona-se com a incomunicabilidade, pois é durante esses 10 dias de incomunicabilidade (art. 59, § 1º) que ocorre a tortura. Os advogados sempre entenderam que essa incomunicabilidade não os alcança, pois em relação a eles existe lei especial que lhes permite avistar-se, pessoal e reservadamente, com o cliente preso, *mesmo incomunicável*, sem restrições (art. 89, III, da Lei nº 4.215). Não têm conseguido, no entanto, que esse direito seja reconhecido.

Conviria, portanto, deixar claro que a incomunicabilidade não exclui a comunicação com os advogados.

Por outro lado, seria recomendável reduzir o prazo da incomunicabilidade para três ou cinco dias, bem como introduzir um texto expresso permitindo que o preso incomunicável seja visitado diariamente por médico designado pela família. A autorização para a visita poderia ser concedida por qualquer Auditor competente no lugar da prisão, despachando, independentemente de distribuição, *requerimento do interessado*, e expedindo o respectivo ofício em 24 horas.

Nesse sentido já houve projeto de lei apresentado à Câmara dos Deputados.

33. A prisão cautelar do art. 59 só pode ser imposta pelo encarregado do inquérito (policial-militar). Essa prisão vem sendo também imposta pelos delegados da polícia política estadual e pelos inspetores da polícia federal, em flagrante ilegalidade, que a suspensão do *habeas corpus* não permite reparar. Para evitar qualquer dúvida, conviria esclarecer que o inquérito, a que alude o art. 59, é apenas o policial-militar.

34. São inteiramente inúteis as disposições do art. 57 (o foro especial estabelecido neste decreto-lei prevalecerá sobre qualquer outro, ainda que os crimes tenham sido cometidos por meio de imprensa, radiodifusão ou de televisão) e do art. 61 (poderão ser instaurados individual ou coletivamente os processos contra os infratores de qualquer dos dispositivos deste decreto-lei), revelando a incompetência dos autores da lei.

35. As disposições sobre a prova testemunhal exigem completa revisão, pois o sistema em vigor viola o princípio da isonomia das partes no processo penal, sendo de clamorosa inconstitucionalidade. As testemunhas arroladas pela defesa e as arroladas pelo Ministério Público têm de ser em igual número, e têm de estar submetidas ao mesmo regime de intimação. O art. 66 tem de ser *integralmente reformulado*, cancelando-se a regra odiosa de seu parágrafo único, segundo a qual se entende como desistência a não apresentação das testemunhas de defesa.

36. O parágrafo único do art. 70 deve ser revogado. É absolutamente impossível realizar a defesa com eficiência no prazo de 30 minutos. Em qualquer caso, a defesa deve ter o prazo de uma hora.

Convém lembrar que a defesa é interesse do Estado. É importante para a realização da justiça que o acusado possa se defender com eficiência, para afastar o erro judiciário.

37. As regras sobre a sentença (art. 72) exigem também completa revisão, pois a interpretação que vem prevalecendo é inaceitável, violando o princípio *iura novit curia*. O órgão julgador pode sempre dar ao fato nova definição jurídica, desde que corresponda à narração constante da denúncia. Devem ser aplicáveis as normas que, a respeito, vigoram no direito processual penal comum. Constitui rematado absurdo supor que o Ministério Público pode impor limites ao Juiz no julgamento do fato.

38. O recurso de ofício, previsto no art. 73, para os casos de rejeição da denúncia e de sentença absolutória deve, igualmente, ser eliminado. O recurso deve ser sempre, por sua própria natureza, voluntário: através dele, a parte, inconformada com a decisão, invoca o órgão da instância superior, pedindo-lhe uma nova decisão. Não se concebe que o Ministério Público, que é órgão do Estado-Administração, seja obrigado a recorrer de decisão que, a seu ver, fez justiça e com a qual está de acordo. O recurso *ex officio* constitui clara anomalia no sistema contraditório, como assinalam todos os processualistas.

39. Não há por que negar a suspensão condicional da pena, como determina a lei vigente (art. 75). Trata-se de importante medida de política criminal que o Juiz deve aplicar em todos os casos em que julgar que a execução efetiva da pena é desnecessária. Um processo por crime contra a segurança nacional traz consigo amplo cortejo de constrangimentos e vexames, justificando plenamente a penetrante observação de CARNELUTTI, segundo a qual o processo é em si mesmo pena inevitável. O *sursis* não constitui garantia de impunibilidade, mas sim suspensão probatória da execução, que será revogada se não forem cumpridas as condições impostas ao condenado. A exclusão do *sursis* apenas serve para tornar a lei de segurança nacional desnecessariamente dura, numa época em que se advoga a ampliação das medidas destinadas a evitar o encarceramento de réus primários e de bons antecedentes, inclusive com a concessão do *sursis* por segunda vez.

A lei de segurança nacional devia prever a suspensão condicional da pena para os condenados a penas reduzidas, cuja execução constitui um dos inconvenientes mais constantemente assinalados pelos estudiosos da matéria.

40. O capítulo que regula o processo dos crimes punidos com as penas de morte e de prisão perpétua deveria ser integralmente eliminado, com o desaparecimento dessas penas.

Particularmente deploráveis, nesta parte da lei, são as disposições sobre a denúncia (admitindo narração "sucinta" dos fatos, art. 82, *b*); a nomeação dos juizes que deverão compor o Conselho de Justiça (art. 84) e a regra sobre a separação e regime especial para os condenados a prisão perpétua (art. 105).