



PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
SECRETARIA-GERAL
SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Nota SAJ nº 107 / 2021 / CGIP/SAJ/SG/PR

Interessado: Consultoria- Geral da União - CGU/AGU

Juízo: Supremo Tribunal Federal (Rel. Ministro Gilmar Mendes)

Processo Judicial: ADPF 815/DF

Assunto: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 7815, ajuizada pelo PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA – PSDB. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (“Lei de Segurança Nacional”).

Processo : 00692.000892/2021-31

Senhor Subchefe,

I - RELATÓRIO

1. Por meio do OFÍCIO n. 00143/2021/CONSUNIAO/CGU/AGU, a Consultoria-Geral da União solicita subsídios para elaboração de informações a serem prestadas ao Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Senhor Presidente da República, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 815, proposta pelo PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA – PSDB.

2. Colhe-se do resumo da demanda o que segue:

Trata-se de Arguição, com pedido cautelar, objetivando a declaração de não recepção da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (“Lei de Segurança Nacional”) pela Constituição Federal. Como pedido subsidiário, requer que o Supremo Tribunal Federal determine que o Congresso Nacional edite Lei de Defesa do Estado Democrático de Direito, sob pena de suspensão da eficácia da Lei de Segurança Nacional.

O partido autor alega que a Lei de Segurança Nacional é incompatível com a Constituição Federal de 1988, uma vez que viola direitos e garantias fundamentais protegidos pela Carta Magna, especificamente o artigo 1º, caput (Estado Democrático de Direito e princípio republicano), artigo 5º, incisos II e XXXIX (princípio da legalidade), artigos 5º, incisos IV e IX, e 220 (liberdade de expressão), art. 5º, inciso XVI (direito de reunião), artigo 5º, inciso XVII (liberdade de associação), artigo 5º, inciso LIII (juiz natural), artigo 5º, inciso LXI (prisão por autoridade judiciária), artigos 109, inciso IV e 124 (competência da Justiça Federal e da Justiça Militar), artigo 136, § 3º, IV (vedação à incomunicabilidade do preso) e artigo 144, § 1º, incisos I e IV (atribuições da Polícia Federal).

Afirma que os crimes tipificados na Lei de Segurança Nacional possuem conceitos abertos, ferindo a legalidade mínima, bem como a liberdade de expressão. Aduz que o grau de subjetividade conferido ao intérprete por tais dispositivos é tamanho que inviabiliza por completo a liberdade de expressão do cidadão.

Diz que ao prever competência da Justiça Militar para processar e julgar os crimes tipificados na LSN – além do claro caráter antidemocrático, que conflita com o art. 1º da CF/88 – verifica-se, também, violação ao princípio do juiz natural.

O processo foi distribuído ao Ministro Gilmar Mendes.

3. O Presidente da República não foi intimado até a data de elaboração desta manifestação (05 de abril de 2021).

4.

II – ANÁLISE JURÍDICA

5. Como já fora dito nas informações presidenciais prestadas à CGU, nos autos da ADPFs 797 e 799, a segurança nacional diz respeito ao estado de ausência de incertezas e inseguranças quanto à totalidade da nação e à defesa dos interesses de todos os que formam uma nação.

6. Desde a Paz de Vestfália e a inauguração da soberania dos Estados, **há uma busca por sua segurança, de forma a manter o território conquistado, além de preservação das instituições estatais, construções típicas da edificação do Estado-nação** (Santos, FFF. *Lei de Segurança Nacional: uma leitura à luz da Constituição da República de 1988 e do Direito Internacional de Direitos Humanos*. Dissertação de Mestrado. FD da UFMG. Disponível em <https://bit.ly/3lPimW>, p. 42).

7. Assim, **a segurança do Estado é matéria constante e de suma importância na agenda internacional, pois, sem a defesa dos seus elementos formadores, como seu território e soberania, haveria um colapso interno, prejudicando o povo e o interesse de todos**. Dessa forma, a “segurança nacional” deveria ser buscada e garantida como forma de satisfação dos interesses daqueles que formam o Estado (*id.*, *ibid.*).

8. No Brasil, como é cediço, a base normativa da segurança nacional, além do baldrame constitucional, está prevista na predita Lei n. 7.170, de 1983 (Lei da Segurança Nacional - LSN). A LSN tipifica condutas que atentem contra a “integridade nacional e a soberania nacional” (art. 1, inc. I), “a pessoa dos chefes dos Poderes da União” (art. 1, inc. III) e “o regime representativo e democrático, a federação e o Estado de Direito” (art. 1, inc. II).

9. Nada obstante ser contemporânea à Constituição de 1967, a LSN atenuou os rigores da norma anterior (Lei nº 6.620, de 1978). Apesar disso, estando próxima a completar 38 anos de vigência e, portanto, tendo sido elaborada em um momento anterior à Carta de 1988, a LSN tem sido objeto de diversos debates públicos acerca da sua compatibilidade com o Estado Democrático contemporâneo, que culminaram com o ajuizamento da presente ADPF.

10. Da leitura da inicial, é possível destacar que o argumento central da ação em pauta remete à origem da LSN, de período anterior à CF de 1988:

É fundamental deixar claro que a Lei é conflitante com o arcabouço constitucional por uma série de motivos. Em primeiro lugar, porque suas partes que, em tese, seriam “proveitáveis” já são tuteladas por outras normas – como o próprio Código Penal. Assim, nenhum direito ficará desprotegido.

Em segundo lugar, porque a LSN – fruto de um regime autocrático – apresenta tipos penais extremamente vagos. Naturalmente, isso foi feito de modo proposital no intuito de conferir àqueles que estivessem a frente do Poder Executivo manejar a norma com subterfúgio de proteção da pessoa ocupante do cargo de relevância e perseguição de críticos, ao invés de valer-se da lei para a proteção do Estado, como medida de salvaguarda para o país.

E, em terceiro e último lugar, a LSN não é uma lei que pode ser “retalhada”: é um ato normativo impregnado de espírito autoritário.

Um compromisso social genuíno com a ordem constitucional democrática, portanto, não admite o “remendo” de medidas que podem ser utilizadas de forma autoritária, mas exige a verdadeira criação original de normas protetivas do Estado Democrático de Direito cuja gênese seja ínsita ao regime democrático.

A adaptação de normas autocráticas deixará, sempre, a indelével marca de regimes antagônicos à democracia – o exemplo do recente plebiscito no Chile, que decidiu por uma nova Constituição, é um exemplo dessa necessidade de efetivo rompimento com as tradições antidemocráticas de outras eras.

Colocada a questão de outra forma: o Brasil jamais poderá se dizer genuinamente democrático enquanto continuar a perpetuar legislação cuja essência é restringir direitos constitucionais péticos. A Constituição de 1988 foi não uma etapa de “progresso” em relação ao regime anterior, denotando um senso de continuidade, mas um momento histórico de efetivo rompimento com aquilo que vigorava anteriormente.

Como tão brilhantemente enunciou Ulysses Guimarães quando da promulgação da Constituição cidadã: “Temos ódio à ditadura. Ódio e nojo.”

(...)

Como se demonstrará nas páginas a seguir, a Lei de Segurança Nacional merece que o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição Federal, fixe balizas tal qual como conferido à Lei de Imprensa, haja vista se tratar de norma “ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso”.

A manutenção de alguns “trechos” da LSN deixará em vigor norma que, por sua própria essência, não terá qualquer significado autônomo – o que, portanto, atrai a necessidade de se conferir declaração de não-recepção necessariamente de caráter conglobante.

11. Ou seja, a inicial pretende que toda a Lei de Segurança Nacional seja declarada incompatível com a Constituição, uma vez que seu espírito remete ao regime militar que governou o país durante o período anterior a 1988.

12. Feita a prelibação, é imperioso sublinhar que não se pretende defender, nesta manifestação, quaisquer dispositivos que, por sua natureza, não sejam compatíveis com o *Zeitgeist* inaugurado com a Constituição de 1988. O bom direito deve acomodar tão somente a técnica, o baldrame axiológico, princiológico e as regras pautadas sob a lupa da democracia e do pluralismo. Isso significa que, a despeito do seu tempo, as regras emanadas em momento anterior ao regime ora vigente, desde que compatíveis com o Estado Democrático de Direito, podem acomodar-se constitucionalmente no ordenamento jurídico nacional.

13. E, note-se, é juridicamente saudável que assim o seja. Afinal, diversos países têm sua própria legislação de segurança nacional, não havendo que se falar em uma suposta *doutrina da segurança nacional*, ínsita ao regime militar brasileiro.

14. Apenas a título de exemplo, recorde-se que em Portugal, desde 2008, está em vigor a Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto de 2008, que trata da segurança interna. Segundo seus Artigos 1.º e 2.º:

Artigo 1.º

Definição e fins da segurança interna

1 - A segurança interna é a actividade desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática.

2 - A actividade de segurança interna exerce-se nos termos da Constituição e da lei, designadamente da lei penal e processual penal, da lei quadro da política criminal, das leis sobre política criminal e das leis orgânicas das forças e dos serviços de segurança.

3 - As medidas previstas na presente lei destinam-se, em especial, a proteger a vida e a integridade das

pessoas, a paz pública e a ordem democrática, designadamente contra o terrorismo, a criminalidade violenta ou altamente organizada, a sabotagem e a espionagem, a prevenir e reagir a acidentes graves ou catástrofes, a defender o ambiente e a preservar a saúde pública.

Artigo 2.º

Princípios fundamentais

1 - A actividade de segurança interna pauta-se pela observância dos princípios do Estado de direito democrático, dos direitos, liberdades e garantias e das regras gerais de polícia.

2 - As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário e obedecendo a exigências de adequação e proporcionalidade.

3 - A lei fixa o regime das forças e dos serviços de segurança, sendo a organização de cada um deles única para todo o território nacional.

15. No mesmo sentido, após os atos terroristas de 2011, os Estados Unidos aprovaram o *USA Patriot Act*. Após várias prorrogações, em 27 de Julho de 2011, foi sancionada sua extensão por mais quatro anos — até 27 de julho de 2015. O congresso, então, aprovou o *USA Freedom Act*, que manteve algumas das regras da antiga lei e trouxe diversas mudanças, como a prerrogativa de manuseamento de dados e gestão de informações pela National Security Agency (NSA).

16. Antes mesmo do *Patriot Act*, os Estados Unidos já haviam aprovado o *National Security Act*, de 1947, que promoveu uma intensa reorganização das políticas internacionais e militares dos Estados Unidos.

17. Percebe-se, portanto, que a mera existência de uma lei de segurança nacional, de modo algum, teria o condão de violar a Constituição Federal ou representar uma enviesada “doutrina da segurança nacional”. Tanto é verdade que a própria Carta Maior refere-se, em diversos dispositivos, à segurança do Estado brasileiro (v.g. art. 5º, XXXIII; art. 85, IV; art. 91, § 1º, III; art. 144 e ss.).

18. As regras de segurança nacional, portanto, devem integrar o ordenamento jurídico pátrio, de modo a assegurar o atendimento dos preditos comandos principiológicos constitucionais. Logo, para as condutas previstas na LSN que coloquem em risco a *integridade e a soberania nacional, a pessoa dos chefes dos Poderes da União e o regime representativo e democrático, a federação e o Estado de Direito*, não existe outra alternativa senão recorrer aos seus comandos específicos, sempre sob a pauta do baldrame axiológico inaugurado pela Constituição de 1988.

19. Daí é possível concluir, desde já, que ao contrário do que sugere a inicial, a Lei de Segurança Nacional foi recepcionada pela Constituição de 1988. Não se olvide, afinal, que a Lei 7.170, de 1983, tipifica condutas graves como sabotagem contra os meios de transporte, homicídio contra o Presidente da República e o uso de explosivos, condutas cuja tipificação, de modo algum, revelam-se inconstitucionais.

20. Não se nega, contudo, que sua aplicação deva ser econômica e limitada às condutas que, de fato, se amoldem ao seu escopo, representado pelo dolo direto de atentar contra a segurança nacional.

21. Com efeito, não prospera a primeira tese referida na inicial, no sentido que as condutas descritas na LSN já seriam tuteladas por outras normas, como o próprio Código Penal. Isso porque o que distingue os tipos Lei 7.170, de 1983, daqueles definidos no Código Penal ou na legislação extravagante, é o dolo específico previstos nos primeiros: **a intenção política de atentar contra a segurança do Estado brasileiro**, elemento subjetivo ausente nas demais regras constrictivas.

22. Dito isso e feita a leitura inicial do caso posto em exame, pede-se vênia para que as teses levantadas na petição inicial sejam debatidas de modo sistemático, uma a uma, de modo a permitir que a dialética se aperfeiçoe de forma ampla no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

II.a. Da suposta incompatibilidade da LSN com os princípios basilares da CF de 1988

23. A petição inicial argumenta que:

(...) a Lei 7.170/1983 visa à proteção da segurança nacional, como seu nome sugere, sem qualquer referência à defesa do Estado Democrático de Direito. Isso porque o regime político vigente à época não se enquadrava como legítimo Estado Democrático de Direito, e isso é reconhecido até mesmo pelo próprio texto da norma.

Veja-se:

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

Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito.

Percebe-se a adoção pelo legislador da conjunção alternativa “ou”. Ora, uma vez que se assume a alternância entre o regime então vigente e o Estado de Direito, evidente que não se pode considerá-los sinônimos.

Ressalte-se a ausência da qualificante “Democrático” à expressão “Estado de Direito”. Acrescente-se a isso, ainda, o detalhe de que a ementa do diploma legislativo diz que seu objetivo é a defesa da “ordem política e social” vigente em 1983: o “detalhe” é que, em 1983, a ordem política e social vigente não era uma democracia tal qual se deu após a Assembleia Nacional Constituinte.

24. Ora, conforme se demonstrará, ainda que remeta ao período anterior a 1988, a generalização proposta pelo autor revela-se como grande equívoco, uma vez que, primeiro, ignora a relevância do direito posto, em uma leitura ideal de um direito pressuposto que atende, exclusivamente, a óptica idealizada do autor, em uma narrativa histórica maniqueísta; e, segundo, porque desconsidera que a norma pretérita deva ser alinhada, em uma perspectiva hermenêutica, ao baldrame axiológico e à principiologia da Carta Magna.

25. A verdade é que a LSN, ao contrário do que se sugere, logra leitura sob a lupa da principiologia constitucional, de modo que eventual abrangência semântica ajuste-se ao comando do art 5º, inciso XXXIX, da CF, delimitando a sua extensão e assegurando a previsibilidade e segurança jurídica dos tipos penais em foco.

26. No caso específico dos artigos 16 e 17 resta evidente que o uso da conjunção alternativa ou não pode ser lido de outra forma senão sob o prisma do art. 1º da Constituição Federal: não há outro regime senão aquele encetado pela Carta de 1988. Logo, não há *regime vigente ou Estado de Direito*, mas exclusivamente o Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

27. Ou seja, ainda que desponte a partir de um regime anterior, é possível compreender os dispositivos sob a óptica histórica contemporânea, pluralista, democrática e republicana, colocando-os como aliados do modelo Constitucional. Com efeito, poderão ser tipificadas, exclusivamente, as condutas que, mediante violência ou grave ameaça, tenham finalidade política e que sejam permeadas pelo dolo direto de produzir dano ou promover a ruptura do Estado Democrático de Direito.

28. A verdade é que a LSN, ao contrário do que se sugere, logra leitura com fulcro na principiologia constitucional, de modo que eventual viés semântico ajuste-se ao comando do art 5º, inciso XXXIX, da CF, delimitando a sua extensão e assegurando a previsibilidade e segurança jurídica dos tipos penais em foco.

29. Exatamente nesse sentido, Daniel Sarmiento argumenta que a LSN, nada obstante remeta ao período pré-democrático, *pode ser aplicada pelo filtro da Constituição de 1988, em defesa à democracia* (Disponível em <https://bit.ly/3lhYcBA>).

30. É inegável, portanto, que a LSN é regra excepcional e não se aplica a qualquer hipótese, exceto àquelas em que exista um fim específico que oriente a conduta tipificada. Tanto é verdade que o próprio Supremo Tribunal Federal, como reconhece o autor, tem delimitado a aplicação da lei às hipóteses de *motivação política e objetivos do agente* (STF - HC nº 73.451).

31. A excepcionalidade da LSN, já assentada pelo Pretório Excelso, afasta qualquer argumento que sugira a sua banalização. É, sim, solução normativa estreita e a apta a tutelar, apenas e tão somente, as condutas que tenham por alicerce motivações políticas e que atentem contra a segurança, a integridade e a soberania nacional.

32. Logo, firmada sua estreitíssima abrangência e desde que interpretada sob a óptica constitucional e amoldada ao regime do Estado Democrático de Direito, não se vislumbra a incompatibilidade da norma em exame com a Constituição Federal e os direitos e seus preceitos fundamentais.

II.b. Das supostas incompatibilidades específicas com a Constituição Federal de 1988

33. Segundo o autor:

O art. 8º, a seu turno, é norma de redação extremamente vaga e aberta, com conteúdo indeterminado, e que prevê as expressões “entrar em entendimento” e “provocar hostilidade” contra o Brasil.

Como é ínsito a legislações, o texto propositadamente possui amplitude semântica irrazoável: quanto maiores as possibilidades interpretativas de determinado texto, com mais facilidade poderá a autoridade constituída “interpretá-lo” para enquadrar opositores políticos.

Nesse sentido, convém mencionar que Carl Schmitt atesta que esses “conceitos abertos” são bastante “úteis” em situações de exceção – em como se verá, a LSN está repleta deles. Dispensável relembrar o regime apoiado por Schmitt.

A questão pode ser vista com maior facilidade se exemplificada: suponha que determinado grupo político brasileiro faça campanha internacional pedindo a edição de resolução pela Organização das Nações Unidas que aplique sanções ao Brasil pelo descumprimento de normas de proteção ambiental.

Em abstrato, os brasileiros que participaram de tal campanha “entraram em entendimento” com “governos estrangeiros” para “provocar hostilidade contra o Brasil”. Ou, ainda: o particular que denuncia o Brasil em um Tribunal Internacional visando à condenação do Estado pelo descumprimento de obrigações previstas em tratados internacionais. A depender do grau de “voluntarismo” dos poderes constituídos, tal particular poderá, também, ser enquadrado no art. 8º da LSN.

34. Ou seja, a exordial sugere que as expressões “entrar em entendimento” e “provocar hostilidade” contra o Brasil, referidas no art. 8º, *caput*, da LSN, seriam incompatíveis com a CF, com baldrame nas razões que declina.

35. Ora, **a exegese do dispositivo, somada ao entendimento vigente do STF, que limita a aplicação da LSN às hipóteses em que exista uma intenção finalística de ordem política, afasta a suposta abertura semântica da regra.** Incide na conduta aquele que, com finalidade política, negocia com estado estrangeiro ou com seus agentes para provocar atos de hostilidade que não configurem, por si, guerra.

36. O conceito de atos de hostilidade, note-se, é recorrente no chamado *direito da guerra* e está presente nos mais diversos tratados internacionais:

Os esforços da comunidade internacional para introduzir limites legais efetivos na condução da guerra iniciaram-se seriamente no século XIX. Através de uma série de tratados, como as Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais, e o incremento do Direito Consuetudinário, existe agora um amplo corpo jurídico que regula a condução das hostilidades. (A condução de hostilidades, COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, disponível em <https://bit.ly/2NAA00I>)

37. No mesmo sentido,

(o) aumento paulatino do sofrimento humano, causado por situações de conflito armado, levou à evolução permanente da codificação das normas relativas à conduta de hostilidades e à proteção das vítimas de conflitos armados. Isto implica a constatação de que o direito internacional humanitário está sempre uma guerra atrasado. Por exemplo, as quatro Convenções de Genebra de 1949 não ofereceram soluções adequadas aos problemas surgidos dos conflitos armados subsequentes, nem propiciaram proteção suficiente às novas categorias de vítimas criadas por eles. A elaboração dos Protocolos de 1977, adicionais às Convenções de 1949, foi um resultado direto daqueles conflitos armados. (Arcabouço jurídico do direito humanitário. DHnet. Disponível em <https://bit.ly/3tvVIm8>)

38. Acrescente-se que, por intermédio do Decreto nº 378, de 15 de outubro de 1935, o Brasil aderiu à *Convenção concernente às leis e costumes da guerra terrestre*, que engloba normas elementares à conduta de guerra. As principais normas desta categoria estão contidas na IV Convenção concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre adotada em 1899 e revisada em 1907, e especialmente na Seção II de suas Normas anexas. (Arcabouço jurídico do direito humanitário. Disponível em <https://bit.ly/3tvVIm8>)

39. Tal seção, intitulada **hostilidades**, estabelece alguns dos mais importantes princípios do Direito de Guerra, integrados desde 1977 na Parte III do Primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949. (*Id. ibid.*)

40. Destacam-se as disposições fundamentais mediante as quais o direito dos beligerantes de adotar meios de ferir o inimigo não é ilimitado; e a proibição do emprego de veneno ou armas venenosas; da perfídia; da morte ou ferimento do inimigo que tenha se rendido - uma vez depostas suas armas ou então que este não tenha mais outros meios de defesa; de declarar que nenhuma misericórdia será concedida; de empregar armas, projéteis ou materiais prováveis de causar sofrimento desnecessário; de fazer uso impróprio de uma bandeira de trégua, da bandeira nacional ou da insígnia e uniforme militar do inimigo, ou dos emblemas característicos da Convenção de Genebra. (*Id. ibid.*)

41. Ou seja, os atos de hostilidade tipificados pelo dispositivo estão inseridos, exclusivamente, **no âmbito da regulamentação do direito de guerra**, especialmente no domínio das convenções de Genebra e representam as ações pontuais, ataques e/ou estratégias praticadas no contexto de um conflito bélico, contra um Estado ou contra indivíduos de um Estado.

42. Logo, desde que interpretado sob a óptica constitucional e amoldado ao regime democrático sobre o qual se sustenta o Estado brasileiro, o dispositivo em questão - e a LSN, como um todo - revelam-se compatíveis com a Constituição da República.

43. Sigamos.

44. Progredindo em seu raciocínio, o autor também questiona a constitucionalidade do artigo 13 da LSN, cujo teor é o que segue:

Art. 13 - Comunicar, entregar ou permitir a comunicação ou a entrega, a governo ou grupo estrangeiro, ou a organização ou grupo de existência ilegal, de dados, documentos ou cópias de documentos, planos, códigos, cifras ou assuntos que, no interesse do Estado brasileiro, são classificados como sigilosos.

45. Segundo a exordial:

O art. 13, de igual maneira, viola os mesmos dispositivos ao criminalizar a conduta do cidadão que, por exemplo, denuncia violações de direitos humanos perpetradas pelo Estado brasileiro no exterior. Veja-se que todos os registros de tortura e execuções extrajudiciais havidos durante os anos em que a liberdade de expressão e a democracia foram sufocadas no Brasil eram “classificados como sigilosos no interesse do Estado brasileiro”. A norma, portanto, buscava perseguir quem denunciasse abusos do Estado – o que é de todo incompatível com a nova ordem constitucional.

46. Da leitura das asserções referidas pelo autor, é possível deduzir, desde já, que não passam de meras especulações sem baldrame ou conexão factual ou concreta. De fato, ao sugerir que o dispositivo poderia se estender, por exemplo, àqueles que denunciasses violações de direitos humanos a organismos internacionais, o inicial revela amplo descolamento da realidade histórica atual e da hermenêutica do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O autor parece tentar tingir de cores fortes um dispositivo que, por óbvio, tipifica condutas que têm natureza política e que pune, exclusivamente, atos de espionagem de natureza política e que possam colocar em risco a segurança nacional.

47. Tome-se, por exemplo, o método brasileiro de enriquecimento de urânio pelo processo da ultracentrifugação, desenvolvido no Brasil pelo Centro Tecnológico da Marinha em São Paulo (CTMSP), em parceria com o Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares (IPEN), órgão ligado à Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) (Disponível em <https://bit.ly/3utsHYX>). Sabe-se que é uma técnica brasileira, de natureza única e com valor estratégico extremamente relevante para o país.

48. A LSN, dado o exemplo acima, teria o condão de abarcar as condutas que, porventura, tenham dado acesso a outros Estados ou a grupos internacionais (organizações terroristas, *v.g.*), informações ou documentos secretos ou ultrassecretos (na redação da Lei 12.527, de 2011 - LAI) sobre a técnica brasileira de enriquecimento de urânio, com intuítos políticos e que coloquem em risco a segurança nacional.

49. Não há, portanto, que se cogitar os riscos de alargamento semântico propostos pelo autor, uma vez que, neste ponto, a exegese da regra em exame não autoriza outra interpretação senão aquela antes descrita; ou, como descreve Dworkin, a regra amolda-se perfeitamente ao modelo *do tudo ou nada*.

50. Sigamos adiante.

51. Na mesma toada da suposta amplitude semântica de dispositivos da LSN, o autor questiona a constitucionalidade do artigo 18 da Lei. Eis excerto da inicial:

Outro grande exemplo da enorme amplitude semântica que vulnera, a uma só vez, a liberdade de expressão e o princípio da legalidade é o art. 18 da LSN, o qual criminaliza a conduta de “tentar impedir com grave ameaça o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estado”.

Ora, o que seria a grave ameaça? Sugerir a instauração ou requerer a abertura de um processo de impeachment, por exemplo? Denunciar crimes praticados por uma autoridade constituída? Em tese, qualquer tipo de constrangimento a que seja submetido um dos Poderes poderá ser tipificado na forma do art. 18 da LSN.

E é preciso que se diga: constranger as autoridades por meios democráticos não só não é ilegal como é desejável em uma democracia saudável. Se um Presidente da República conduz mal o país, é dever dos cidadãos criticarem-no e exercerem pressão política sobre ele.

O que não se admite é a violência, mas os meios institucionais todos não só podem como devem ser adotados. A questão, ao fim e ao cabo, é a flexibilidade do texto: os críticos de uma política do governo podem ser acusados de... ameaçar gravemente o livre exercício do Poder Executivo. O limite é sutil e depende apenas da força política da autoridade que deseje reprimir a oposição.

52. Vejamos a redação do artigo 18:

Art. 18 - Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados.

53. Ora, com a decida vênua ao autor, a expressão *grave ameaça* é conhecida pelo intérprete brasileiro e não há notícia de que o tipo previsto no art. 157 do Código Penal não tenha sido recepcionado pela Constituição de 1988.

54. A *grave ameaça*, de fato, refere-se ao uso de meio apto a causar mal injusto e grave, ainda que de natureza moral. Ora, sugerir a abertura de processo de *impeachment* ou denunciar crimes de

autoridades dos Poderes de Estado não se classificam como injustas ou, muito menos, como graves, já que encontram respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Não há injustiça na ameaça de acesso... à justiça.

55. O artigo 18 da LSN, portanto, amolda-se ao modelo constitucional inaugurado em 1988, o que justifica a sua integral manutenção no ordenamento jurídico brasileiro.

56. Mas não é só. Além de questionar a suposta abertura semântica dos dispositivos antes debatidos, o autor prossegue, invocando a incompatibilidade dos artigos 22, 23 e 26 da LSN com a Carta Magna:

Melhor sorte não assiste aos arts. 22, 23 e 26 da LSN, os quais tipificam verdadeiros crimes de opinião. O grau de subjetividade conferido ao intérprete por tais dispositivos é tamanho que inviabiliza por completo a liberdade de expressão do cidadão.

Veja-se, a razão de ser do princípio da legalidade é a noção de que o destinatário da norma deve ter regras claras para orientar sua conduta.

O princípio da legalidade é, portanto, consequência direta da cisão entre Direito e moral e característica intrínseca a um Estado Democrático de Direito. Contudo, se a norma que impõe ao cidadão um dever de não-fazer pode possuir qualquer significado, então o cidadão abster-se-á de praticar qualquer conduta por medo de que constitua crime.

É assim que os arts. 22, 23 e 26 da LSN acabam por cercear por completo a liberdade de expressão, colocando uma espada de Dâmocles sobre a cabeça dos cidadãos ante a eterna incerteza acerca dos limites de sua liberdade de expressão.

Novamente, o exemplo esclarece: um cidadão que defende política de cotas, movimentos sociais rurais ou a tributação das igrejas e templos poderia, em tese, ser enquadrado no tipo do art. 22, II da LSN. O próprio núcleo do tipo é dotado de inaceitável indeterminação: “fazer propaganda”. O que qualificaria uma conduta como propaganda? Seria um elogio? Uma convocação? A mera comunicação?

Essa incerteza quanto ao núcleo do tipo permite com que ele seja manipulado e adaptado arbitrariamente, o que não condiz nem com o princípio da legalidade, nem com a liberdade de expressão. Aqui, imperioso registrar que em 1983, ano da edição da LSN, o conceito poderia ser atribuído a propaganda estava atrelado a ações no rádio, televisão, cinema, jornais, revistas, livros e panfletos.

Essas eram as mídias da época! Dessas mídias, vale destacar que emissoras de rádio e de televisão eram, e são até hoje, obtidas através de concessão ou permissão do estado. Ocorre que, com o advento da internet, meio de comunicação de massa que revolucionou a forma como a sociedade interage, busca informações e notícias, tornou-se potente ferramenta no processo de produzir, enviar e receber mensagens de tal forma que, diante da enorme influência da mídia digital, é questionada até mesmo no processo eleitoral.

Mídia esta que diferentemente de rádio e televisão, não depende de outorga estatal para funcionar. De fato, com este novo cenário de mídias, ampliado com o advento da internet, constata-se que o uso das redes sociais tem sido cada vez mais relevante como forma de interação e política social.

Nesse diapasão é que impõe a seguinte reflexão: Uma “postagem” com críticas às políticas de governo realizada em uma determinada rede social, no perfil de alguém tido como “influenciador digital”, poderia ser considerada, para fins da LSN, “fazer propaganda” com o fito de “calar” o cidadão, ou mesmo intimidar e dissuadir que outros concordem com a crítica.

Deveras, as Políticas de Publicidade das redes sociais são fixadas pelo idealizador, fundador ou equipe de pessoas comuns que estabelecem as regras de “convívio” entre os usuários da rede social, revelando, assim, que não há interferência ou controle do Estado nas relações pessoais tidas no ambiente virtual. Todavia, reconhece que excessos, os quais não cabem no conceito de críticas devem ser repelidos e merecem reprimenda do Poder Judiciário.

Ou, olhando o art. 23, II da LSN, mais um exemplo: um cidadão que manifeste entendimento político contrário ao ingresso de militares da ativa ou integrantes das forças policiais em cargos públicos poderá incidir em tal tipo penal.

As indagações a que seria “propaganda” também valem para o verbo nuclear do tipo previsto do art. 23: “incitar”. Em razão disso, as hipóteses dos incisos do art. 23 são tão abstratas que permitiriam que

qualquer crítica mais incisiva a, ou mesmo uma convocação para manifestação contrária à atuação do governo, às Forças Armadas ou à situação socioeconômica do país poderia ser vista como crime (!!)

contra a segurança nacional.

A obsolescência de ambos os artigos também se mostra em seu repúdio à “luta de classes”, elemento umbilicalmente conectado a uma sociedade estratificada, separada por castas, que não comportam mais no Brasil pós-Constituição de 88. A divisão mundial entre democracia e socialismo está superada há três décadas, ao passo que a Carta de 88 prega a construção de uma sociedade livre, justa, fraterna, solidária e igualitária.

O próprio conceito de “classes sociais” se mostra anacrônico diante da ordem constitucional de 1988 e com ela incompatível, uma vez que uma sociedade igualitária jamais poderá ser uma sociedade dividida em estamentos.

O art. 26, a seu turno, confere uma imunidade absoluta a autoridades públicas, blindando-as totalmente de críticas – o que só se poderá admitir em um regime de exceção. A esse respeito, é bom ressaltar que o exercício de um cargo público exige prestação de contas, sob pena de vulnerar o princípio republicano.

Diante desse accountability, tais autoridades deveriam ser menos protegidas da crítica pública – e não o contrário. Efetivamente, uma ordem constitucional republicana não poderá, sob hipótese alguma, admitir o tipo penal de lesa-majestade.

57. Conhecidas as teses, sigamos.

58. Antes de tudo, releva ressaltar que, nada obstante não exista hierarquia entre os diversos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, é claro e evidente que a liberdade de expressão figura como ponto nodal do Estado Democrático de Direito. É por intermédio da livre circulação de ideias que se constrói a dialética entre pensamentos distintos, com a formação de teses, antíteses e hipóteses que elevam o pensamento individual e coletivo orientado à crítica; ou, ao pensamento crítico.

59. Não se olvide, no entanto, que não há de se cogitar direitos fundamentais absolutos. Eles, simplesmente, não existem. O mesmo se pode dizer do direito fundamental à liberdade de expressão. Por óbvio, as restrições à liberdade de expressão (não *limites*, que sugeririam uma suposta adesão à teoria interna) não se confundem com censura. Afinal, como bem destaca Norberto Bobbio,

(n)a maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas. (*A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.24.

60. Ou seja, em uma perspectiva de ponderação, a liberdade de expressão submete-se a restrições em um cálculo de razoabilidade e proporcionalidade, que reconhece, *in concreto*, a prevalência de um ou outro valor fundamental. Além disso, não se olvide que a própria Carta Magna afasta do núcleo essencial protegido elementos que extrapolam o direito fundamental, tais como o anonimato (art. 5º, IV), o direito de resposta e o dano moral e material (art. 5º, V), a proteção à privacidade e à intimidade (art. 5º, X), dentre outros. Naturalmente, indo-se além do núcleo constitucionalmente protegido, as eventuais condutas excessivas poderão resvalar em tipificação penal, por intermédio dos crimes contra a honra.

61. Portanto, eventuais restrições e a própria tipificação de condutas que excedem o direito fundamental de liberdade de expressão não se qualificam, de modo algum, como censura ou atentado ao princípio republicano, como quer fazer crer a petição inicial.

62. De fato, não se inaugura persecução penal ou se instaura inquérito com base em meras opiniões, perspectivas, humor ou considerações técnicas. Tal excepcionalidade, na verdade, se configura apenas nas hipóteses em que, pelo seu conteúdo, a conduta socialmente reprovável simplesmente não encontra respaldo no direito fundamental, subsumindo-se ao tipo penal em abstrato.

63. Ressalte-se uma vez mais: nem o Código Penal, tampouco o artigo 26 LSN são inconstitucionais ou revelam censura. Como dito anteriormente, a tipificação dessas condutas representa, exclusivamente, o poder-dever estatal de resguardar direitos de personalidade atingidos por condutas não resguardadas pelo direito fundamental da liberdade de expressão.

64. Neste ponto, importante destacar que, recentemente, Karl Popper tem sido invocado, de forma equivocada, no âmbito dos debates em torno das restrições à liberdade de expressão. Assim, vale o realce: o filósofo germânico nunca justificou a intolerância (mesmo com os intolerantes), mas a resistência legal e constitucional, resguardada a liberdade de expressão:

(...) não pretendo dizer que devemos sempre suprimir a verbalização de filosofias intolerantes; conquanto que possamos contradizê-las através de discurso racional e combatê-las na opinião pública, censurá-las seria extremamente insensato. (Disponível em <https://bit.ly/3eXDQN8>)

65. Ou seja, a tipificação de condutas que violem a **honra** das autoridades do Estado ou de qualquer cidadão não representam censura, mas mera reação legítima do Estado na proteção dos direitos de personalidade de cada indivíduo. De modo a ilustrar tal constatação, vale recordar que, nos Estados Unidos, a Constituição não admite restrições de ordem infraconstitucional:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

66. Nada obstante, a Suprema Corte tem admitido, com alguma frequência, que a liberdade de expressão submeta-se a restrições, entre as quais se destacam a vedação a condutas que podem causar mal a outras pessoas (*Schenck v. United States* - 1919), distribuição de material obsceno (*Roth v. United States* - 1957), discursos escolares obscenos ou que estimulem o uso de drogas (*Bethel School District #43 v. Fraser* - 1986; *Morse v. Frederick* - 2007).

67. Do mesmo modo, outras restrições aplicam-se ao direito fundamental de livre expressão do pensamento, tais como o uso de expressões e frases difamatórias, fraudulentas, obscenas, que contenham pornografia infantil, que representem ameaça ou outros tipos de ofensa. De fato, como decidiu a Suprema Corte em *Brandenburg v. Ohio* (1969), o Estado pode restringir, até mesmo, o incitamento de *ações ilegais*, desde que observados determinados critérios.

68. Não se olvide que o próprio Supremo Tribunal Federal, nos autos do INQUÉRITO 4.781, aderiu ao entendimento antes aludido, aplicando a LSN a um caso concreto em que teria ocorrido abuso do direito de liberdade de expressão. Eis excerto relevante de decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes:

Na presente hipótese, as condutas praticadas pelo referido Deputado Federal, além de tipificarem crimes contra a honra do Poder Judiciário e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, são previstas, expressamente, na Lei nº 7.170/73, especificamente, nos artigos 17, 18, 22, incisos I e IV, 23, incisos I, II e IV e 26:

Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.

Parágrafo único.- Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; se resulta morte, aumenta-se até o dobro.

Art. 18 - Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados.

Pena: reclusão, de 2 a 6 anos.

Art. 22 - Fazer, em público, propaganda:

I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social; (...)

IV - de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Pena: detenção, de 1 a 4 anos.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio ou televisão.

Art. 23 - Incitar:

I - à subversão da ordem política ou social;

II - à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis; (...)

IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Art. 26 - Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga.

As condutas criminosas do parlamentar configuram flagrante delito, pois na verifica-se, de maneira clara e evidente, a perpetuação dos delitos acima mencionados, uma vez que o referido vídeo permanece disponível e acessível a todos os usuários da rede mundial de computadores, sendo que até o momento, apenas em um canal que fora disponibilizado, o vídeo já conta com mais de 55 mil acessos.

69. Sigamos adiante.

70. Além dos dispositivos antes abordados, o autor também argumenta que o art. 22, da LSN, também não teria sido recepcionado pela Constituição.

71. É importante destacar, uma vez mais, que no despacho do Ministro Alexandre de Moraes, no INQUÉRITO 4.781, há expressa menção ao predito dispositivo, invocado em face de conduta que teria incorrido em abuso da liberdade de expressão.

72. Como visto, a tese da inicial, neste ponto, baseia-se na premissa de que os tipos impugnados seriam vagos e indeterminados. No entanto, como sublinhado anteriormente, ainda que expressões semanticamente abertas possam de provocar insegurança jurídica e, por consequência, um distanciamento indesejado do princípio inculcado no art 5º, XXXIX, da CF, o certo é que isso, por si, não significa que o dispositivo não tenha sido recepcionado pela Constituição. Isso porque, submetido a filtros constitucionais, delimitando a sua extensão e assegurando a previsibilidade e segurança jurídica de seus comandos, resta evidente que os bens jurídicos em jogo serão resguardados segundo a matriz constitucional.

73. Afinal, fazer *propaganda de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social* é, ou não, uma conduta que merece desvalor social?

74. Mais ainda: é constitucional a defesa pública e enfática de regimes totalitários como alternativa para o Estado brasileiro? É constitucional sustentar o retorno do regime militar anterior a 1988? Ou a supressão de poderes do Estado? É constitucional a defesa do nazismo? Ou de regimes notadamente tirânicos, como o stalinismo soviético?

75. Mais do que se debruçar sobre a extensão semântica do tipo, que pode ser delimitada pelo processo exegético, o Estado brasileiro deve debater se as condutas antes descritas são ou não aceitáveis e quais os seus limites. E, por óbvio, se estão ou não abarcadas pelo direito fundamental à liberdade de expressão.

76. Por relevante e como ressaltado de antanho, para tais hipóteses parece indispensável uma reação baseada no discurso racional e na opinião pública, sem se cogitar qualquer espécie de censura. (O Paradoxo da Tolerância. Karl Popper. Disponível em <https://bit.ly/3eXDQN8>).

77. Ou seja, ainda que se entenda que as condutas descritas no item 58 *supra* sejam socialmente reprováveis, mereçam crítica severa e justifiquem reação Estatal, é certo que os tipos previstos no art. 22, da LSN, devem ter sua aplicação limitada às circunscritas hipóteses em que haja um evidente intento político de ruptura da ordem democrática, evidenciada em dolo direto orientado à transgressão dos direitos fundamentais, à fratura das instituições democráticas e ao rompimento dos Poderes de Estado.

78. Com tais parâmetros em mente e reconhecida excepcionalidade do tipo em questão, resguarda-se a liberdade de expressão e repelem-se os seus excessos, exatamente como fora até o momento argumentado. Não de se considerar, portanto, que o art. 22, da LSN, sejam incompatíveis com a Constituição, mas, ao reverso, que demandam leitura sob o crivo constitucional.

79. Prossigamos.

80. O autor também alega a incompatibilidade do art. 23, da LSN, com a Constituição Federal. Sublinhe-se, uma vez mais, que o Supremo Tribunal Federal, em especial o despacho do Min. Alexandre de Moraes nos autos do IQ 4.781, expressamente refere-se aos dispositivos questionados, o que sugere, ao menos em uma leitura vestibular, que a Suprema Corte não vislumbra inconstitucionalidade das preditas regras.

81. Sublinhe-se, por relevante, que é inevitável, ao avaliar os dispositivos, que se recorra à decisão paradigmática da Suprema Corte estadunidense no caso *Brandenburg v. Ohio* (1969), que deu origem ao chamado teste de Bradenburg (ou *Imminent Lawless Action Test*), recorrentemente utilizado nas cortes norte-americanas para delimitar as fronteiras do direito fundamental à liberdade de expressão (Hesse v. Indiana, 1973; NAACP v. Claiborne Hardware Co, 1982).

82. Os fatos que deram origem ao precedente, como bem esclarece Bochi (*Liberdade de expressão e discurso de ódio: Uma análise da jurisprudência norte-americana e brasileira*, disponível em <https://bit.ly/3s7Pfxu>), são os seguintes:

O caso *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444) foi julgado pela Suprema Corte Americana no ano de 1969. A decisão, que reverteu a condenação [de Brandenburg], foi tomada *per curiam*, o que significa que foi proferida pela Corte em si, não listando um juiz específico como autor. Essa caracterização confere ainda mais relevância e importância para a decisão.

Como fundamento, a Corte cita vários precedentes, e elucida que as garantias constitucionais à liberdade de expressão e de imprensa não permitem que um Estado proíba ou condene a advocacia (defesa) do uso da força ou violação da lei, exceto quando essa defesa visa incitar ou produzir uma ação ilegal iminente e provavelmente incitará ou produzirá tal ação.

Com isso, não apenas a Corte cria um quesito objetivo para analisar quando um discurso está protegido pela Primeira Emenda (e, portanto dentro dos limites de proteção à liberdade de expressão) ou não, como também define de maneira bastante direta, que: O mero ensinamento abstrato... de conveniência moral ou até de necessidade moral de recorrer à força e violência, não é o mesmo que preparar um grupo para tomar ações violentas ou fortalecê-lo para tanto.

Ou seja, conclui que a mera advocacia abstrata de atitudes ilegais não é sinônimo de preparação de um grupo para efetivamente realizá-las. A decisão ainda preceitua que um estatuto que não consegue fazer essa distinção, inadmissivelmente penetra nas liberdades garantidas pela Primeira e pela Décima Quarta Emenda.

Desta forma, a Corte cria o que ficou conhecido como *Imminent Lawless Action Test* (Teste de Brandenburg), o que significa que somente poderá haver condenação por incitação se o discurso se encaixar na hipótese de fomento à uma ação ilegal iminente.

83. Ou seja, o teste de Brandenburg funciona como instrumento objetivo para determinar se discursos inflamados, com o intuito de incitar condutas ilegais ou reprimidas por lei, podem ser objeto de

restrição ou limitação judicial.

84. Segundo o teste, o Estado pode restringir discursos que incitem o uso da força, violência ou a prática de crimes, desde que respondam positivamente às duas questões abaixo (tradução livre do texto disponível em www.law.cornell.edu/wex/brandenburg_test):

1. O discurso é dirigido à incitação ou produção de iminente ação criminosa/ crime?

2. O discurso provavelmente incitará ou produzirá tais ações de modo concreto? (tradução livre do texto disponível em www.law.cornell.edu/wex/brandenburg_test)

85. Logo, para que a liberdade de expressão seja mitigada e um determinado discurso ou posicionamento seja considerado punível - ou típico - faz-se indispensável que exista uma "imminent lawless action" ou uma "iminente conduta ilegal", consagrando a existência de atributos temporal, probabilístico e concreto (iminente conduta).

86. No caso da LSN, além dos critérios de Brandenburg, somar-se-ia o critério do dolo direito de natureza política, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Note-se que, por óbvio, não se está a sugerir que o Supremo Tribunal Federal deva adotar os parâmetros inaugurados por *Brandenburg v. Ohio*, uma vez que a tradição e realidade jurídica brasileira não se confunde com a estadunidense.

87. No entanto, resta evidente que, ao contrário do que afirma o partido autor, é possível definir critérios que resguardem a segurança jurídica e a previsibilidade na avaliação das condutas descritas no art 23 da LSN. Logo, sob o manto da Constituição de 1988, do direito fundamental à liberdade de expressão e da inexorável demanda pela segurança nacional (da ordem democrática, das instituições e dos Poderes de Estado), o artigo 23, incisos I a III, da LSN, admite exegese perfeitamente compatível com o regime plural e democrático ora vigente e com o que define o artigo (art 5º, XXXIX, da CF).

88. Concluída a avaliação neste ponto, continuemos.

89. A manifestação exordial, em um último momento, volta-se contra a redação dos arts. 31 e 32 da LSN, os quais permitem que a investigação dos crimes contra a segurança nacional se dê por autoridades militares ou seja instaurada por sua requisição. Também questiona a recepção do artigo 33, que possibilita que a autoridade administrativa mantenha o indicado preso ou sob custódia pelo prazo de quinze dias (*caput*) e, ainda, incomunicável pelo prazo de até cinco dias (§ 2º)

90. Segundo o autor:

Sob outra perspectiva, a Lei de Segurança Nacional se mostra incompatível com a Constituição de 1988 porque, em seus arts. 30 e 33, violam de modo grave o princípio do juiz natural, a reserva de jurisdição e a vedação à incomunicabilidade do preso.

Ao prever competência da Justiça Militar para processar e julgar os crimes tipificados na LSN – além do claro caráter antidemocrático, que conflita com o art. 1º da CF/88 – verifica-se, também, violação ao princípio do juiz natural. Isso porque, na forma do art. 124, *caput* da CF/88, compete à Justiça Militar julgar somente crimes militares. Infrações à LSN praticadas por civis não são crimes desta natureza – são, em tese, crimes políticos, cuja competência para julgamento é da Justiça Federal, na forma do art. 109, inciso IV. Aliás, a esse respeito já se manifestou o STF:

(...)

Em se tratando, portanto, de norma infraconstitucional que atribui competência em desconformidade com a Lei Maior, há manifesta ofensa ao princípio fundamental do juiz natural (art. 5º, LIII, CF), além de incompatibilidade com os artigos 109, IV e 124 da CF. No mesmo sentido, a abertura de inquérito conduzido por autoridades militares (art. 32, LSN) afronta previsão constitucional de atribuição de tais competências para a Polícia Federal, insculpida no art. 114, § 1º, incisos I e IV da CF/88.

E, por fim, o art. 33, *caput* e § 2º da LSN – ao permitir a incomunicabilidade do preso e a prisão sem decisão judicial – viola flagrantemente a dicção do art. 5º, LXI da CF, que exige “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, bem como a previsão do art. 136, § 3º, IV da

CF/88 – o qual não permite a incomunicabilidade de preso nem mesmo durante a vigência de estado de defesa. Como visto, as incompatibilidades da LSN com a CF/88 são incontáveis.

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

As violações acima narradas não exaurem as incompatibilidades da LSN com a ordem democrática inaugurada pela Constituição de 1988. A norma impugnada, a seu turno, deve ser vista como um bloco pro indiviso, tal qual a Lei de Imprensa, diante de sua essência dissonante do sistema democrático vigente, que é fruto da Doutrina de Segurança Nacional.

91. Para ilustrar, pede-se vênia para reproduzir as regras impugnadas:

Art. 31 - Para apuração de fato que configure crime previsto nesta Lei, instaurar-se-á inquérito policial, pela Polícia Federal:

(...)

III - mediante requisição de autoridade militar responsável pela segurança interna; (...)

Art. 32 - Será instaurado inquérito Policial Militar se o agente for militar ou assemelhado, ou quando o crime:

I - lesar patrimônio sob administração militar;

II - for praticado em lugar diretamente sujeito à administração militar ou contra militar ou assemelhado em serviço;

III - for praticado nas regiões alcançadas pela decretação do estado de emergência ou do estado de sítio.

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

§ 1º - Em caso de justificada necessidade, esse prazo poderá ser dilatado por mais quinze dias, por decisão do juiz, a pedido do encarregado do inquérito, ouvido o Ministério Público.

§ 2º - A incomunicabilidade do indiciado, no período inicial das investigações, será permitida pelo prazo improrrogável de, no máximo, cinco dias.

§ 3º - O preso ou custodiado deverá ser recolhido e mantido em lugar diverso do destinado aos presos por crimes comuns, com estrita observância do disposto nos [arts. 237 a 242 do Código de Processo Penal Militar](#).

§ 4º - Em qualquer fase do inquérito, a requerimento da defesa, do indiciado, de seu cônjuge, descendente ou ascendente, será realizado exame na pessoa do indiciado para verificação de sua integridade física e mental; uma via do laudo, elaborado por dois peritos médicos e instruída com fotografias, será juntada aos autos do inquérito.

§ 5º - Esgotado o prazo de quinze dias de prisão ou custódia ou de sua eventual prorrogação, o indiciado será imediatamente libertado, salvo se decretadas prisão preventiva, a requerimento do encarregado do inquérito ou do órgão do Ministério Público.

§ 6º - O tempo de prisão ou custódia será computado no de execução da pena privativa de liberdade.

92. Analisemos, pois, as teses trazidas à lume pelo partido autor.

93. Primeiro, no que concerne ao artigo 31, inciso III, parece claro que a interpretação possível da expressão *requisição*, após a vigência da Constituição de 1988, é aquela que a coloca no mesmo patamar de *requerimento*, sem qualquer ascensão hierárquica sobre a autoridade policial judiciária, com a qual as forças militares mantêm uma relação de equilíbrio institucional.

94. Segundo, o *caput* do artigo 33 não contempla outra leitura se não aquela que conjuga as regras ali descritas com o baldrame indisponível do art 5º, incisos XXXV (a lei não excluirá da apreciação do

Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) e LIV (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal). A prisão, de fato, de aperfeiçoa exclusivamente por ordem judicial, exceto nas exceções constitucionalmente previstas.

95. Por outro lado, no que toca à incomunicabilidade do preso, prevista no § 2º, vale recordar que a maior parte da doutrina entende que a regra não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, por força do comando do art. 136, § 3º, inc. IV da Constituição, que veda a incomunicabilidade do preso até mesmo na vigência do estado de defesa.

96. Ademais, segundo o art. 5º, inc. LXII, da Carta Magna, “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”, o que por si revelaria uma incongruência incompatível com a manutenção da incompatibilidade. Como seria possível a restrição à comunicação externa e o direito de comunicação, do preso, com a família e com o advogado?

97. Não se olvide, por outro lado, que o art. 7º, inciso III, da Lei 8906, de 1994 (Estatuto da OAB), expressamente prevê que é direito do advogado comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, **ainda que considerados incomunicáveis**.

98. É certo, ademais, que há decisões de tribunais superiores, ainda que em *obiter dictum*, que não afastam a normatividade do artigo 21 do Código de Processo Penal, que também prevê a incomunicabilidade do preso:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.028.847 - SP (2008/0023172-4) RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN RECORRENTE : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DE SÃO PAULO ADVOGADO : ROBERTO SOARES GARCIA E OUTRO(S) RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO ADVOGADO : MARIA LUCIANA DE OLIVEIRA FACCHINA PODVAL E OUTRO(S) EMENTA ADMINISTRATIVO. RESOLUÇÃO SAP 49 DO ESTADO DE SÃO PAULO. ATO NORMATIVO REGULADOR DO DIREITO DE VISITA E ENTREVISTA COM CAUSÍDICO NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS. RESTRIÇÃO A GARANTIAS PREVISTAS NO ESTATUTO DOS ADVOGADOS E NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. IMPOSSIBILIDADE.

(...) O prévio agendamento das visitas, mediante requerimento à Direção do estabelecimento prisional, é exigência que fere o direito do advogado de comunicar-se com cliente recolhido a estabelecimento civil, **ainda que incomunicável**, conforme preceitua o artigo 7º da Lei 8.906/1994, norma hierarquicamente superior ao ato impugnado. A mesma lei prevê o livre acesso do advogado às dependências de prisões, mesmo fora de expediente e sem a presença dos administradores da instituição, garantia que não poderia ter sido limitada pela Resolução SAP 49. Precedente do STJ. (destaque nosso)

99. Neste ponto, portanto, há de se reconhecer a controvérsia em torno da incomunicabilidade do preso, o que de fato justifica a leitura minuciosa do tema pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado.

100. Finalmente, ante tudo o que fora exposto e à guisa de conclusão, tem-se que, desde que interpretada sob a óptica constitucional e amoldada ao regime democrático sobre o qual se sustenta o Estado brasileiro inaugurado em 1988, assegurada a previsibilidade e a segurança jurídica, a Lei de Segurança Nacional mostra-se compatível com os direitos e preceitos fundamentais, inclusive com a liberdade de expressão.

101. Dito isso e conforme se demonstrou, é certo que a Lei 7.170, de 1983, resguardados os devidos temperos axiológicos e principiológicos, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

III. CONCLUSÃO

102. Com baldrame nas razões trazidas à baila, demonstrada a compatibilidade das normas impugnadas com as regras e princípio constitucionais ínsitos à espécie e a consequente recepção dos

dispositivos questionados pela Constituição Federal, pugna-se pela improcedência total do pedido formulado pela ADPF 815/DF.

103. São estas as considerações a que submetemos ao conhecimento da Consultoria-Geral da União, a título de subsídios.

Brasília, 05 de abril de 2021

DOUGLAS HENRIQUE MARIN DOS SANTOS
Subchefia para Assuntos Jurídicos
Secretaria-Geral da Presidência da República

De acordo.

RENATO DE LIMA FRANÇA
Subchefe Adjunto de Assuntos Institucionais
Subchefia para Assuntos Jurídicos
Secretaria-Geral da Presidência da República

Aprovo.

HUMBERTO FERNANDES DE MOURA
Subchefe Adjunto Executivo
Subchefia para Assuntos Jurídicos
Secretaria-Geral da Presidência da República

PEDRO CESAR NUNES F. M. DE SOUSA
Subchefe para Assuntos Jurídicos
Subchefia para Assuntos Jurídicos
Secretaria-Geral da Presidência da República



Documento assinado eletronicamente por **Douglas Henrique Marin dos Santos, Assessor**, em 07/04/2021, às 09:49, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Renato de Lima França, Subchefe Adjunto**, em 07/04/2021, às 15:36, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Humberto Fernandes de Moura, Subchefe Adjunto Executivo**, em 07/04/2021, às 19:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).

Documento assinado eletronicamente por **Pedro Cesar Nunes Ferreira Marques de Sousa, Subchefe**, em



07/04/2021, às 22:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade do documento pode ser conferida informando o código verificador **2487400** e o código CRC **AAA79D59** no site:

https://sei-pr.presidencia.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0

Referência: Processo nº 00692.000892/2021-31

SEI nº 2487400