



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

HENDERSON WILLIAM ALVES FERREIRA

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A DOCTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL

BRASÍLIA
2013

HENDERSON WILLIAM ALVES FERREIRA

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A DOCTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientadora: Carolina Luíza de Lacerda Abreu

BRASÍLIA

2013

HENDERSON WILLIAM ALVES FERREIRA

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A DOCTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientadora: Carolina Luíza de Lacerda Abreu

Brasília, _____ de _____ de 2013.

Banca Examinadora

Prof. Carolina Luíza de Lacerda Abreu
Orientadora

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

RESUMO

Este trabalho monográfico tem como finalidade, num primeiro plano, analisar distintamente os conceitos teóricos do direito penal do inimigo, assim como da Doutrina de Segurança Nacional, para, em seguida, relacioná-los. O direito penal do inimigo é um conceito teórico que busca refrear a expansão do direito penal. As principais características dessa teoria são a antecipação da punibilidade, a desproporcionalidade das penas e a restrição de direitos e garantias dos etiquetados como inimigos. A Doutrina de Segurança Nacional, por sua vez, foi uma concepção ideológica que orientou o regime civil-militar imposto no Brasil no período de 1964 a 1985. Tinha por objetivo proteger o Estado contra a influência comunista e, para alcançá-lo, legitimava o emprego da força física (repressão). Os objetos de análise deste trabalho divergem quanto à finalidade, mas assentem quanto ao meio empregado para atingir suas respectivas metas: ambas as teorias optam pelo uso do conceito limitado de inimigo. O propósito fundamental é fomentar o debate acadêmico acerca do tema.

Palavras-chave: direito penal do inimigo. Doutrina de Segurança Nacional.

ABSTRACT

This monograph is intended, in the foreground, look distinctly theoretical concepts of criminal law of the enemy, as well as the National Security Doctrine, to then relate them. The criminal law of the enemy is a theoretical concept which seeks to curb the expansion of criminal law. The main features of this theory are the anticipation of punishment, the disproportionality of punishment and the restriction of rights and guarantees for those who are labeled as enemies. The National Security Doctrine, in turn, was a conception of ideology that guided the civil-military enforced regime in Brazil in the period 1964-1985. It was intended to protect the state against communist influence and to achieve it, legitimized the use of force (suppression). The object of analysis of this study differ as to the purpose, but settle on the means employed to achieve their respective goals: both theories opt for limited use of the concept of enemy. The fundamental purpose is to foster academic debate on the subject.

Keywords: criminal law of the enemy. National Security Doctrine.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 AS BASES TEÓRICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	9
1.1 CONCEITO E FINALIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	10
1.2 A PENA SEGUNDO O DIREITO PENAL DO INIMIGO	12
1.3 CONCEPÇÕES FILOSÓFICAS JUSTIFICADORAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	14
1.4 A PERSONALIDADE NO DIREITO PENAL DO INIMIGO	16
2. BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA: BRASIL PRÉ E PÓS 1964	22
2.1. DOCTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL.....	28
2.2 ATO INSTITUCIONAL Nº 1	34
2.3 INQUÉRITOS POLICIAIS MILITARES – IPMs.....	35
2.4 ATO INSTITUCIONAL Nº 2 – AI-2.....	37
2.5 CONSTITUIÇÃO DE 1967	37
2.6 ATO INSTITUCIONAL Nº 5 – AI-5.....	38
2.7 TORTURA PROMOVIDA PELO ESTADO	40
2.8 OBAN E CODI-DOI	46
2.9 FUNDAMENTO FILOSÓFICO DA DOCTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL.....	47
3 O INIMIGO NO BRASIL PÓS 1964	50
3.1 SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DA LUTA ARMADA.....	51
3.2 MODO DE ATUAÇÃO DO INIMIGO NO BRASIL PÓS 1964.....	52
3.3 PERFIL DOS OPOSITORES E DAS ORGANIZAÇÕES DISSIDENTES.....	55
4 IDENTIDADE ENTRE A DOCTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO	57
4.1 FRONTEIRAS IDEOLÓGICAS.....	58
4.2 PREVALÊNCIA DA SEGURANÇA	59
4.3 CARÁTER BÉLICO	61
4.4 DOCTRINAS ILIMITADAS.....	62
4.5 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS.....	63
4.6 TRATAMENTO PENAL DIFERENCIADO	65
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

A escolha do tema da monografia constitui-se na matéria mais árdua de um trabalho de conclusão de curso. Se o autor optar pelo ineditismo do assunto, a dificuldade é ainda maior. Todavia, o acaso, por vezes, pode ajudar.

Cléber Masson, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, em palestra ministrada no Centro Universitário de Brasília – UniCeub, discorreu sobre o direito penal do inimigo. O palestrante, em síntese, expôs que o direito penal do inimigo é um conceito teórico que reflete a expansão do Direito Penal. Vale dizer, amplia-se o setor de intervenção do Estado na esfera individual, ao mesmo tempo em que se flexibilizam os direitos e garantias penais do indivíduo. E isso tudo se dá por um conjunto punitivo de leis, inserido no âmbito do Direito Penal, contra destinatários definidos – os inimigos. Estes, por opção, atuam contra a estrutura estatal por meio da prática habitual e profissional de delitos, diferentemente dos cidadãos, que cometem crimes incidentalmente. As principais características dessa teoria são a antecipação da punibilidade, a desproporcionalidade das penas e a restrição de direitos e garantias dos etiquetados como inimigos.

No dia seguinte à palestra, o curso de História do Uniceub promoveu a exibição de um documentário intitulado “Cidadão Boilesen”. O filme retratava a vida de Henning Albert Boilesen, um empresário dinamarquês radicado em São Paulo e muito influente nos tempos do regime civil-militar (1964-1985). Ele foi assassinado por integrantes de grupos armados da esquerda, sob a acusação de financiar a repressão estatal por meio da Operação Bandeirante – Oban, bem como por presenciar as sessões de tortura procedidas pelos agentes policiais. O documentário é pródigo em depoimentos de militares e de opositores e enfoca os métodos de tortura.

A associação entre os conteúdos dos dois eventos foi inevitável. A despeito do anacronismo, estava claro que o direito penal do inimigo havia sido empregado nos tempos do regime militar. Era preciso, entretanto, estabelecer uma relação entre um e outro, uma vez que impressões não fundamentam um trabalho científico. Nesse sentido, após uma superficial pesquisa, constatou-se que a concepção ideológica que orientava o regime civil-militar era a

Doutrina de Segurança Nacional. Esta foi um instituto doutrinário de guerra de origem americana, cujo objetivo era proteger o Estado contra a influência comunista. Assim, todo dissidente acusado de subversão era tido como um inimigo, e enquanto tal devia ser eliminado. Para alcançar a sua meta, as agências estatais usaram a força física (repressão), intervindo fortemente na amplitude individual dos cidadãos e desconsiderando seus direitos e garantias jurídicos-penais.

De mais a mais, amparando-se na astuta observação de Eugenio Raúl Zaffaroni, o presente trabalho opta por abordar um assunto pouco discutido, vez que os doutrinadores “[...] nem sequer se preocuparam em teorizar um direito penal de segurança nacional, salvo alguma exceção isolada.” (ZAFFARONI, 2011, p. 147)

Diante de duas teorias bem definidas, o objetivo deste trabalho será relacioná-las, buscando conhecer em que medida a Doutrina de Segurança Nacional permitirá saber mais sobre o direito penal do inimigo. Para tanto, este trabalho basear-se-á na pesquisa bibliográfica de livros jurídicos e históricos.

Por fim, cabe ressaltar que este estudo monográfico não busca fazer juízo de valor acerca dos episódios históricos eventualmente expostos. A preocupação limita-se a apresentar os fatos, analisá-los e relacioná-los sob uma perspectiva jurídica, fomentando, acima de tudo, o debate acadêmico.

1 AS BASES TEÓRICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O direito penal do inimigo é um assunto propício ao debate. A começar pelo seu título que encerra uma palavra de forte conteúdo preconceituoso. Todavia, não é o objetivo deste trabalho, a princípio, estabelecer qualquer juízo de valor. Opta-se, sim, para uma melhor compreensão do assunto, uma necessária análise acerca de tão controvertida matéria. Assim, a meta primária desse trabalho será elencar as peculiaridades essenciais da teoria em epígrafe.

Ao se pesquisar o direito penal do inimigo, verifica-se que é uma teoria relativamente nova no âmbito da ciência criminal. Num artigo escrito por Moraes (2008, p. 11), tem-se a seguinte informação:

Jakobs, no ano de 1985, num seminário realizado em Frankfurt, [...] concluiu, em sério tom de crítica, que havia se desenvolvido na Alemanha um direito penal parcial. A este direito o doutrinador conferiu a denominação de direito penal do inimigo.

O idealizador desta teoria é Gunther Jakobs, um penalista e cientista alemão, considerado o mais importante discípulo de Hans Welzel. Antes de lançar o conceito doutrinário em epígrafe, Jakobs notabilizou-se por afastar-se da doutrina de Welzel, que considerava o direito penal como instrumento regulador do funcionamento da sociedade. Ele criou o que seria a pedra fundamental do direito penal do inimigo: o funcionalismo sistêmico, segundo o qual a credibilidade da norma está diretamente associada à sua reiterada incidência.

Inicialmente, Jakobs tratava sua teoria com reservas. Posteriormente ele mudou de opinião. Bung (2006, p. 111) ciente deste fato, assim dispôs num artigo:

Jakobs introduz o conceito de direito penal do inimigo, como se sabe, em seu ensaio publicado na *ZStW*, há mais de vinte anos, sobre Criminalização antecipada à lesão do bem jurídico. [...] Apesar de o discurso sobre o direito penal do inimigo, num primeiro momento, dar a impressão de que se trata essencialmente de uma crítica a uma forma específica de criação de normas penais, que deve ser objeto de reflexão em um Estado de Direito (crítica que se expressa especialmente na criminalização antecipada dirigida ao “âmbito interno” do prospectivo autor), entremostam-se, já nesta proposta remota, os

elementos intelectuais que solapam o sentido metodológico e normativo de uma separação entre direito penal do inimigo e direito penal do cidadão.

Moraes (2008, p. 12), discorre sobre o assunto no mesmo sentido:

[...] em 1999 durante a Conferência do Milênio, realizada em Berlim, reverte-se em um discurso em defesa desse mesmo direito penal parcial por ele antes criticado. [...], em 1985, Jakobs criticava tais preceitos jurídico-penais de forma ampla, enquanto que, no ano de 1999, restringia seu discurso de apologia ao direito penal do inimigo como sendo a única alternativa viável aos delitos de natureza grave, em especial as práticas terroristas.

Lopes e Otaviano (2011, p. 149) informam que o direito penal do inimigo foi apresentado como uma doutrina incompatível com o estado de liberdades. Contudo, após dez anos, a doutrina penal dos indesejáveis reaparece, e dessa vez com a proposta de coexistir com o direito penal comum, sob pena de considerar o desvio de comportamento do cidadão como um ato próprio do inimigo do Estado.

Portanto, fica claro que o direito penal do inimigo é uma teoria estrangeira, idealizada pelo alemão Gunther Jakobs, que, numa primeira fase ganha coloridos de crítica, mas que posteriormente legitima a polarização do direito penal.

1.1 CONCEITO E FINALIDADE DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Gunther Jakobs não tem a intenção de conceituar direito penal do inimigo. Sua proposta é apenas descrevê-lo. Assim se manifestou Greco (2005, p. 94), “[...] não fica claro se o autor apenas descreve, ou se já está legitimando. Ele declara repetidamente estar apenas descrevendo.” Todavia, ao se ler a obra do jurista alemão, não é difícil formular um conceito a respeito do direito penal do inimigo. Por isso, é possível encontrar um esboço de conceito nos diversos ensaios acadêmicos que debatem sobre o tema. A depender do posicionamento de cada autor em relação à doutrina jakobsiana, tem-se um conceito mais voltado para o “garantismo” ou para a “lei e ordem”.

Para Bung (2006, p. 130) o direito penal do inimigo é uma ferramenta do medo. Segundo este autor, a lógica de segurança proposta pelo direito penal do inimigo, consubstanciada na segregação dos indivíduos perigosos, segue a ideia de um direito penal que transforma uma pessoa deliberadamente dissidente numa não-pessoa.

Zaffaroni (2011, p. 155 e 156) escreve que o professor de Bonn entende o direito penal do inimigo como uma ferramenta destinada a conferir um tratamento diferenciado aos delinquentes contumazes, notadamente aos terroristas, mediante a confinção forçada desses “indesejáveis”. O direito penal habilitaria o poder punitivo a selecionar os autores dos fatos típicos: para os cidadãos, o tratamento de pessoa; para os inimigos, o de não pessoa. Não que Jakobs tenha um viés ideológico autoritário. Na verdade, ele formula sua teoria no intuito de preservar o direito penal do cidadão, limitando o avanço do fenômeno do endurecimento legislativo penal, muito comum nos últimos anos. Dessa forma, ciente da já existência de um tratamento diferenciado, Jakobs levanta a necessidade de se legitimar o direito penal do inimigo, como meio de deter o recrudescimento da vertente “lei e ordem”. No campo das ideias, nessa perspectiva de tática de contenção, o direito penal do inimigo funcionaria num compartimento isolado do direito penal do cidadão, de tal forma que neste continuaria a vigor os direitos e as garantias fundamentais do cidadão. Buscava-se, assim, a não contaminação da esfera penal do cidadão pela esfera penal do inimigo.

Greco (2005, p. 93), por sua vez, adotando uma análise semântica, afirma que “[...] o direito penal do inimigo é o tipo ideal de um direito penal que não respeita o autor como pessoa, mas que almeja neutralizá-lo como fonte de perigo.” Em outra circunstância, Greco (2005, p. 99) afirma que

[...] o direito penal do inimigo é, já por definição, aquele que pune sem reconhecer o limite de que o homem é um fim em si mesmo, mas sim atendendo unicamente às necessidades de prevenção de novos delitos de parte daquele que é considerado perigoso.

Resta evidente, assim, que a teoria jakobsiana, antes de conceituar ou mesmo descrever o que vem a ser direito penal do inimigo, ela legitima a despersonalização do

indivíduo, acreditando na preservação do direito penal. Sua intenção é patente: selecionar o inimigo, segregando-o dos cidadãos comuns e, assim, proteger o ordenamento jurídico e, com efeito, todo o tecido social.

1.2 A PENA SEGUNDO O DIREITO PENAL DO INIMIGO

No âmbito do direito penal, a pena é plurifuncional. Ela desempenha o papel de retribuir ao agente o mal por ele perpetrado. Tem ainda caráter pedagógico, mostrando a cada cidadão os efeitos danosos de uma conduta eleita como reprovável. Serve, por fim, como um meio de ressocializar aquele que se desviou da senda do bem. Pode-se afirmar, dessa forma, que a pena é um instrumento de concretização da paz social.

Jakobs agrega outras finalidades às já mencionadas no parágrafo anterior. O professor alemão, a respeito da pena, formulou o funcionalismo sistêmico, uma vertente do finalismo penal de seu mestre Hanz Welzel. Segundo os dizeres de Masson (2009, p. 74) acerca do finalismo penal, a função do cidadão na sociedade é cumprir o regramento jurídico; em havendo um desvio de conduta, o sujeito deve ser eficazmente punido a fim de se restaurar a autoridade da lei penal. Vale dizer, a credibilidade na norma é obtida com sua rígida e constante aplicação. Trata-se da vigência da norma.

[...] O Estado moderno vê no autor de um fato [...] normal [...], não um inimigo que há de ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que, mediante sua conduta, tem danificado a vigência da norma e que, por isso, é chamado – de modo coativo, mas como cidadão (e não como inimigo) – a equilibrar o dano, na vigência da norma. (JAKOBS, 2007, p. 32 e 33).

A norma maculada por um delito significa uma afirmação do agente de que ela não obriga ou de que sua obrigatoriedade pode ser frustrada, caracterizando uma derrogação individual. A sociedade não pode aceitar esta atitude, sendo a reação contra este agente medida que se impõe para resguardar a credibilidade na vigência do ordenamento jurídico. Para tanto, o Estado deve declarar a culpa do criminoso e infligir-lhe uma pena. O crime e a sua respectiva pena imposta conferem ao indivíduo a condição de pessoa.

A pena é coação; [...] a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma seguirá vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato. (JAKOBS, 2007, p.22).

Para Jakobs (2007), a pena, além do seu significado simbólico – manter a vigência da norma –, produz a segregação dos elementos nocivos à sociedade, impedindo o cometimento de novos delitos. Nesse sentido, quando a pena segrega, ela não se dirige ao cidadão comum que comete um deslize penal, mas ao indivíduo perigoso. Os indesejáveis precisam ser eliminados para então não mais representar um problema social. Como a pena capital é intolerável para os padrões atuais, a solução está no encarceramento em centros de detenção com altas taxas de mortalidade e na concessão de prisões preventivas associadas à perpetuidade de julgamentos. Dessa forma, cumpre-se a real finalidade da pena: a segregação dos elementos perigosos.

Quando a coação não quer significar, quer produzir; abre-se uma lacuna a ser ocupada pela antecipação, pela mera prospecção. Jakobs (2007, p. 23) relatou que a análise de um fato criminoso deve se dar, em regra, de forma retrospectiva. Todavia, o Estado, a fim de tutelar a sociedade de danos graves e emergenciais, deve submeter um possível crime ao juízo prospectivo, antecipando-se à execução dos atos propriamente ditos. Os indivíduos perdem suas garantias individuais por causa da tendência a cometer fatos delitivos de considerável gravidade contra a coletividade.

Bung (2006, p. 121) estabelece que “[...] só se pode falar de significado quando existe um destinatário que compreende o significado. Aqui ocorre a passagem da teoria da vigência normativa para a teoria da pessoa.” Portanto, a pena se comunica com o cidadão; contra o inimigo, a coação perde sua finalidade significativa, tornando-se um instrumento segregacionista. “[...] frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. [...] a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage.” (JAKOBS, 2007, p. 30).

Destarte, a pena, no contexto do direito penal do inimigo, serve tanto para manter a credibilidade da norma como para segregar os indesejáveis, garantindo-se a convivência social (MORAES, 2008, p. 15 e 16). Ademais, ela consubstancia-se num veículo simbólico de comunicação entre o Estado e o cidadão: a pena é uma resposta ao fato criminoso. Entendendo isso, o autor de um delito manterá sua condição de pessoa; caso contrário, será um inimigo.

1.3 CONCEPÇÕES FILOSÓFICAS JUSTIFICADORAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Jakobs legitima a polarização do direito penal, baseando-se em concepções filosóficas dos contratualistas Fichte, Rousseau, Hobbes e Kant. Segundo a interpretação de Greco (2005, p. 83), “[...] realiza Jakobs uma incursão à história da filosofia política iluminista, de Hobbes até Kant, apresentando diversas fundamentações para um tratamento diferenciado para cidadãos e inimigos.”

Rousseau e Fichte são radicais em suas posições, razão pela qual Jakobs apenas os cita em sua obra como recurso argumentativo. Para Rousseau, conforme menciona Jakobs (2007, p. 25 e 26), o criminoso abandona sua condição de cidadão ao descumprir o contrato social estabelecido, na medida em que sua conduta delituosa representa uma afronta direta contra o Estado. Da mesma maneira, argumenta Fichte, pois aquele que descumpre a lei por dolo ou culpa perde sua condição de humano. Jakobs (2007, p. 27) explica o seu posicionamento antagônico argumentando que “[...] o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*.” Por isso, antes de se pensar em arbitrariamente descartar o criminoso da sociedade, deve-se tentar ressocializá-lo, ao mesmo tempo em que ele buscará reparar o dano causado. Moraes (2008, p. 21) manifestou-se de forma semelhante sobre este radicalismo, informando que a separação entre os direitos penais do cidadão e os do inimigo é muito abstrata. Ademais, o autor alegando que o delinquente deve ter uma segunda chance de reintegrar-se à sociedade, oportunidade em que irá reparar o dano outrora causado.

Na concepção filosófica hobbesiana, o inimigo é o rebelde que atenta contra a constituição do próprio Estado, consubstanciando tal conduta numa alta traição. “[...] Hobbes despersonaliza o réu de alta traição: pois também este nega, por princípio, a constituição existente.” (JAKOBS, 2007, p. 29). Na mesma toada, segue a forma de pensar de Moraes (2008,

p. 22), para quem o contrato originário de submissão tem o condão de transformar o cidadão em inimigo, uma vez que ninguém pode atuar injustamente contra o poder justo e absoluto do Estado, sob pena de, assim agindo, anular todo o pacto (contrato).

Ao se debruçar sobre a obra de Kant, Jakobs (2007, p. 28 e 29) conclui que inimigo é todo indivíduo que impugna o respeito às normas que regem determinada comunidade. E prossegue,

[...] quem não participa na vida em um “estado comunitário-legal”, deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser “tratado”, como anota expressamente Kant, como um “inimigo”.

A paz social, necessária para existência da coletividade, impõe que qualquer cidadão possa obrigar o outro a integrar o Estado constituído. E o que Jakobs (2007, p. 36) franqueia ao estabelecer que o indivíduo que não concorda em participar de um estado de cidadania não pode comungar dos benefícios do conceito de pessoa.

Bung (2006, p. 127), acerca do que foi abordado nas linhas anteriores, faz uma indagação e responde sequencialmente:

O que deve resultar da afirmação de Kant no sentido de que eu possa constringer a pessoa, “em mero estado natural”, que me ameaça constantemente, a “ou entrar comigo em um estado comunitário-legislativo ou retroceder da minha vizinhança?” Jakobs extrai desta passagem um argumento para um direito penal como direito de exclusão.

Dessa forma, Jakobs encontra fundamentos filosoficamente aptos para excluir a personalidade do indivíduo, imprimindo-lhe um estereótipo que permita a eliminação de um perigo ao invés de se compensar o dano. Nas palavras de Moraes (2008, p. 25), o doutrinador alemão quer estabelecer margens definidas de duas esferas de atuação de um direito penal

binário: a do cidadão – visando à ratificação da vigência da norma; e a do inimigo – com o objetivo de elidir o perigo, antecipando-se aos fatos futuros, em detrimento dos fatos cometidos.

1.4 A PERSONALIDADE NO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O tema acerca da personalidade tem peso relevante no âmbito do direito penal do inimigo, vez que é ela quem confere a condição de cidadão ou de inimigo, conforme o já exposto, quando a pena foi o objeto da discussão.

Jakobs (2007, p. 31), fazendo uso das teorias contratualistas de Hobbes e Kant, elabora a seguinte tese: tanto a norma quanto o cidadão dependem da sociedade para existir, e vice-versa. Inexistindo a sociedade, entendida esta como o resultado de um contrato social, o homem viveria em condições primitivas, num estado de natureza, caracterizado pela completa ausência de leis racionais e desprovido de personalidade legal.

A norma tem importância fundamental no contexto da proposição do doutrinador alemão, pois “[...] o conceito de um direito penal do inimigo deriva da teoria jakobsiana da vigência da norma, que ao mesmo tempo é uma teoria sobre o *status* da pessoa.” (BUNG, 2006, p. 110).

Acerca da norma, não basta que ela simplesmente exista. É necessário que produza efetivamente seus efeitos perante a sociedade que a promulgou. Nesse sentido, a vigência da norma dependerá da confiança mútua entre seus cidadãos. Vale dizer, todos acreditam no fiel cumprimento das normas – qualquer contradição (crime cometido por um cidadão) será sanada pelo próprio ordenamento jurídico. “Isso significa que os cálculos das pessoas deveriam partir de que os demais se comportarão de acordo com a norma, isto é, precisamente, sem infringi-la.” (JAKOBS, 2007, p.33). É o que o jurista alemão denomina de confirmação cognitiva da norma. A ausência desta compromete a vigência do ordenamento jurídico, transformando-o numa promessa vazia, pois não oferece uma configuração social confiável. Num mundo sem normas, prevalece a guerra de todos contra todos – o homem como inimigo do homem.

Para Bung (2006, p. 120), a vigência da norma se baseia na expectativa normativa e no conhecimento desta expectativa. A norma depende da confiança na sua vigência; e a confiança na vigência da norma depende apenas da expectativa de que a norma não será sistematicamente desafiada. O exemplo de Greco (2005, p. 85) sintetiza a explicação: “[...] se homicídios fossem cometidos repetidamente, em algum momento estaria afetada a confiança na vigência da proibição do homicídio”.

No mesmo sentido, Moraes (2008, p. 18) interpretou a obra de Gunther Jakobs, mostrando que, se uma determinada conduta é tida como proibida pelo ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, produz um evento não admitido pela sociedade, surge a necessidade de punição como medida de reafirmar a vigência daquela norma junto ao corpo social.

Acerca das normas e de sua vigência, Greco (2005, p. 84 e 85) dispõe que elas

[...] são, em primeira linha, parâmetros de interpretação, que fazem do mundo da natureza um mundo de sentido ou de comunicação. É a norma que faz da causação de uma morte em homicídio, é ela que fundamenta a expectativa e a confiança em que tais fatos não serão cometidos pelos outros, possibilitando, assim, a orientação num mundo complexo, e é ela que faz de um sistema psico-físico uma pessoa, que pode ser o autor ou a vítima de um delito.

Assim como a norma, a personalidade se determina por meio da já mencionada confirmação cognitiva. Para Gunther Jakobs (2007, p. 9 e 10), diante da falta de expectativa séria junto às leis e à sociedade, a pessoa se converte num mero postulado, aparecendo em seu lugar o indivíduo interpretado cognitivamente.

O indivíduo declara sua condição de pessoa, quando demonstra entender a diferença entre o lícito e o ilícito; quando corresponde às expectativas normativas dos demais concidadãos, consolidando a fidelidade recíproca. E sobre a personalidade, Jakobs (2007, p. 42) arremata que “[...] a personalidade, como construção exclusivamente normativa, é irreal. Só será real quando as expectativas que se dirigem a uma pessoa também se realizam no essencial”. Sobre isso, Greco (2005, p. 85 e 86) diz que a pessoa jakobsiana é um termo técnico, pois discrimina o indivíduo como portador de uma função social: aquele que segue de forma reta a

norma é um cidadão em quem a sociedade pode confiar. No mesmo sentido, vale expor o que ensinou Bung (2006, p. 122 e 123):

Uma pessoa é, segundo Jakobs, além de seu *status* como indivíduo, um ser para quem a ocorrência significativa normativa diz algo, um ser que compreende o conteúdo implícito alegado de uma contestação à norma e compreende o que é feito atualmente contra esta alegação, quando se declara a pena. [...] A pessoa é [...] um destinatário de expectativas normativas, expectativas de que a pessoa irá se comportar de modo suficientemente leal ao direito. [...] evidentemente esta expectativa orientada à pessoa e constitutiva para o status de pessoa precisa também do alicerçamento cognitivo. Quem não exerce sua competência para a confiança na norma de forma suficiente tem seu *status* como pessoa colocado em dúvida. A sociedade deve refletir se deve lidar com essa pessoa de outra forma ou a tratar de outra forma – como alguém que não compreende (porque não quer ou não pode compreender) realmente o que se passa normativamente na sociedade.

Dessa forma, se o criminoso se afasta de forma duradoura e reiterada do direito, ele não oferece segurança cognitiva para a sobrevivência da sociedade, para a vigência da norma e para o seu reconhecimento como pessoa.

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. (JAKOBS, 2007, p. 42).

A solução defendida por Jakobs é tratá-lo como inimigo, segregando-o em razão de sua conduta contumaz e que desestabiliza a existência da relação tricotômica – sociedade, norma e cidadão. “Inimigos são ‘a rigor não-pessoas’, lidar com eles não passa de ‘neutralizar uma fonte de perigo, como um animal selvagem’.” (GRECO, 2005, p. 86). E encerrando, Bung (2006, p. 123) declara que

Inimigo se torna apenas aquele que não realiza o que Jakobs denomina de a garantia mínima cognitiva de comportamento pessoal. [...] Na medida em que a fórmula da

garantia cognitiva mínima deve decidir se um indivíduo delinquente é tratado como cidadão ou como inimigo, tudo depende da precisão conceitual e da plausibilidade desta fórmula.

Sem dúvida, o principal alvo das críticas refere-se ao suposto direito do Estado de afastar do homem sua condição de pessoa. Para Greco (2005, p. 90 e 91), tal procedimento importaria um renascimento das ideias nacional-socialistas que propugnam a exclusão de determinados grupos. No Brasil, essa concepção seria constitucionalmente inaceitável, mostrando-se inapropriada para um estado democrático de direito. “[...] ela justificaria sistemas totalitários atuais ou futuros; ela representaria a pior forma de terrorismo, o terrorismo estatal; ela configuraria um inadmissível direito penal de autor.” (GRECO, 2005, p. 91). Por sua vez, Bung (2006, p. 124) expõe sua crítica da seguinte forma:

Em quem pensa Jakobs, pois, ou quem tem em mira, quando fala de um ‘comportamento recorrentemente anômico’? Porventura o terrorista, que durante anos compra seu pãozinho aos domingos de forma discreta, limpa o corredor de sua casa e então um belo dia se explode no metrô? Quem se comporta constantemente como o satã, quem se comporta recorrentemente de modo anômico é muito provavelmente doente e merece ajuda, mas não que se lhe pendure uma etiqueta de inimigo, por causa do não atingimento da garantia mínima cognitiva.

Jakobs (2007, p. 29) perfilha do entendimento de Hobbes e de Kant, segundo os quais há “[...] um Direito penal do cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o *status* de pessoa.” Para a norma manter a ordem social, Jakobs divide a mesma sociedade em duas esferas de direitos distintos, aplicáveis num único contexto jurídico: um direito penal do cidadão, cabível aos delitos cotidianos, e outro direito penal do inimigo, aplicável aos casos extremos.

Nesse passo, o Estado passa a intervir de acordo com o autor do fato: a reação estatal contra o cidadão que comete um erro é objetiva e ocorre após a exteriorização de sua conduta; em relação ao inimigo que pretende sucumbir o ordenamento jurídico, o Estado antecipa-se a consumação do fato, punindo os atos preparatórios e a periculosidade do agente.

A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza [...] pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos. (JAKOBS, 2007, p. 35 e 36).

Esta antecipação não busca recompor o dano causado à norma, mas evitar o fato futuro, ou seja, “[...] o lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros: uma regulação própria do Direito penal do inimigo.” (JAKOBS, 2007, p. 44).

A respeito desta antecipação, Greco (2005, p. 82) se manifestou da seguinte forma:

Apenas um comportamento que perturbe já objetivamente, isto é, externamente, que vá além dessa esfera privada do autor, pode vir a ser relevante para o direito penal. Se for necessário recorrer a dados subjetivos ou internos para chegar à dimensão perturbadora do comportamento, se o comportamento parecer externamente inofensivo, só vindo a revelar-se problemático a partir de nosso conhecimento do que pensa ou deseja o agente, então será o dado subjetivo que na verdade está fundamentando a punição. Noutras palavras, está-se violando o princípio de que não se podem punir pensamentos: *cogitationis poenam nemo patitur*.

Para Jakobs (2007, p. 36 e 37), o Estado, a fim de proteger sua integridade, não deve fazer uso do direito penal do cidadão contra aqueles que, por princípio, escolheram o crime reiterado e duradouro, pondo em risco a credibilidade do ordenamento jurídico. Diante tais indivíduos, deve-se aplicar o direito penal do inimigo. Esta atitude preservaria o perfil do Estado de Direito e, por conseguinte, tutelaria as garantias inerentes ao direito penal do cidadão.

O direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão coexistem. Trata-se de uma consideração levantada por Jakobs no início de sua obra.

[...] não se trata de contrapor duas esferas isoladas do direito penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto, é que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais. (JAKOBS, 2007, p.21)

Todavia, a polarização e a limitação conceitual, segundo Jakobs, é necessária principalmente para diferenciar o cidadão do inimigo no âmbito do processo penal.

Um Direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do Direito penal do inimigo. (JAKOBS, 2007, p. 49 e 50).

Vale dizer, o direito penal do inimigo não se imiscuíra ao direito penal do cidadão. Para Bung (2006, p. 109), “O direito penal do inimigo deve justamente servir para que sejam apreendidos os contornos do direito penal normal, do cidadão, e característico do estado de Direito, visto que as contaminações já teriam, veladamente, ocorrido e se disseminado de modo descontrolado”.

Diante do que aqui foi apresentado, resta certo que a personalidade de cidadão está diretamente relacionada ao respeito à norma e à expectativa de que o ordenamento jurídico não será sistematicamente provocado. Nesse passo, a personalidade se determina por meio da confirmação cognitiva – entendida como a fidelidade recíproca dos cidadãos às leis. A desconsideração da personalidade é necessária para preservação do próprio direito penal, na medida em que estabelece os contornos da amplitude do direito penal do cidadão, bem como os limites de seu contraponto.

2. BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA: BRASIL PRÉ E PÓS 1964

A Doutrina de Segurança Nacional surge como decorrência da deposição de João Goulart do governo por uma junta civil-militar. Deixar essa ideia solta, sem contextualizá-la com o momento político e social pré e pós 1964, pode prejudicar o melhor entendimento do presente trabalho. Ademais, a contextualização permite analisar o objeto de estudo do presente capítulo sob a perspectiva daquela circunstância histórica. Nesse sentido, far-se-á um rápido desvio de assunto, a fim de se conhecer em que situação o Brasil implementou a concepção ideológica da segurança nacional.

O regime militar transcorreu-se num período compreendido entre 1964 e 1985, por meio de uma conspiração civil-militar que derrubou o governo constitucional do presidente João Goulart. Foram vinte e um anos marcados pelo autoritarismo, repressão, desrespeito aos direitos e garantias fundamentais. Os Poderes da República não desempenhavam suas funções típicas a contento: havia concentração de poderes nas mãos do Executivo; inoperância do Legislativo; e limitação do Judiciário.

No Brasil pré 1964, a política interna estava desgastada e instável. O golpe era iminente; um fantasma que ameaçava tanto a direita quanto a esquerda. Era forte a estagnação econômica – inflação, recessão e problemas de abastecimento.

Em agosto de 1961, Jânio Quadros renunciou à presidência. Assumiu seu vice, João Goulart, mediante astuciosa negociação política que implanta o parlamentarismo. O novo presidente é estigmatizado como populista com acentuada inabilidade retórica. Seus discursos, segundo os adversários, eram carregados de elementos ideológicos comunistas: uma real ameaça à democracia e às Forças Armadas.

Nos dizeres de Alves (2005, p.24), Jango realizara uma série de medidas que desagradara o setor empresarial: controle de remessa de lucros, edição de leis antitruste, concessão de subsídios ao capital privado e fomento a organizações de trabalhadores urbanos e rurais. Ademais, propunha uma constituinte que promoveria profundas mudanças de base. Borges Filho (1994, p.49) revela que as reformas do governo de Jango buscavam conferir maior autonomia ao capital nacional. Elas abordavam os seguintes pontos: reforma agrária com prévia

indenização em dinheiro; extensão do direito de voto aos analfabetos e praças; plena liberdade de ensino universitário; delegação de poderes legislativos ao Presidente da República; e consulta popular para referendar as reformas de base – plebiscito.

Em 30 de março de 1964, João Goulart improvisou um discurso na Reunião dos Sargentos no Automóvel Clube do Brasil, fato que induziu sua própria queda. Os comandantes militares consideraram o encontro do presidente com os sargentos um desafio, um atentado contra a hierarquia e a disciplina. Gaspari (2002, p. 63 e ss.) cita trechos do desastroso discurso:

Quem fala em disciplina, senhores sargentos, quem a alardeia, quem procura intrigar o presidente da República com as Forças Armadas em nome da disciplina, são os mesmos que, em 61, em nome da disciplina e da pretensa ordem e legalidade que eles diziam defender, prenderam dezenas de sargentos. [...] Se os sargentos me perguntassem – estas são as minhas últimas palavras – donde surgiram tantos recursos para campanha tão poderosa, para mobilização tão violenta contra o governo, eu diria, simplesmente, sargentos brasileiros, que tudo isto vem do dinheiro dos profissionais da remessa ilícita de lucros que recentemente regulamentei através de uma lei. É do dinheiro maculado pelo interesse enorme do petróleo internacional.

No dia seguinte, os militares sobem ao poder, prometendo, sob a égide da legalidade e dentro dos princípios democráticos, punir os corruptos e eliminar o perigo da subversão e do comunismo. A sociedade ficou dividida diante da derrubada do governo de Jango: uma parte repudiou o golpe, enquanto outros segmentos sociais saudaram-no com entusiasmo (ROLLEMBERG, 2009, p. 47).

Nesse ponto, cabe esclarecer a dinâmica havida entre os líderes populistas, as oligarquias precedentes, os Estados Unidos e os militares. Os governos populistas dos países do Cone Sul da América caracterizaram-se pelo protecionismo e nacionalismo, promovendo a inclusão de protagonistas antes excluídos. Por óbvio que as oligarquias e demais grupos dominantes reagiram com aversão, pois seus interesses estavam ameaçados. O golpe de Estado foi o meio encontrado para manifestar esse ódio e deteriorar os interessantes avanços alcançados pelos novos governos de bem-estar. Esses golpes, por sua vez, geraram reações populares, que, mais tarde, se desenvolveram em movimentos armados de inspiração marxista. Sob a ameaça do impulso comunista e incomodados com o crescente nacionalismo, os Estados Unidos

interpuseram sua autoridade, preparando e abrindo caminho para as rígidas ditaduras de segurança nacional. Os militares elegeram os dissidentes dos grupos armados como inimigos, o que, a rigor, foi um pretexto para quase eliminar toda uma geração de reais e potenciais lideranças, legitimando o desrespeito à vida, à segurança e à liberdade. Assim, instituiu-se um poder punitivo ilimitado (sistema penal subterrâneo), encarregado de eliminar os dissidentes de forma imediata – morte e desaparecimento forçado – e mediata, por meio de prisões administrativas “perpétuas” (ZAFFARONI, 2011, p. 50 e 51).

O planejamento do golpe de 64 não foi exclusivamente militar. Rollemberg (2009, p. 46) aponta que houve “[...] participação decisiva de segmentos da sociedade civil no movimento que derrubou o governo institucional de João Goulart”. De forma análoga, é o entender de Borges Filho (1994, p. 50) ao mencionar a atuação de latifundiários, comerciantes, industriais e profissionais liberais. Há ainda o trabalho de Alves (2005, p. 27), mostrando que o desempenho civil no processo conspiratório ocorreu por meio de instituições de fachada, em especial, o Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (IPES) e o Instituto Brasileiro de Ação Democrática (IBAD). Trata-se, a rigor, de uma unanimidade no universo acadêmico o fato de o governo de João Goulart ter sido derrubado por uma força tarefa civil-militar.

Importa também analisar se o termo ditadura é o mais correto, pois o período de 1964 a 1985 foi regido por uma ditadura *sui generis*. As Forças Armadas usurparam o poder, mas mantiveram o Congresso funcionando de forma limitada, e promoveram eleições, ainda que indiretas e rigorosamente controladas. Nesse sentido, Couto (1999, p.62) menciona que “[...] os generais-presidentes do golpe de 1964 não têm, isoladamente, os plenos poderes do ditador ‘clássico’. Eles são escolhidos [...] para governar em nome do sistema militar. Não é uma ditadura pessoal, como a de Getúlio Vargas no Estado Novo”. Após o governo de Castello Branco: “O país está em ordem e reconstitucionalizado, dentro da visão, limites e parâmetros do poder militar. Distante de um regime aberto, democrático, mas também longe do estereótipo das voluntariosas ditaduras latino-americanas.” (COUTO, 1999, p. 82). Para Pascual (2004, p. 24), o que se deu no Brasil foi um regime autoritário-burocrático: um sistema com mínima participação popular, no qual o Estado é gerido por tecnocratas de alto nível segundo os ditames da ideologia da segurança nacional; o país não se confunde com a imagem do ditador.

Por mais de vinte anos não houve alternância de partido, mas os generais escolhidos para dirigir a República tinham modos distintos de conduzir a nação. “Há uma corrente de pensamento entre cientistas brasileiros que apresenta o regime militar pós-1964 com duas características consideradas contraditórias: a durabilidade e a mutabilidade.” (BORGES, 2009, p. 21). O tempo por si só é capaz de explicar a durabilidade – afinal foram 21 anos de governo frente a uma frágil sociedade civil e sem qualquer oposição política; a mutabilidade, por sua vez, se refere ao próprio regime: ora se mostrando rígido, ora sinalizando a possibilidade de se proceder à abertura política. A combinação dessas duas características possibilita a manutenção no poder.

Skidmore (2007, p. 387) relata que foram três os motivos pelos quais os militares permaneceram por tanto tempo no poder: fechamento político, oposição inepta e ceticismo popular. A respeito do isolamento político, Borges (2009, p. 27) relata que, no intento de se evitar o eventual retorno de um governo populista, a composição civil-militar revolucionária monopoliza as funções estatais, considerando-se “[...] dona de um poder suficiente para eliminar os fatores adversos que perturbem a ordem, e para adotar medidas visando a assegurar e consolidar o movimento revolucionário e impor seus objetivos”. Tem-se ainda a fraqueza, e por vezes ausência, oposição, visto que a elite política era desorganizada e oportunista; pode-se dizer que este vácuo foi preenchido pelos estudantes universitários, religiosos e sindicatos. Por fim, o regime militar tem diante de si uma população incrédula, duvidosa e descontente com a capacidade dos seus representantes políticos.

Segundo a doutrina dominante, o período pós-1964 pode ser analisado em três etapas. A primeira inicia-se com a tomada do poder até a publicação do Ato Institucional número 5 – AI-5. Couto (1999, p. 39) escreve que o primeiro presidente militar, Castello Branco, priorizou a gestão administrativa e estabeleceu que a intervenção fosse temporária, até 1965, quando das eleições diretas para presidente. Todavia, seu mandato é prorrogado. Os militares criam instrumentos que fazem acreditar que a permanência temporária no poder era pura falácia. Ao mesmo tempo, essas ferramentas tornam o indivíduo uma peça a serviço do Estado; diminuem a condição de cidadão; impõem o medo; intimidam. Nesse sentido,

Em 13 de junho de 1964, o Decreto Lei nº 4.131 cria o Serviço Nacional de Informações – SNI, com o objetivo de coletar e analisar informações pertinentes à segurança nacional, à contra-informações e à informação sobre questões de subversão interna. [...] Atua também como polícia política, com plena liberdade de ação após o enrijecimento do regime [...]. Torna-se o braço forte da repressão a qualquer custo e com quaisquer métodos. (COUTO, 1999, p. 66 e 67).

A segunda etapa vai do AI5 até a revogação desse ato, que será melhor analisada no tópico que expõe a Doutrina de Segurança Nacional.

Por fim, a terceira fase, que culmina com o processo de redemocratização (1974 a 1985), cuja finalidade era reinstalar o regime representativo, devolvendo o poder aos civis confiáveis, pois não seria interessante a responsabilização pelos excessos cometidos durante a ditadura. (Borges, 2009, p.22 e 23). É a consagrada distensão lenta, gradual e segura. Silva (2009, p. 262) preleciona que os militares não queriam o retorno de pessoas e partidos indesejáveis por ocasião da abertura. Esse projeto levaria dez anos; portanto, haveria mais outro presidente militar (João Figueiredo). No âmbito internacional, a abertura política se deve à pressão americana contra as violações dos direitos humanos (1976), e às condicionantes da economia mundial – endividamento do Brasil no mercado internacional (1982).

Em 28 de agosto de 1979, é decretada a Lei de Anistia – ampla, geral e irrestrita, assegurando que não haveria revanchismos. Alas radicais dos militares tentam impedir a redemocratização por meio de atos terroristas. O presidente João Figueiredo é tomado por completo imobilismo, cedendo espaço para a oposição civil liderar o processo de redemocratização. Em janeiro de 1985, Tancredo Neves é consagrado o novo presidente do Brasil após 21 anos de regime militar.

Para Skidmore (2007, p. 388), o público em geral adotou uma postura cética em relação aos militares no poder, atitude decorrente da desilusão com a classe política. Couto (1999, p. 99), na mesma senda, esclarece que, por parte da população, prevaleceu a indiferença. Assim como nos demais fatos históricos nacionais, em razão da desorganização, da carência e da despolitização, o populacho não se envolveu, ficando tal encargo às classes mais esclarecidas. Além disso, pesa contra a oposição, o fato de o governo militar ter sido bem sucedido na área econômica, o que favoreceu à alienação política da maioria dos brasileiros, mérito do “milagre

brasileiro” associado ao pleno emprego. Os militares souberam tirar proveito do momento e se beneficiaram da tríade consubstanciada pela repressão, censura e triunfalismo. O período mais rígido do ciclo militar é o de maior popularidade. “O povão não filtrava os acontecimentos, não era tocado pelo regime de exceção, não pedia democracia. Não tinha lado nem preferência ideológica.” (COUTO, 1999, p. 99). A guerrilha nunca angariou a solidariedade do povo, um dos motivos pelos quais a conquista do poder por meio das armas não prosperou. O ambiente não era propício para a massificação das ideias revolucionárias. A Guerrilha do Araguaia, a ação de maior expressão na área rural, ficou tão isolada do povo, que ninguém sabia de sua existência. Erro de estratégia.

O fato de o inimigo interno ser em sua maioria oriundo da classe média é de suma importância, pois, não fosse isso, as arbitrariedades cometidas pelos agentes estatais cairiam no esquecimento. Jornalistas, estudantes, intelectuais, artistas, políticos, religiosos e até mesmo militares deram voz às truculências a que foram submetidos.

A parcial reconstrução do período pré e pós 64 tem relevância, na medida em que permite contextualizar o momento político e social em que foi instituída a Doutrina de Segurança Nacional. A contextualização histórica é necessária, pois ela afasta uma interpretação equivocada das doutrinas e das teorias então dominantes no período considerado. Seria temerário analisar um determinado momento histórico com os olhos de hoje. Adotando-se o período da Revolução de 1964 como paradigma, resta possível entender a ocasião atual na qual o direito vivencia um verdadeiro enrijecimento legislativo penal. Vale dizer, sob pena de se resvalar em conhecida fórmula acadêmica, é preciso rememorar o passado para entender o presente. Nesse sentido, a História exterioriza seu caráter pedagógico, mostrando-se como um importante instrumento nas mãos do cientista, uma vez que indica, dentre as várias possibilidades, o caminho para um futuro isento de erros já cometidos.

2.1 DOCTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL

Antes de se conceituar Doutrina de Segurança Nacional – DSN, é oportuno transcrever elucidativo trecho que traça um fiel esboço da ideologia em epígrafe, sintetizando sua substância:

O esquema de raciocínio com que opera a reação é simples: o aparecimento de correntes de pensamento e de agrupamentos políticos que discrepam dos dominantes não resulta da realidade, da estrutura social, das condições econômicas, do próprio fenômeno político, em seu desenvolvimento; resulta da ação de minorias solertes, que se infiltram aqui e ali no organismo social; identificadas, neutralizadas, reprimidas em suas ações, está tudo resolvido. Trata-se, portanto, de encontrar aquelas minorias, indivíduos conhecidos, em número pequeno, que são os focos da agitação. Ora, quando as ideias discrepantes eram levadas às massas e através de suas organizações de massa – massas estudantis, massas operárias – o crime dessas minorias tornava-se nefando e era necessário extirpá-lo cirurgicamente. Isolada as pessoas portadoras do vírus e submetidas ao tratamento adequado – tortura, prisão, demissão, exílio, banimento, etc. – a pátria estava salva, a sociedade redimida. (SODRÉ, 1986, p. 47).

Segundo Alves (2009, p. 9), em apertada síntese, a DSN foi uma doutrina de guerra de origem americana, que tinha como meta eliminar o inimigo interno – possível militante do comunismo. Na mesma trilha, segue Borges (2009, p. 24), ao franquear que a DSN consistia numa concepção ideológica norte-americana, que, prometendo tutelar a segurança coletiva, promovia a defesa interamericana contra a subversão comunista. Assim, justificava-se a imposição de um sistema coercitivo de controle e de dominação. Sua legitimidade estava no desenvolvimento capitalista (tome-se como exemplo o “Milagre Econômico” da década de 70) e na segurança interna – defesa da nação contra a ideologia comunista.

A análise da DSN deve ser feita respeitando-se o contexto da Guerra Fria, caracterizada pela bipolaridade geopolítica do pós-Segunda Guerra. Isso porque essa teoria se fundamentava em dois requisitos: o conflito ideológico permanente contra o comunismo internacional, e a possibilidade de uma guerra total entre ocidente (EUA) e o oriente (extinta URSS) (PASCUAL, 2004, p.35). A América Latina adequou esses requisitos à sua realidade e à

sua dinâmica. É o que declara Borges (2009, p. 27), quando expõe que qualquer oposição vinculada à ideia de descolonização, libertação nacional ou mudança social é mensurada de acordo com a significação para um dos sistemas: capitalista ou comunista.

No Brasil, a DSN chegou pelos militares. O contato estabelecido com os americanos no Teatro de Operações da Itália durante a Segunda Guerra consolidou-se nos anos posteriores por meio da participação e da formação dos oficiais brasileiros nos cursos das escolas de guerra dos EUA, notadamente as especializadas em contraguerrilha (BORGES, 2009, p.35). Em 1949, o Exército Brasileiro criou a Escola Superior de Guerra – ESG, instituição de ensino defensora do livre comércio e de caráter acentuadamente anticomunista. A ESG, sem imitar o modelo americano, inseriu com originalidade a DSN na política local, propagando seus dogmas para os segmentos civis: profissionais liberais, empresários, magistrados, sindicalistas, professores universitários e dirigentes de órgãos públicos (SILVA, 2009, p. 249).

Como qualquer doutrina, a segurança nacional teve elementos que a distinguiram de outros sistemas. Todavia, ao se tentar estabelecer um rol de características da DSN, aconselha-se analisá-las de forma integrada, pois um estudo estanque e isolado de cada marca restringirá o alcance da teoria em comento. Eis suas principais características: fronteiras ideológicas; absorção da política pelas ciências militares; caráter beligerante (guerra física e psicológica) e fechamento político (antipopular).

A DSN trabalhava com a noção de guerra total. Vale dizer, não havia espaço para neutralidade. Ou o país estava alinhado com o posicionamento ocidental ou ele era comunista. Sob essa ótica de guerra total, os limites geográficos nacionais não eram suficientes para impedir a ameaça subversiva, que podia vir tanto do exterior quanto da própria nação. Os militares não se preocupavam mais com a defesa externa, com a proteção de suas fronteiras nacionais, pois o inimigo comunista podia atuar dentro do próprio país (PASCUAL, 2004, p. 45). Surgia, assim, o conceito de fronteiras ideológicas, utilizadas para separar os cidadãos dos inimigos internos de acordo com o alinhamento político-filosófico perfilhado (BORGES, 2009, p.27).

A rigor, as fronteiras ideológicas buscavam separar o povo do povo. Esse artifício aumentava o campo de atuação do Estado em relação ao indivíduo, vez que este podia

ser monitorado além das fronteiras geográficas do Estado-Nação. Pascual (2004, p. 47) aduz que essa característica explica a troca de informações entre os países do Cone Sul acerca dos supostos subversivos, autorizando inclusive a atuação de grupos repressores nos países limítrofes como Paraguai, Uruguai, Argentina, Chile e Bolívia. Segundo o Grupo de Trabalho da Comissão Nacional da Verdade responsável pela pesquisa da cooperação internacional entre as ditaduras do Cone Sul, tratava-se da Operação Condor, criada em Santiago do Chile, em novembro de 1975. Consistia num acordo multilateral e secreto para ações ilícitas e coordenadas, que visavam à eliminação das organizações subversivas contrárias aos regimes militares da região.

No plano das organizações militares e de inteligência do Cone Sul, o método Condor abrangia uma escalada de ações. Começava pelo intercâmbio de informações, passava pela prisão, tortura e troca de prisioneiros e chegava ao limite do desaparecimento forçado e da execução sumária por agentes do Estado, transformado num braço assassino e terrorista pela adoção de técnicas policiais usadas contra o crime comum e transplantadas para a repressão política pelo submundo dos chamados “Esquadrões da Morte”. (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2013, p.1)

A absorção da política pela segurança foi outro traço marcante da DSN. Nesse sentido, a ciência política se confundia com a ciência militar, legitimando, em nome da segurança coletiva, a existência de uma guerra interna que buscava eliminar todo aquele que contestasse, questionasse ou desestabilizasse o poder constituído. Tratava-se de uma inversão nociva da fórmula de Clausewitz: a política seria a continuação da guerra por outros meios (BORGES FILHO, 1994, p. 52).

Da característica mencionada no parágrafo anterior, decorre o caráter bélico da DSN. Aliás, de fácil constatação, a começar pelos elementos semânticos constantes nas entrelinhas dessa teoria: “guerra”, “inimigo”, “combate” e outros. Assim ratifica o testemunho esclarecedor do ex-presidente Médici: “Ainda hoje, não há dúvida de que era uma guerra, depois da qual foi possível devolver a paz ao Brasil. Eu acabei com o terrorismo neste país. Se não aceitássemos a guerra, se não agíssemos drasticamente, até hoje teríamos o terrorismo” (COUTO, 1999, p. 140).
Veja-se também:

Guerra. Em pontos localizados, mas guerra. Práticas abusivas aos direitos humanos persistem mesmo após a dizimação das várias facções, com seus integrantes mortos, desaparecidos, presos, foragidos, exilados. Há evidências de torturas, e outros crimes até o terceiro ano do governo Geisel, 1976, interrompidas por intervenção direta do presidente da república. (COUTO, 1999, p. 112).

Se a política foi substituída pela arte da guerra, não havia espaço para negociação, importando tão somente a eliminação das bases materiais e morais do poder adverso (BORGES, 2009, p. 28). Logo, a sociedade teria de conviver com a presença diuturna dos aparelhos de segurança e informação do Estado, convertendo-se o sistema social num sistema de guerra. Ainda que não se percebesse, introjetava-se na sociedade um sentimento de crise permanente, bastante vantajoso do ponto de vista jurídico e policial. Para Alves (2005, p. 32), essa guerra total e permanente conduziu às arbitrariedades estatais: prisões ilegais, censura, desaparecimento de pessoas e torturas. Combatia-se o terror com o próprio terror. No ponto que se refere à crise permanente, cabe uma rápida digressão ao pensamento político de Hobbes. Para este pensador, o homem no estado de natureza vivia numa permanente situação de guerra, caracterizada pela inexistência de direitos e de juízos morais. Prevalencia a lei do mais forte. Para encerrar o estado de natureza, os homens deveriam firmar um contrato social no qual todo poder seria entregue ao soberano. A partir de então, todo aquele que oferecesse qualquer resistência ao poder soberano seria considerado inimigo, pois este ato revelaria uma tentativa de se reintroduzir o estado de natureza. Feito esse resumo da teoria política de Hobbes, pergunta-se: e se a tentativa de se instalar o estado de natureza – estado de guerra permanente – fosse da iniciativa do próprio soberano, este seria considerado inimigo? Essa situação enquadra-se perfeitamente ao Estado de Segurança Nacional. Quando o próprio Estado fomenta uma guerra interna permanente, todo cidadão passa a ser um potencial inimigo, bastando que realize um ato considerado como resistência. Vale dizer, inimigo é o súdito que resiste ao abuso de poder do soberano. Como a DSN primava pela tranquilidade social – entendida como ausência de oposição – a melhor forma de se atingir essa meta seria estabelecer a crise permanente. “A essência da DSN reside no enquadramento da sociedade nas exigências de uma guerra interna de característica anti-subversiva conta o inimigo comum.” (BORGES FILHO, 2004, p. 55 e 56).

Para os defensores do Estado de Segurança Nacional, o inimigo deveria ser combatido com granadas e principalmente com ideias. O comunismo buscava a conquista do

poder por meio de um conflito ideológico interno com o necessário controle da nação – guerra revolucionária. Por ser de cunho ideológico, a guerra revolucionária assumia formas indiretas (não declaradas e secretas) e psicológicas; seus peões seriam recrutados no seio da população do país alvo. Logo, “[...] torna-se suspeita toda a população, constituída de ‘inimigos internos’ potenciais que devem ser cuidadosamente controlados, perseguidos e eliminados” (ALVES, 2009, p. 45). Nesse sentido, emergia, como contramedida à guerra revolucionária, a guerra psicológica, que visava a desestimular a vontade dos que tentassem ou pensassem em constituir qualquer espécie de oposição ao regime estabelecido.

A propaganda teve fundamental importância, na medida em que ela projetava uma imagem do governo civil-militar como o mais bem preparado para gerir o país, vez que eles se consideravam acima dos interesses individuais e de grupos (BORGES, 2009, p. 34). Profundos investimentos foram empreendidos no setor das telecomunicações, reservando-se à televisão a posição de destaque. Um sistema de comunicação moderno fortaleceria o caráter nacional, encurtaria as distâncias e facilitaria a veiculação da propaganda ideológica (HABERT, 1996, p. 24). Assim, a publicidade governamental festejava as conquistas e os feitos estatais, segregava o inimigo dos demais cidadãos e divulgava o aspecto moralizador do regime imposto. Empregando o termo “*völkisch*”, tanto Zaffaroni (2011, p. 57) quanto Pascual (2004, p. 29) informam que a propaganda ufanista passa a ser um dos pilares das ditaduras latino-americanas, alimentando e reforçando os piores preconceitos para identificar publicamente o inimigo da vez. Habert (1996, p. 23) traz em sua obra exemplos de célebres frases publicitárias criadas pelo governo militar, que aliavam o combate à subversão ao progresso e ao patriotismo. “Brasil, ame-o ou deixe-o” ou “Ninguém mais segura este país” (em alusão à conquista da Copa do Mundo de 1970) foram os *slogans* mais veiculados naqueles tempos. O certo é que o uso da propaganda pelo regime militar constituiu um paradoxo, pois buscava, ao mesmo tempo, propagar a ideologia da DSN e encobrir a repressão (FICO, 2009, p. 198).

Além das já mencionadas características, houve ainda o isolamento político. A DSN entendia que população e povo eram conceitos distintos (BORGES, 2009, p. 29). Povo era a parte da população que tinha consciência política. Esse entendimento limitava a participação do público em geral no processo político decisório, na medida em que o poder não emanava nem dependia do sufrágio popular. Prova disso foi a instituição das eleições indiretas que elidiu as

camadas subalternas da participação e da decisão política, demonstrando a crença histórica de que o povo não sabia votar. Então se indaga: onde o Estado de Segurança Nacional encontraria sua legitimidade política? Na legalidade formal – “O presidente Castello Branco [...] assinou mais de 700 leis, 11 emendas constitucionais, 312 decretos-leis, 19.259 decretos e três atos institucionais. E foi o principal responsável pela Constituição de 1967” (COUTO, 1999, p. 82). Mas a lei por si só não garantiria o exercício pleno da autoridade. Com efeito, o Estado adotaria meios eficazes e concretos, consubstanciados num efetivo aparato repressivo e numa eficiente rede de informações (formal e informal). Vale dizer, além de excluir a população da vida política nacional, o governo implementou ações repressivas. Zaffaroni (2011, p. 55) é quem melhor explica o papel das leis nos regimes de exceção: elas serviam para agradar os governantes, bem como meio de propaganda para o público em geral.

Por tudo isso, a DSN foi um sistema que por si só justificava a repressão e o controle de toda a sociedade, dotando os agentes estatais de ilimitados poderes. Se a ameaça vinha da própria população, incumbia ao Estado determinar quem era o inimigo interno e quais eram as atividades tidas como subversivas ou revolucionárias. A primeira baixa dessa guerra foi sem dúvida a defesa dos direitos humanos.

Quando é impossível determinar com exatidão quem deve ser tido como inimigo do Estado e que atividades serão consideradas permissíveis ou intoleráveis, não haverá garantias para o império da lei, o direito de defesa ou a liberdade de expressão e associação. Mesmo que sejam mantidos na Constituição, tais direitos formais só existem, na prática, segundo o arbítrio do Aparato Repressivo do Estado de Segurança Nacional. Todos os cidadãos são suspeitos e considerados culpados até provarem sua inocência. Tal inversão é raiz e causa dos graves abusos de poder que se verificam no Brasil. (ALVES, 2009, p.48).

Portanto, a Doutrina de Segurança Nacional – instituída para suprimir o comunismo por meio da força física (repressão) e de ações psicossociais – não se coadunava com os objetivos propostos pelos militares ao subirem ao poder, quais sejam: restabelecer a legalidade e fortalecer a democracia. Era preciso fundamentar essa contradição por meio de lei. Surgem os Atos Institucionais.

2.2 ATO INSTITUCIONAL Nº 1

Uma leitura desatenta do preâmbulo do Ato Institucional Nº 1 – AI-1, pode camuflar a real dimensão da proposta dos militares revolucionários:

O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. **Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País.** Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, **decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República,** a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e **tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo** como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, **manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes,** constantes do presente Ato Institucional. Fica, assim, bem claro que **a revolução não procura legitimar-se através do Congresso.** Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação [...]. (FICO, 2004, p. 339, grifos nosso).

Publicado em 9 de abril de 1964, o AI-1 estabeleceu as primeiras bases legais para o implemento da Doutrina de Segurança Nacional. Segundo Alves (2005, p. 65), ele deixa claro que o poder não decorre do povo (Poder Legislativo), concentrando-se no Poder Executivo. Nesse sentido, o Presidente da República detém poderes que se sobrepõem ao Legislativo e ao Judiciário. Pode-se

[...] alterar a Constituição por maioria simples, decretar estado de sítio, cassar mandatos parlamentares, suspender direitos políticos. [...] E a garantia constitucional de vitaliciedade e estabilidade em empregos públicos é suspensa por seis meses. O Ato cria ainda o instituto jurídico-político do decurso de prazo, pelo qual os projetos do governo não votados pelo Congresso em um prazo predeterminado são considerados automaticamente aprovados. [...] Centenas de brasileiros perdem os direitos políticos, entre eles os ex-presidentes da República João Goulart e Jânio Quadros, governadores, parlamentares, intelectuais, técnicos, militares, jornalistas, líderes sindicais e funcionários públicos. Não há o direito de defesa. As acusações centram-se no binômio subversão-corrupção. As punições variam da suspensão de direitos políticos e perda de

mandatos até demissão, aposentadorias compulsória, transferência para a reserva etc. Instala-se no país clima de intimidação e medo, inclusive com a proliferação de Inquéritos Policiais Militares. [...] Os novos donos do poder decidem, dentro de seus critérios e termos, proceder a uma faxina político-ideológica e moral. (COUTO, 1999, p. 60 e 61).

Como a DSN não era de conhecimento público, a sociedade foi surpreendida com o conteúdo limitador do ato, reagindo negativamente.

A rigor, o AI-1 visava eliminar, por meio da repressão, qualquer centro de potencial oposição ao novo regime, estabelecendo um conjunto de medidas denominado “Operação Limpeza” (SKIDMORE, 1988, p. 55). A meta era depurar os organismos políticos e burocráticos. No Congresso Nacional, ato contínuo à edição do AI-1, houve 40 cassações. Até 1967, na burocracia civil houve 1.530 expurgos, enquanto que nos quartéis foram 1.228. Nem o cidadão comum foi poupado; conforme Alves (2005, p. 72), por volta de 50 mil pessoas foram detidas nos primeiros meses do regime militar. A arbitrariedade foi tamanha que houve reação de organismos internacionais. Zaffaroni (2011, p. 50) diz que, sob o pretexto de se eliminar qualquer vestígio populista, os regimes militares etiquetaram como inimigos tanto os grupos armados quanto toda uma geração de reais e potenciais lideranças oposicionistas, podendo inclusive a isso chamar de genocídio.

Todavia, a repressão, consubstanciada num primeiro momento na Operação Limpeza, exigia aparência de legalidade. Em 27 de abril de 1964 foi editado o decreto-lei dos inquéritos policiais militares, então previstos no AI-1.

2.3 INQUÉRITOS POLICIAIS MILITARES – IPMs

“Os inquéritos e processos visando à apuração da responsabilidade pela prática de crime contra o Estado ou seu patrimônio e a ordem política e social ou de atos de guerra revolucionária poderão ser instaurados individual ou coletivamente.”; eis o teor do artigo 8º do AI-1. Em 27 de abril de 1964, publicou-se o decreto-lei que criou e regulamentou o IPM (BORGES FILHO, 1994, p. 102).

Conforme Alves (2005, p. 69), o IPM foi o primeiro instrumento do aparato repressivo e constituía uma fonte de poder de fato. Tinha a finalidade de investigar a atividade da burocracia civil e militar, legitimando os expurgos da Operação Limpeza. Couto (1999, p. 67) ratifica, mencionando que os Inquéritos Policial-Militares e as comissões especiais de inquérito são instituídos nos órgãos do governo e nas universidades, com claro objetivo de identificar as pessoas envolvidas com atividades subversivas. Ou seja, qualquer cidadão, em razão de sua ideologia política, poderia ser considerado inimigo, segundo os critérios arbitrários do Estado. Por isso, o IPM era idolatrado pela ala radical direita dos militares – os linhas duras.

Como a conclusão de um inquérito era passível de revisão pelo Judiciário, as constantes reclamações dos oficiais superiores encarregados dos inquéritos forçaram a abrangência da coerção do Executivo sobre os juízes.

O IPM não respeitava os ditames ínsitos no princípio constitucional do devido processo legal. A suposta notoriedade do fato era capaz de suplantar qualquer prova de envolvimento com o comunismo. A suspeita transcendia a pessoa do acusado, bastando ser parente de um inimigo interno para se imputar a culpabilidade.

Ciente da importância da informação, independentemente da fonte da qual provinha, o governo passou a fomentar a delação. Nas palavras de Alves (2005, p. 133), “Como em qualquer Estado totalitário, os indivíduos eram juridicamente transformados em informantes.” O culto a Judas – apóstolo que delatou Jesus – e a glorificação de sua conduta eram incentivados e premiados. “Nos dias seguintes [ao golpe], vi colegas de faixa amarela – significavam que o usuário estava a serviço da revolução – no braço prestando serviços voluntários aos novos donos do poder, inclusive delação de colegas à polícia”. (COUTO, 1999, p. 55). Sodré (1986, p. 54 e 55) narra um fato pitoresco: no município de Recife, um edital publicado em jornal de grande circulação anunciava o local do órgão municipal, o horário e os dias da semana em que qualquer pessoa poderia realizar o seu ato de delação. Segundo Borges Filho (1994, p. 103), de 1964 a 1968, 3.720 pessoas foram punidas com a perda dos direitos políticos após a instauração de IPM. Na esteira dos IPMs, vieram as prisões ilegais e a tortura.

2.4 ATO INSTITUCIONAL Nº 2 – AI-2

Em 17 de outubro de 1965, foi publicado o AI-2. Seu principal propósito era inviabilizar qualquer vitória eleitoral pela oposição. Por isso, instituiu as eleições indiretas e aboliu os partidos políticos. Em suma, ele fazia ressurgir todas as limitações impostas pelo AI-1, buscando concluir a Operação Limpeza outrora iniciada. Teve pesado efeito psicológico, uma vez que demonstrou a ruptura do tecido democrático e a real intenção de permanência dos militares no poder. Com efeito, a população reagiu, principalmente os setores mais informados e politizados.

Alves (205, p. 111) mostra que o AI-2 possuía medidas que fortaleciam o Executivo, limitavam o Judiciário e enfraqueciam o Legislativo. Em relação ao Judiciário, o Supremo Tribunal Federal teve o número de ministros elevado para 16, a serem indicados pelo Presidente da República. Assim, garantia-se o interesse do regime militar. “Esta reforma do STF fora imposta a Castelo pelos militares da linha dura, irados com as sucessivas decisões da mais alta corte judiciária contra os procuradores do governo em graves casos de subversão”. (SKIDMORE, 1988, p. 102). Os juízes federais também seriam nomeados pelo chefe do Executivo. Os crimes políticos, em regra, seriam julgados pelos tribunais militares, eliminando o foro por prerrogativa de determinados governadores junto ao Supremo. Foram suspensas as garantias constitucionais de inamovibilidade, vitaliciedade e estabilidade dos magistrados, permitindo o expurgo de 49 juízes em 1964 (ALVES, 2005, p. 49). Os atos e resoluções do AI-2 não se submetiam à apreciação do Judiciário.

2.5 CONSTITUIÇÃO DE 1967

Conforme Couto (1999, p. 80), em 7 de dezembro de 1966, o governo militar editou o Ato Institucional nº 4 – AI-4, convocando o Congresso para formular nova Constituição. Nesta, o Executivo aparecia como o suprapoder que, dentre outras atribuições, tinha a de legislar exclusivamente sobre segurança nacional. O Judiciário incorporou as restrições do AI-2. Ao Legislativo, coube o papel formal e regulamentar, sem uma atuação efetiva, funcionando como um títere do governo militar. Na verdade, a nova constituição incorporou as restrições dos Atos Institucionais anteriores, mas com abrandamentos (manutenção da imunidade parlamentar e das garantias individuais), que não iriam durar muito tempo. No mesmo sentido, os dizeres de Alves

(2005, p. 128): “A Constituição de 1967 legalizava muitas das medidas excepcionais decretadas nos atos institucionais e complementares”.

Enfim, a Constituição de 1967 institucionaliza a Doutrina de Segurança Nacional, gerando uma inexorável contradição: um Estado repressor com contornos democráticos. Disso, resultou o Ato Institucional número 5 – AI-5.

2.6 ATO INSTITUCIONAL Nº 5 – AI-5

O ano de 1968 foi marcado pela mobilização da sociedade civil contra o governo militar. Manifestações populares organizadas pelos estudantes, trabalhadores e políticos eclodiram nos centros urbanos (COUTO, 1999, p. 88). A classe média aderiu amplamente aos movimentos sociais, demonstrando clara insatisfação frente à atuação do Estado. O sistema não aceitou as contestações e endureceu. Os confrontos nas ruas foram inevitáveis. Assim, a repressão mostrou a sua pior face.

Em 28 de março de 1968, o estudante secundarista Edson Luís de Lima Souto é morto pela polícia durante protesto no Rio de Janeiro.

A tônica da condenação ao regime militar passa a ser dominante. Mais passeatas, mais protestos contra a ditadura, mais violência, mais confrontos, mais prisões, desgastes para o governo, apresentado pelos opositores como inimigo do povo. Em abril de 1968, vinte mil metalúrgicos, fábricas ocupadas, fazem em Contagem, Minas, a primeira greve operária após o golpe militar. Em maio, novos tumultos. No dia 22 de maio de 1968, é publicada a Lei 5.439, que responsabiliza criminalmente menores envolvidos em ações contra a segurança nacional. Os alvos são os estudantes, claro. (COUTO, 1999, p. 91).

Couto (1999, p. 92) relata que, no Rio de Janeiro, em 21 de junho de 1968, quatro pessoas morreram e mais de vinte foram baleadas num conflito de rua que ficou conhecido como “sexta feira sangrenta”. Em resposta, as entidades civis organizaram, em 26 de junho, a Passeata dos 100 mil no Rio de Janeiro, maior manifestação até então registrada contra o regime militar. Em julho, os militares proibiram as reuniões. Os protestos continuavam por todo país. Em Osasco e Contagem, os operários iniciaram movimento paredista. Trabalhadores foram presos e o governo passou a intervir nos sindicatos (HABERT, 1996, p. 10).

Skidmore (1988, p. 162 e ss.) relata em sua obra que, no início de setembro de 1968, o deputado federal Márcio Moreira Alves fez uma série de discursos denunciando a tortura de presos políticos. Na tribuna, sugeriu que os pais boicotassem o desfile de Sete de Setembro, impedindo a presença de seus filhos. Foi além. O parlamentar propôs que as moças não namorassem os oficiais que pactuassem com os desmandos autoritários e que as esposas dos militares fizessem o mesmo com seus maridos até a suspensão da repressão (Operação Lysistrata). Os ministros militares exigiram do Congresso Nacional a suspensão das imunidades parlamentares do político para que fosse julgado por ofensa às Forças Armadas. Em 12 de dezembro de 1968, o Congresso rejeitou o pedido do presidente. Dois dias antes, o STF havia libertado 81 estudantes presos desde julho, incluindo os líderes das marchas no Rio de Janeiro.

A contradição entre o discurso de liberalização e a aplicação da Doutrina de Segurança Nacional fez publicar, em 13 de dezembro de 1968, o AI-5. Este ficou conhecido como “o golpe dentro do golpe”, pois com ele, militares da direita radical teriam maior liberdade para implementar o terrorismo de Estado, que perdurou até meados da década de 70 com o início da redemocratização (RIDENTI, 209, p. 152).

O clima era tenso. A abrangência dos expurgos foi ampla. Três ministros do STF foram forçados a se aposentar, e seu presidente renunciou em sinal de protesto. Sob a égide do AI-5, mais de 1.607 pessoas foram apenadas. Alves (2005, p. 162) aponta que 6.592 homens das Forças Armadas sofreram alguma espécie de coerção por demonstrar aversão às arbitrariedades do regime ou por manifestar suas opiniões democráticas. Manobras militares de pacificação de larga escala (“operação pente-fino” ou “arrastão”) foram desencadeadas com indiscriminado emprego de violência, resultando detenções em massa. A mais categórica foi a operação efetuada na área rural do Araguaia entre 1972 e 1975. O AI-5 reuniu as medidas excepcionais dos atos institucionais anteriores, sendo considerado

[...] o mais abrangente e arbitrário instrumento do regime e seu símbolo maior. Ao contrário dos demais atos institucionais, ele tem vigência indefinida. Agora é a ditadura sem disfarce. O golpe de 1964 está completado, radicalizado. Os militares abandonam por inteiro seu papel de poder moderador nas crises republicanas. Querem governar, substituir o poder civil por prazo indeterminado. [...] Com o AI-5, o presidente da República pode tudo: estipular unilateralmente medidas repressivas específicas; [...]

Pode censurar a imprensa, suspender direitos e garantias dos magistrados, cancelar *habeas-corpus*, cassar mandatos e direitos políticos, limitar garantias individuais, dispensar e aposentar servidores públicos. (COUTO, 1999, p. 96).

A abolição do *habeas corpus* para os crimes políticos e a limitação imposta ao Judiciário favoreceram as prisões ilegais (sem conteúdo formal ou legal) e a prática da tortura. Havia vigilância sobre a imprensa; os direitos e as garantias fundamentais foram limitados; medo e delação permeavam os órgãos governamentais; o Legislativo se via de mãos atadas; o Executivo, por seu turno, ganhava musculatura, absorvendo todo o poder; 94 deputados e 4 senadores tiveram seus mandatos cassados; servidores públicos foram demitidos. Mais uma vez alterou-se o efetivo de ministros do STF, reduzindo-se de 16 para 11. Todos os crimes contra a segurança nacional ou contra as Forças Armadas foram transferidos para o Superior Tribunal Militar (STM) e para os demais tribunais militares. Por ter sido considerado muito complacente, o presidente do STM foi forçado a se aposentar (SKIDMORE, 1988, p. 167). Imperou a insegurança jurídica.

O AI-5 atuou inclusive no plano educacional, instituindo compulsoriamente o curso de Educação Moral e Cívica, um dispositivo curricular que propagava as ideias da DSN para as vindouras gerações, “ensinando uma história [...] que transformara o golpe civil-militar de 1964 em revolução que garantiria a democracia e a liberdade, obra de homens que se igualavam aos heróis de passado, homens que livraram o país dos maus brasileiros” (ROLLEMBERG, 2004, p. 46).

Sua revogação ocorreria em 1º de janeiro de 1979, consolidando-se como a ferramenta do regime militar que consubstanciou a aplicação do direito penal do inimigo. Em última análise, o AI-5 foi a materialização da força física da repressão, demonstrando a perda de legitimidade e o isolamento do Estado. Sua consequência mais grave foi a utilização do aparato repressivo pelo Estado de Segurança Nacional.

2.7 TORTURA PROMOVIDA PELO ESTADO

O tema acerca da tortura é de grande importância, na medida em que ela consubstancia o uso do cidadão pelo Estado como um mero instrumento. É impossível dissociar a

tortura do governo civil-militar pós-64. Veja o que diz Gaspari (2002, p. 129): “Existiu uma identidade, uma relação e um conflito entre o regime instalado em 1964 e a manifestação mais crua da essência repressiva que o Estado assumiu na sua obsessão desmobilizadora da sociedade: a tortura”.

O Estado brasileiro, por meio do preâmbulo da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, reconheceu como mortas 136 pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Baseando-se no trabalho realizado por uma Comissão Especial, esta lei, ao ser promulgada, forneceu subsídios para proceder à reparação moral das pessoas mortas por motivos políticos, bem como para promover a indenização financeira dos familiares daqueles que foram covardemente perseguidos pelo aparelho estatal. Neste momento, a Comissão Nacional da Verdade, criada pela Lei 12.528/2011 e instituída em 16 de maio de 2012, está desenvolvendo um trabalho com a finalidade de se apurar graves violações de direitos humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988. Além do reconhecimento estatal por meio das referidas comissões e suas respectivas leis, existe um rico acervo literário, no qual se destacam os dois livros publicados pelo Projeto “Brasil: nunca mais” da Arquidiocese de São Paulo. As obras reúnem relatos sobre as práticas contrárias aos ditames da doutrina dos direitos humanos, bem como traçam um perfil dos setores sociais e das organizações vítimas da repressão. “Ao realizar esse reconhecimento legal, o Estado brasileiro assumiu a responsabilidade geral por sequestros, prisões, torturas, desaparecimentos forçados e assassinatos cometidos no período.” (MIRANDA e TIBÚRCIO, 1999, p. 3). Portanto, não há que se falar que não houve tortura durante o governo civil-militar.

Para Borges Filho (1999, p. 113), a repressão perpetrada pelos militares tinha bases jurídico-filosóficas que justificavam a tortura. Para o autor, o princípio da necessidade fazia o interesse nacional prevalecer sobre o individual, legitimando a adoção de medidas excepcionais em resposta aos atos que atentassem contra a segurança interna. Considerando a existência das fronteiras ideológicas, a internalização da guerra era inevitável, pois o comunismo difundia-se na própria população. Nesse sentido, o governo passou a aplicar no próprio país os regulamentos usados nos territórios inimigos, bem como a considerar o cidadão como uma nação agressora. Diante disso, a cúpula das Forças Armadas

[...] transpôs para as relações Estado-indivíduos, o direito da legítima defesa sobre a qual justificava a prisão, a tortura e a morte de opositores do regime. Segundo o art. 51 da Carta da Organização das Nações Unidas, o direito de legítima defesa é o direito de um Estado responder, imediata e violentamente, ao ataque armado de outro Estado. (BORGES FILHO, 1999, p. 113).

O Grupo de Trabalho da Comissão Nacional da Verdade responsável pela contextualização do projeto fundacional do golpe civil-militar de 1964 tem o mesmo entendimento. Para este grupo de trabalho, a violência política utilizada pelas Forças Armadas brasileiras buscou sua legitimidade nas doutrinas anti-insurrecional – tendo como três casos clássicos: Indochina, Argélia e Vietnã – e de contra-insurgência, presente nos manuais do exército norte-americano. Essa violência política acarretou três consequências: introduziu a tortura como ferramenta de interrogatório nos quartéis; tornou a tortura o padrão de repressão praticado pelo Estado brasileiro até 1976; e possibilitou ao Estado praticar, além dos atos de tortura, assassinato, desaparecimento e sequestro.

A tortura foi, assim, no contexto daquela época, empregada como um método de interrogatório e de controle político-social. Por meio dela, conhecia-se o inimigo na sua essência, facilitando sua eliminação. Alves (2005, p. 204) narra que ela foi institucionalizada para intimidar a população e inibir a participação política. Exercer a cidadania representava o risco real de prisão e tortura. O Estado instituía, assim, a cultura do medo, promovendo o silêncio, o isolamento e a desesperança na oposição e no povo.

No contexto da Lei de Segurança Nacional, que estabelecia a incomunicabilidade do preso e ainda autorizava a prisão preventiva por até vinte dias, a tortura passou a ser a certeza e o medo dos que eram detidos por motivos políticos.

As técnicas e os instrumentos desenvolvidos nos estabelecimentos estatais denunciam que era improvável alegar o desconhecimento da prática da tortura. Segundo Alves (2005, p. 208), a Doutrina de Segurança Nacional fora transmitida a um grande número de militares, adestrando-os para identificar um potencial inimigo em qualquer cidadão. Num país

cuja população era de 100 milhões de pessoas, não havia como se eximir da tarefa de repressão e tortura.

Num relato ainda não visto em nenhuma outra obra, Couto esclarece o porquê da aplicação generalizada da tortura:

Para a repressão, umas das principais utilidades da tortura era forçar rápidas confissões para evitar o rompimento da cadeia, da corrente de ligação entre os guerrilheiros: em certo período de tempo, cada um deles se comunicava obrigatoriamente com o elo seguinte para evidenciar que estava ativo. Isto é, que não fora preso e estava vivo. Se não ocorria o sinal no tempo combinado, a cadeia se desfazia, sinalizando queda do militante e alertando os guerrilheiros. Daí, a maior intensidade das torturas logo após as prisões: obter as informações antes que o elo se rompesse. Sinistro, mas verdadeiro. (COUTO, 1999, 112).

A tortura atua no plano físico, moral e mental do agente. Essas modalidades eram muito bem combinadas de tal forma a aniquilar a vontade ideológica do inimigo. Tratava-se de um trabalho de corações e mentes. Perceba:

O choque elétrico é a primeira dor profunda, mas a grande humilhação, símbolo da derrota e do ultraje, é despir-se. [...] o prisioneiro obedece e se despe. [...] O preso se dobra ao carrasco, na ilusão inconsciente de tentar corrompê-lo e atenuar a tortura seguinte, que desconhece, mas intui. (TAVARES, 1999, p. 35).

Em que pese o abuso do recurso das citações diretas, observe-se derradeiramente mais esta:

Quatro dias sem dormir se aguentam, mesmo sob o choque elétrico e os pontapés, sem água, quase sem comer. Estranho, mas [...], mais terrível que a sala de torturas, [...] é a espera. [...] a espera passa a ser ânsia. Ficamos na expectativa de quando nos virão buscar de novo, quando nos tirarão da madeira dura. (TAVARES, 1999, p. 60 e 61).

Essas citações são testemunhos pessoais de quem conheceu os métodos estatais de se arrancar confissões. São relatos permeados de aspectos sensitivos – gosto, som, odores, retratos e ruídos – que nenhuma obra científica é capaz de reunir. Dá a real dimensão do horror. Sinaliza a importância dos direitos e garantias individuais. Faz lembrar a grandiosidade da liberdade. Mostra o perigo de se aceitar, sem análise crítica, as ideologias importadas de outros países.

Segundo Castro e D’Araujo (2001, p. 24), um aspecto a ser ressaltado refere-se ao processo irradiador do tratamento truculento dispensado aos jovens de classe média pertencentes ao ativismo estudantil. A prisão de um universitário não traria qualquer informação relevante aos órgãos de inteligência. Todavia, em razão do espírito contestador inerente em qualquer jovem, principalmente quando dotado de visão crítica, a notícia do recolhimento arbitrário de um estudante angariava maior antipatia ao regime militar, rejeição que se multiplicava tanto no meio acadêmico quanto no ambiente familiar. Nesse sentido, as partes até então não envolvidas, comprometiam-se, ainda que só emocionalmente. Para os atuais chefes militares, a prisão de estudantes naqueles tempos foi contraproducente, reverberando seus efeitos nos dias de hoje na forma de um revanchismo velado, pois muito daqueles jovens estariam hoje atuando nas mais variadas colocações como formadores de opinião.

Cabe ressaltar a hipótese de que a tortura sempre esteve presente no cotidiano do povo brasileiro. Ela seria uma espécie de instituição velada; tolerada por uns, incentivada por outros, mas por todos conhecida. A palmatória foi por décadas um expediente disciplinar pedagógico. “Durante anos no Brasil (até mesmo antes do terror do golpe militar de 1964) o choque elétrico foi utilizado pela polícia ‘normalmente’ contra os marginais e delinquentes pobres, autores ou suspeitos de crimes comuns para obter confissões ou informações.” (TAVARES, 1999, p. 34).

Se a tortura era conhecida e atuava como elemento psicossocial, por que foi recebida com tanta estranheza pelos presos políticos? Reformulando a indagação: por que a tortura não foi aceita com naturalidade por aqueles que contestavam a autoridade estatal? Porque até então os objetos de tais práticas eram pessoas pertencentes às classes subalternas. Vale dizer, que a repressão política deu voz aos presos, uma vez que alterou o consagrado perfil histórico dos

segregados – negro, pobre e marginalizado. Sempre houvera no cenário nacional prisões ilegais e torturas, mas estas eram praticadas contra o homem comum. Assim escreveu Rollemberg (2009, p. 87): “Se a classe média conheceu a tortura neste momento, Guarany, lembra que, ao contrário dos companheiros, não se tratava de uma novidade para ele. Na adolescência, ainda longe da política, passara por delegacias e conhecera esta realidade”. O governo civil-militar, alicerçado na DSN, elegeu um novo rol de inimigos: pessoas oriundas dos setores abastados. Esta conclusão evidencia um dos efeitos da aplicação do direito penal do inimigo no pós-64, pois lançou luzes sobre a questão da tortura institucionalizada.

O rio Guandu tornara-se famoso, anos antes, quando meia centena de mendigos foram atirados nas suas águas e morreram afogados, numa ‘ação de limpeza’ da mendicância das ruas do Rio de Janeiro, realizada pela polícia e órgãos de ‘ação social’ do próprio governo. O jornal *Última Hora*, da qual fora colunista político, tinha denunciado o episódio na época e, agora, eu estava nas mãos dos afogados e já tinha a sentença. (TAVARES, 1999, p. 38).

A próxima citação traz uma informação de fundamental importância: a existência do esquadrão da morte, inovação introduzida pelas arbitrariedades do regime militar.

E, naquela madrugada em que descarregamos as sacolas imensas e pesadas, a rua já estava vigiada e meu apartamento invadido há horas pelo Esquadrão da Morte e eu não sabia. De que adiantava saber que os policiais do Esquadrão faziam o trabalho sujo para os militares, se no fundo continuávamos na cegueira de confiar que nossa improvisação – mudando sempre de lugar – bastaria para desarticular o adversário? (TAVARES, 1999, p. 69).

No mesmo sentido, Habert (1996, p. 28) informa que a brutalidade estatal contra as organizações armadas de esquerda projetou-se sobre outros setores da sociedade além dos que se opunham por suas convicções políticas. A autora aduz o surgimento de grupos parapoliciais que executavam cruelmente pessoas suspeitas de crimes comuns, contando inicialmente com a leniência e depois com a conivência por parte de corporações fundadas na lei

e na ordem. Na época, tal realidade foi retratada em livros e provocou perplexidade junto ao público em geral – “Meu depoimento sobre o Esquadrão da Morte”, livro de Hélio Bicudo.

2.8 OBAN E CODI-DOI

Segundo Borges (2009, p. 21), “[...] as Forças Armadas assumiram a função de partido da burguesia, manobrando a sociedade civil, através da censura, da repressão e do terrorismo estatal, para promover os interesses da elite dominante, assegurando-lhe condições de supremacia em face do social.” Esta assertiva confirma-se com a criação da Operação Bandeirante – Oban, em 1º de junho de 1969,

Alves (2005, p. 210) expõe que a Oban tratava-se de uma resposta à crescente participação da oposição na luta armada. Era uma organização treinada para obtenção de informações, que abrangia civis e militares e era patrocinada com recursos de industriais brasileiros e multinacionais. Para Borges Filho (1999, p. 114), a Oban era uma combinação de esforços do Exército, Marinha e Aeronáutica, com as forças policiais – civil, militar e federal. Era “[...] uma das mais truculentas armas da repressão e da violência. Eficácia a qualquer custo. O primeiro CODI foi criado junto a ela, em 1970. Depois, os DOI-CODI se estabeleceram no Rio de Janeiro, Minas, Rio Grande do Sul, Bahia, Pernambuco e Ceará.” (COUTO, 1999, p. 98), Para Habert (1996, p. 28), a Oban foi um dos mais conhecidos centros de tortura do Brasil.

Os Centros de Operações de Defesa Interna (CODI) e seus braços executivos, os Destacamentos de Operações e Informações (DOI), subprodutos da Oban, foram as principais organizações responsáveis pela extração de informações.

Era o Estado criando seus instrumentos repressivos, que após cumprirem sua finalidade, não se desconstituíam. Pelo contrário, eles ganhavam autonomia. Eis o legado do direito penal do inimigo. Como exemplo, pode-se citar o seguinte trecho: “Mesmo depois da eliminação da guerrilha urbana, no começo de 1972, o aparelho repressivo, especialmente o DOI-CODI paulista, não interrompe sua guerra repressiva. Vai atrás do que considera seus inimigos, inclusive esquerdistas visceralmente contrários à luta armada” (COUTO, 1999, p. 112). Paranóia como efeito colateral de um Estado-policial, pois sem inimigos não há como justificar a

repressão. Couto ainda traz o relato do general Newton Cruz que traduz a permanência do modo de atuar dos agentes repressores;

[...] você passa muitos anos ensinando que tem que combater, lutar contra o comunismo, tem que fazer isso, tem que fazer aquilo e tal. Ensina, mete isso na cabeça de todo mundo. Faz uma lavagem cerebral. E depois você chega e diz: agora você não vai fazer mais nada disso? O pessoal que foi treinado para fazer isso, fazia isso, e que era apoiado porque fazia isso. [...] Esse pessoal fica fazendo o quê? [...] Então acaba agindo isoladamente. (COUTO, 1999, p. 296).

No mesmo sentido, Castro e D´Araujo (2001, p. 330), ao entrevistar o general Alberto Mendes Cardoso, perguntam o que os ex-agentes do Serviço Nacional de Informações faziam após a extinção desse aparato estatal, ao que o entrevistado responde que esses agentes, muito bem preparados e altamente especializados, passaram a atuar como detetives particulares ou organizando firmas de segurança. Esses relatos confirmam a hipótese de que todas as arbitrariedades cometidas durante o regime militar impregnaram o modo de vida da sociedade em geral. Tantos os agentes quanto a sociedade pareciam depender da presença repressiva que outrora fora imposta pelo Estado. Esta constatação é reforçada pela presença de anúncios de investigação particular e serviços de segurança nos classificados dos jornais e da rede mundial de computadores. Dito de outra forma: idealizou-se, criou-se e aperfeiçoou-se um Estado de segurança por mais de trinta anos, e dissolveu-o sem que houvesse uma política de transição. Alguns dos desmandos praticados foram inovações trazidas pelos homens de farda; outras arbitrariedades já estavam enraizadas na estrutura social brasileira. Todos, entretanto, são elementos incontroversos de que houve, durante o regime militar, a prática da doutrina do direito penal do inimigo.

2.9 FUNDAMENTO FILOSÓFICO DA DOCTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL

Carl von Clausewitz ao preconizar a célebre tese “A guerra é a continuação da política por outros meios”, ele estava a considerar dois momentos distintos, um político e outro no qual prevaleciam os atos bélicos.

Guerra é uma luta armada entre Estados. Logo, o elemento subjetivo desses Estados – os povos – torna-se inimigos recíprocos e de fácil identificação. Com efeito, guerra pressupõe dois momentos (um político e outro beligerante), Estados distintos e inimigos.

Carl Schmitt, discordando dessa lógica, confunde os dois momentos, de tal sorte que guerra e política passam a ser a mesma coisa. Dessa confusão, decorrem importantes consequências.

O filósofo político alemão legitima a existência de inimigos numa situação de paz, dentro de um mesmo Estado, de forma a não atender os requisitos mínimos de uma guerra formal. De mais a mais, se o inimigo pertence ao próprio Estado, e, desse modo, é destacado do próprio povo, institui-se uma situação de guerra permanente. Ele ampliou o conceito do inimigo hobbesiano. Seria considerado hostil o cidadão que desobedecesse ao soberano por meio de atos ou de ideias (desobediência externa ou interna). O Estado passa a atuar inclusive no âmbito do foro interno, não havendo limites contra o inimigo. Na guerra, o Estado exerce sua soberania de forma absoluta. Isso porque qualquer cidadão pode ser um inimigo em potencial. Legitima-se, assim, a violência contra a sociedade civil, tornando a simples discordância ideológica uma razão apta a submeter o opositor ao tratamento bélico.

Para Schmitt, o inimigo é um ente despersonalizado, pois ele desconhece, e por isso não aplica, as regras do bom combate, da guerra justa. Nesse sentido, o Estado, no combate ao inimigo, está autorizado a desrespeitar as normas do direito ordinário (direito penal e processual penal) e do direito internacional (tratados humanitários).

Ao formular sua tese, o jurista alemão não vislumbrou limites no momento de se indicar os inimigos. Num Estado, no qual guerra e política se confundem, e, portanto, qualquer cidadão poder ser enquadrado como inimigo, os limites farão “[...] surgir um direito de resistência do cidadão arbitrariamente indicado como inimigo” (ZAFFARONI, 2011, p. 150). Dessa forma, aceitar barreiras é limitar o poder absoluto do Estado de decretar guerra, ainda que contra o seu próprio cidadão considerado isoladamente.

De tudo que foi exposto, percebe-se, *mutatis mutandis*, a similitude de conteúdos entre a tese de Carl Schmitt e a DSN. Não é à toa que os idealizadores do Estado de

segurança nacional buscaram fundamento filosófico na teoria política do professor alemão, mais precisamente no conceito de ditadura soberana.

Segundo a teoria da ditadura soberana, o poder de um Estado de fato materializava-se na “[...] vontade suprema de um líder individual ou coletivo, dotado de um poder discricionário, e sem outros limites que sua própria automoderação” (BORGES FILHO, 1994, p. 58). A lei perderia seu caráter geral e abstrato, passando a ser individual e concreta, discricionária e ilimitada. A constituição deixava de ser um fim e tornava-se um meio, e sua suspensão e modificação seguiam a direção do desejo da nova autoridade. Na ditadura soberana, o poder era usurpado do povo, e as funções estatais – executiva, legislativa e judiciária – eram unificadas.

Cabe ressaltar que Carl Schmitt adota o conceito onímico de inimigo, ao passo que a DSN, pelo menos em tese, “[...] tem instituições e controles capazes de impedir a arbitrária sinalização de inimigos.” (ZAFFARONI, 2011, p. 150). Ora, o conceito limitado de inimigo não funcionou, não funciona e jamais funcionará, pelo menos num Estado que respeita na íntegra os direitos e as garantias fundamentais de seus cidadãos. A admissão de tal conceito legitima a coexistência de um “sistema penal subterrâneo” ao lado do direito ordinário. Outrossim, impõe à coletividade severas limitações ao direito de liberdade, tudo sob a alegação de se combater um inimigo difuso. Vale dizer, torna a exceção um costume no âmbito constitucional. É como se autorizasse a existência de um Estado de direito num Estado de polícia, quando se sabe que o contrário é que deve prevalecer.

Portanto, admitir o conceito limitado de inimigo – uma relativização da tese de Carl Schmitt – é o começo do fim do Estado democrático de direito.

3 O INIMIGO NO BRASIL PÓS 1964

Está claro que o direito penal do inimigo é seletivo e prospectivo. Segundo a doutrina de Gunther Jakobs, inimigo é a “não-pessoa” que renunciou, por conta própria e em razão de perigosa contumácia, sua condição de cidadão. Diante dessas considerações e a título de contextualização, fica a pergunta: quem eram os inimigos eleitos pelo Estado no período pós 1964?

O movimento civil-militar que retirou o presidente João Goulart do Poder tinha a intenção de neutralizar a implantação de um sistema comunista no Brasil. Nesse contexto, o inimigo interno

[...],isto é, todo aquele que não se pronuncia a favor do regime e dos ideais revolucionários, seduzido por ideologias estranhas e apoiado por forças externas (comunismo internacional), é um mal que deve ser extirpado, pois ele coloca em perigo a segurança do país e, por consequência, o seu desenvolvimento político, econômico e social. (BORGES, 2009, p. 37).

Logo, o termo inimigo interno não se restringia às pessoas ligadas ao governo anterior. Tratava-se de uma categoria mais ampla, uma vez que todo aquele que contestasse o poder revolucionário, constituindo qualquer forma de oposição, seria etiquetado como *persona non grata* (ALVES, 2004, p. 111).

Todavia, o alvo principal do Estado eram os partidos e os movimentos de esquerda, pois suas convicções político-filosóficas semeavam a intranquilidade social. Segundo a Arquidiocese de São Paulo – Projeto “Brasil: nunca mais” (1988, p. 12), após 1961, havia 44 organizações e partidos políticos de esquerda, que surgiram como alternativa ao Partido Comunista Brasileiro (PCB). Segundo os processos que tramitaram na Justiça Militar, o número de réus considerados como militantes de organizações partidárias clandestinas seria 4.935; e o dos acusados de participação em ações violentas ou armadas, 1.464.

Nessas poucas linhas, observa-se, por via oblíqua, o perigo de se permitir a utilização do termo “inimigo” num sistema jurídico. Quando isso ocorre, o direito, notadamente o

penal, ganha contornos maleáveis, cuja amplitude, sempre tendendo à expansão, obedecerá à conveniência e à discricionariedade das agências de segurança. Dentro dessa perspectiva, um Estado democrático de direito perderá paulatinamente campo para o Estado de polícia até sua total transformação num Estado absoluto. Polarizar uma sociedade em cidadãos e inimigos, ainda que seja supostamente para o bem da coletividade, significa carcomer os fundamentos jurídicos e democráticos de um Estado.

3.1 SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DA LUTA ARMADA

A opção pela luta armada surgiu antes do golpe civil-militar de 1964. Vale dizer, a luta armada não decorreu do estabelecimento da ditadura militar; ainda nos anos 1950, ela era considerada pelas lideranças de esquerda como a alternativa mais substancial para se implantar o socialismo, algo radicalmente diferente da democracia anterior a 1964.

Com a edição do AI-5, as ações armadas se intensificaram, oportunidade na qual muitos estudantes ingressaram nas organizações de vanguarda. O enfrentamento armado restou como a única possibilidade de atuação dos movimentos sociais. Todavia, declarar que “o golpe dentro do golpe” teria sido a principal causa que levou os militantes de esquerda a pegar em armas deve ser analisado com ânimo reflexivo, vez que a tomada do poder por meio da guerrilha era uma opção que existia antes de 1964. “O sentido essencial da luta armada não estava na resistência à ditadura militar; era anterior a ela: tratava-se, antes, de um projeto político de combate à ordem política e econômica vigente antes de 1964” (ROLLEMBERG, 2009, p. 54).

O desenvolvimento da luta armada se deu em quatro etapas. Rollemberg (2009, p. 48) expõe que, nas três primeiras fases, Cuba, referência socialista mais alinhada à dinâmica latino-americana, atuou concretamente em território brasileiro por meio de apoio material, logístico e ideológico. Num primeiro momento, ainda no governo de Jango, o comunismo cubano assessorou as Ligas Camponesas quanto à implementação de campos de adestramento guerrilheiro.

Em seguida, entre 1965 e 1967, portanto, com o regime militar já instalado, o apoio de Fidel Castro foi deslocado para cinco focos de guerrilha, destacando-se o de Caparaó, no

Espírito Santo. Em 1967, os habitantes locais denunciaram para polícia o local de homizio dos catorze integrantes daquela célula guerrilheira, que foram presos sem enfrentamento.

De 1967 a 1970, Cuba treinou guerrilheiros de organizações de vanguarda, que atuaram predominantemente nos centros urbanos. Num quarto e último momento, entre 1972 e 1974, quando se percebeu que o ideal socialista não se consolidaria nas cidades, a guerrilha se deslocou para o ambiente rural do Araguaia, onde foi dizimada pelas forças federais. (ROLLEMBERG, 2009, p. 57 a 59).

Houve sim oposição ao regime civil-militar, até mesmo com o emprego de métodos paramilitares. Todavia, isso não justificava a escandalosa atuação do Estado. Este não pode jamais agir em pé de igualdade com o cidadão, pois é evidente a desproporcionalidade entre as partes. Conforme exposto em outros pontos deste trabalho, as lideranças governamentais aproveitaram-se dessa opção dos militantes da oposição para consolidar o emprego da DSN, e na esteira dessa finalidade, acompanharam outros interesses sociais, políticos e econômicos.

3.2 MODO DE ATUAÇÃO DO INIMIGO NO BRASIL PÓS 1964

A conduta dos membros das organizações clandestinas beligerantes se pautava pelo princípio da ação: guerrilha, luta armada, violência. Desprezavam-se as formulações e as discussões. A teoria deveria ser substituída pelo agir. Para isso, o processo revolucionário seria conduzido por um grupo de vanguarda, constituído por poucos militantes capazes de trabalhar corações e mentes das massas, aptos a subverter a ordem e dar outra direção política ao Brasil.

O artigo de Rollemborg (2009, p. 50) é o que melhor sintetiza o *modus operandi* dos opositores estatais, expondo que “Nas circunstâncias da época, a concepção da violência incondicionada se traduziu praticamente em foquismo e terrorismo”.

A teoria do foco guerrilheiro – revolução desencadeada por meio de ações isoladas de pequenos grupos – era uma maneira de difundir a ideologia comunista, angariando a simpatia e adesão popular. Ideal para países sem tradição em movimentos sociais e com grandes dimensões territoriais, como no caso do Brasil. O ambiente mais favorável era a área rural, donde se iniciaria sem qualquer participação popular, começando do zero com um pequeno grupo

de guerrilheiros infiltrados numa área inóspita. Foi a fórmula do sucesso revolucionário em Cuba, mas que não funcionou em chão brasileiro, em razão da apatia política do cidadão comum. Alves (2005, p. 174) confirma que a luta armada escolheu o foquismo, vez que os militantes acreditavam que “[...] pequenos bandos de revolucionários armados, completamente isolados dos movimentos sociais, poderiam desencadear uma rebelião armada num país de 100 milhões de habitantes”. Skidmore (1988, p. 172), por sua vez, assim apresentou a teoria do foco;

[...] mediante cuidadosa escolha de uma base rebelde no campo um pequeno contingente de guerrilheiros disciplinados podia – através da ação armada e da propaganda dirigida no sentido de agitar as massas – desestabilizar um governo opressor e posteriormente derruba-lo.

Outra teoria revolucionária, dessa vez respaldada pela vitória da revolução comunista chinesa, foi o maoísmo. Segundo ela, a luta armada deveria priorizar as áreas rurais. Uma vez consolidada nesses setores, a revolução avançaria para as cidades. Tratava-se de uma guerra popular prolongada. A guerrilha do Araguaia adotou o maoísmo.

Além da guerrilha rural, Nilmário e Tibúrcio (p. 27) revelam as ações armadas nos centros urbanos. Estas tinham duas finalidades: propagar a luta revolucionária e obter dinheiro e armas. Os assaltos a bancos e a estabelecimentos comerciais patrocinariam a guerrilha rural. Couto (1999, p. 103) conta que, em setembro de 1969, começou um novo e bem sucedido expediente de libertação de guerrilheiros: o sequestro de autoridades estrangeiras. Este foi, ao mesmo tempo, o mais eficiente e desastroso meio empregado pelos revolucionários. Rollemberg (2009, p. 68) explica que eficiência consubstanciou-se na liberação de presos políticos, bem como na publicidade, no Brasil e no exterior, da existência de prisões arbitrárias e de resistência armada. Caso emblemático foi o sequestro do embaixador americano Charles Burke Elbrick, realizado no dia 4 de setembro de 1969 e orquestrado pela Ação Libertadora Nacional. O diplomata foi libertado em troca de quinze presos políticos e da leitura de um manifesto pelos principais meios de comunicação da época. “Ao êxito do sequestro, seguiu-se uma repressão brutal às organizações, desencadeando inúmeras prisões e morte de militantes”. (ROLLEMBERG, 2009, p. 69). O governo enrijece, criando o Decreto-lei 898 – Lei de

Segurança Nacional, que permite a intervenção plena do governo, bastando que haja a suspeita de haver um ato atentatório contra a segurança do estado.

Havia também o justicamento. Este consistia num julgamento sumário e morte por fuzilamento para os indivíduos que traíssem, desertassem ou vacilassem nas ações de combate. Além de ser aplicado contra os próprios membros das organizações de esquerda, servia como meio de execução dos colaboradores do regime militar. Nesse ponto, faz-se necessário mencionar o fuzilamento do empresário Henning Boilesen, conhecido como financiador da tortura no âmbito da Operação Bandeirante – Oban.

O emprego de explosivos era outro expediente à disposição da oposição. Na manhã de 25 de julho de 1966, no aeroporto de Guararapes, em Recife-PE, uma bomba explodiu no saguão principal. Nesta data estava prevista a chegada da comitiva do Presidente militar Costa e Silva. Morrem um almirante e um jornalista. A autoria do atentado é desconhecida. Couto (1999, p. 71) escreve que os militares consideraram o ataque uma declaração de guerra. O livro traz, por exemplo, o testemunho do general Leônidas Pires Gonçalves, ex-ministro do Exército no período de 1985 a 1990, nos seguintes termos:

Nós fizemos uma revolução, não botamos ninguém no paredão, não matamos ninguém. [...] Quem é que começou a violência? Guararapes, uma bomba colocada por eles! [...] Quem começa, não sabe aonde vai acabar. [...] Nós tínhamos plena convicção de que estávamos fazendo o melhor para o Brasil. (COUTO, 1999, p. 79).

Observa-se que o fechamento político associado à forte repressão conduziu à luta armada aqueles que estavam insatisfeitos com o rumo do país. Diante da falta de representatividade, a maneira mais eficaz de se fazer ouvir era por meio da violência. Fechava-se assim um círculo vicioso – violência gerando violência, tudo por conta da intolerância e da ausência da dialética. Uma tautologia da irracionalidade adotada por ambas as partes. Reforça-se, mais uma vez, a nocividade de se etiquetar membros de uma sociedade como inimigos.

3.3 PERFIL DOS OPOSITORES E DAS ORGANIZAÇÕES DISSIDENTES

Refleta-se sobre o conteúdo desta passagem da obra de Tavares (1999, p. 43): “Esse bairro operário do subúrbio carioca, [...] é a imagem desse esfrangalhamento da esquerda, [...] que ocorre contraditoriamente no momento em que o pensamento de esquerda cresce e, até, passa a ser moda nos setores urbanos da alta classe média”. No mesmo sentido, franqueia Rollemberg (2009, p. 55) “Utilizando-se da análise sociológica das classes médias [...] às quais a maior parte dos militantes da luta armada estava ligada [...]”. Logo, torna fácil inferir que os opositores do regime militar – repórteres, estudantes, políticos, militares e dirigentes classistas – provinham, em regra, da classe média. Um perfil mais acurado poder ser descrito da seguinte forma: os militantes eram jovens escolarizados, oriundos da classe média urbana e em sua grande maioria do sexo masculino.

A obra de Nilmário e Tibúrcio, (1999, p. 20) incrementa o rol de quesitos que caracterizam o inimigo estatal. Ali fica patente que os opositores militavam em partidos de esquerda, pois num livro com mais de seiscentas páginas, dividido em doze partes, os onze primeiros módulos se referem às organizações aos quais eram filiados quando foram mortos, ficando apenas uma dedicada aos mortos e desaparecidos sem vínculo com organizações e partidos.

Em relação às organizações de vanguarda, é possível enumerar elementos comuns entre elas, embora houvesse diferenças aparentes. Por não ter mobilizado os trabalhadores no momento do golpe, todas as organizações dissentiram do PCB, no sentido de não concordar com as lutas legais (oposição política) e a inação do partido. Acreditavam que a solução viria pelo enfrentamento armado, consolidando o caráter eminentemente militarista dessas organizações. Por isso, os líderes deram um basta às discussões e escolheram a ação. Contudo, a atuação dos movimentos armados foi desarticulada e fragmentada, o que pode ser explicado pelas divergências dos grupos e pela própria clandestinidade. A falta de coesão diluiu ainda mais o reduzido efetivo de militantes, facilitando o trabalho de desmobilização da esquerda revolucionária pelo governo. Outra característica comum às organizações foi ausência das massas populares no desenvolvimento da revolução: acreditava-se que as vanguardas substituiriam os

operários. Eles defendiam que a revolução comunista deveria ser feita pelos puros, os que não estavam integrados ao sistema capitalista.

Por terem escolhido o foquismo cubano, o militarismo das organizações foi uma consequência contraditória: o oprimido adota como perfil ideal de liderança as características de seu opressor – coragem, preparo físico, capacidade de decisão e outros atributos essenciais num chefe militar. Para ocupar posição de destaque numa organização clandestina, o guerrilheiro não precisava conhecer a teoria socialista nem tampouco demonstrar desenvoltura política, bastava personificar aquilo que combatia. (ROLLEMBERG, 2009, p. 72).

Conhecer o perfil dos opositores do regime militar e das organizações clandestinas facilita a compreensão das razões da implementação da DSN: retrain a ascensão dos governos populistas; impedir a participação política de novos protagonistas (sindicatos e organizações civis, por exemplo); eliminar as ideias contrárias (diga-se comunistas) à ordem vigente; e garantir a estabilidade políticas das gerações vindouras, eliminando potenciais lideranças políticas da oposição. Para dar conta de tão ampla agenda, o Estado utilizou-se de um complexo “sistema penal subterrâneo”, (ZAFFARONI, 2011, p. 51).

Ademais, pelo exposto, percebe-se que aqueles considerados pelo Estado como “inimigos” não são facilmente identificáveis, pois o que os diferencia dos “cidadãos” são suas convicções políticas e, por vezes, suas condutas – critérios que tornam o âmbito de proteção dos opositores ainda mais diminuto. Em razão dessa dificuldade, a instituição do artifício da fronteira ideológica foi a solução mais eficaz contra as eventuais dissidências.

4 IDENTIDADE ENTRE A DOCTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Considere-se a seguinte situação fática: um jovem é detido pela polícia de um aeroporto por nove horas, tempo máximo autorizado por uma lei de segurança, sob alegações desconhecidas. Considerando-se também todo o exposto acerca do direito penal do inimigo e da DSN, pergunta-se: em que tempo e local ocorreu a situação fática mencionada? No Brasil pós 1964 ou num aeroporto inglês da atualidade? A dificuldade em responder demonstra que a teoria de Günther Jakobs e a DSN coincidem em determinados aspectos.

A título ilustrativo, cabe esclarecer o caso suscitado no parágrafo anterior. Ele refere-se à detenção, por nove horas, do brasileiro David Miranda pela polícia londrina no aeroporto de Heathrow. A Scotland Yard efetuou a prisão, baseando-se na lei antiterrorismo, aprovada pelo parlamento britânico em julho de 2000. A referida lei autoriza policiais a prender qualquer indivíduo em locais de grande fluxo de pessoas – aeroportos, portos e fronteiras. David Miranda é companheiro de Glenn Greenwald, jornalista americano que possui mais de vinte mil documentos que revelam detalhes sobre os atos de espionagem da Agência Nacional de Segurança dos EUA. Toda documentação foi repassada ao jornalista por Edward Snowden, um técnico de informática, procurado pela justiça americana por vazar dados secretos e que atualmente encontra-se asilado na Rússia. No início de agosto deste ano, o jornalista americano afirmou ao Senado brasileiro que os americanos espionam a rede de computadores para obter vantagens comerciais e tecnológicas, contrariando a afirmação do governo americano de que a Agência de Segurança Nacional (NSA) se utiliza de métodos de vigilância apenas para combater o terrorismo. (BRASILEIRO, 2013, p.1).

Observe-se também a seguinte transcrição:

“As violações de direitos humanos perpetradas pelo regime militar constituíram verdadeira política de Estado e foram cometidas em nome da ideologia oficial, segundo a qual os opositores deixavam de ser considerados cidadãos merecedores do respeito e da proteção estatal e convertiam-se em inimigos a serem controlados e, em muitos casos, liquidados.” (BELLI, 2004, p. 22)

A situação fática e a transcrição ora apresentadas dão a dimensão exata da teoria do direito penal do inimigo e da DSN. A dificuldade em enquadrá-las como produto de uma ou outra teoria evidencia que há pontos de congruência entre elas. Tais similitudes serão o objeto de trabalho nos tópicos seguintes.

4.1 FRONTEIRAS IDEOLÓGICAS

No intuito de neutralizar a ameaça representada pelo inimigo, tanto a DSN quanto o direito penal do inimigo ultrapassa os limites geográficos nacionais. Nesse sentido, ambas as doutrinas usam o artifício das fronteiras ideológicas: o que determina a localização do inimigo não é a sua posição geográfica, sua nacionalidade, mas as suas condutas e suas convicções. O inimigo, caracterizado por sua difícil identificação, está no mundo como um elemento difuso.

As ditaduras militares dos países do Cone Sul – Paraguai, Uruguai, Argentina, Chile, Bolívia e Brasil –, todas elas partidárias dos dogmas da DSN, por meio de acordo secreto e multilateral, atuaram de forma coordenada e ilícita, visando à eliminação das organizações subversivas contrárias aos regimes militares da região. Assim, um dissidente político brasileiro não estaria seguro num dos países do Cone Sul, restando como solução para sua segurança buscar exílio em outros continentes.

Mais atualmente, o direito penal do inimigo ganhou relevância acadêmica com o ataque de 2001 às Torres Gêmeas. Esse atentado reforçou a projeção transnacional do terrorismo, tornando ainda mais necessário o funcionamento do Tribunal Penal Internacional (MIRANDA, 2003, p. 67). De mais a mais, é dominante o entendimento de que, num mundo globalizado, o terrorismo – bem como outros crimes de redes transnacionais (tráfico de drogas, de armas e de pessoas; crime organizado; e lavagem de dinheiro) – deve ser tratado de forma integrada por toda comunidade internacional. A própria interdependência dos Estados, proporcionada pelo desenvolvimento das comunicações, transportes e relações comerciais, diluiu as fronteiras e aproximou o interno do externo. A título ilustrativo e em razão da pertinência, cabe a seguinte transcrição:

Os ataques em Nova Iorque e Washington, entretanto, ensejaram o reforço da vigilância na Fronteira Tríplice, que, por suas próprias características de ponto significativo de fluxo de pessoas e transações, merece sempre atenção em termos de fiscalização e controle. Os serviços policiais e de inteligência do Brasil, da Argentina e do Paraguai continuam a trabalhar em estreita cooperação a esse respeito. (LAFER, 2003, p. 113).

Desse jeito, a mera existência de um tribunal com jurisdição internacional e a compreensão de que determinados crimes exigem a cooperação entre nações fomentam a instituição das fronteiras ideológicas.

Portanto, diante da existência de uma ameaça difusa e abstrata, amplia-se o contorno de atuação das agências de segurança, ultrapassando-se as fronteiras geográficas de determinado Estado. Ao mesmo tempo, a liberdade do indivíduo padece frente à elasticidade estatal. O estabelecimento de fronteiras virtuais é incontestável, tanto na DSN quanto no conceito teórico do direito penal do inimigo.

4.2 PREVALÊNCIA DA SEGURANÇA

Na DSN, a política foi absorvida pela segurança, ou seja, em nome da segurança coletiva, estabeleceu-se uma guerra interna cujo objetivo era eliminar todo aquele que contestasse o poder estatal vigente.

O direito penal do inimigo, ao introduzir o termo “inimigo” fora do contexto bélico, confundiu guerra com política, seguindo a mesma senda da DSN. Dessa forma, quando o Estado transforma uma pessoa deliberadamente dissidente numa não-pessoa, privilegia-se a segurança, segregando-se todos os indivíduos eleitos como perigosos. O tratamento diferenciado de algumas pessoas como inimigo (não-pessoa) inaugura o Estado absoluto.

Assim, as duas doutrinas consideram que não há distinção entre guerra e política. Com efeito, todo e qualquer cidadão é um potencial inimigo, e a sociedade passa a viver sob uma situação de guerra iminente, na qual os princípios de um Estado democrático de direito - um Estado antropocêntrico, subordinam-se aos meios que garantam a sobrevivência do Estado

em si. Diante desse quadro fático, a segurança sobrepõe-se em relação ao cidadão, legitimando o recrudescimento do poder punitivo. A sobrevivência do Estado tem mais importância que as liberdades individuais dos cidadãos.

Logo, no âmbito das doutrinas em comento, todo e qualquer crime ou ameaça justificável é considerada uma agressão contra o Estado e, por conseguinte, o poder punitivo ganha a qualificação de legítima defesa, autorizando, inclusive, a prática de atos contrários aos direitos fundamentais, como a tortura e o desrespeito à privacidade.

Veja-se, por exemplo, o caso de espionagem perpetrado pela Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos contra cidadãos brasileiros. Segundo dados revelados pelo jornalista norte-americano Glenn Greenwald, pessoas residentes ou que passaram pelo país, além de empresas sediadas em chão brasileiro, tiveram as comunicações eletrônicas e telefônicas monitoradas pelas agências de inteligência e de segurança dos Estados Unidos nos últimos dez anos, tudo sob o pretexto de que essas ações afastaram atentados terroristas transnacionais. Os atos de espionagem norte-americanos são o exemplo contextualizado do que vem a ser a predominância da segurança, subjugando valores maiores como a soberania dos Estados e a liberdade dos indivíduos. O secretário de Estado dos EUA, John Kerry, assim se justificou:

O que os EUA estão procurando fazer é evitar que essas coisas [atentados terroristas] aconteçam, sabendo de antemão. Os EUA recolhem inteligência estrangeira como fazem todas as nações. Acho que nossa coleta de inteligência ajudou nossa nação a nos proteger de muitas ameaças, e a muitos povos do mundo, como o brasileiro. (PASSARINHO, 2013).

Dentro dessa ideia de prevalência da segurança, as medidas cautelares albergadas pelo direito penal, notadamente a prisão preventiva, têm, na DSN e no direito penal do inimigo, suas finalidades essenciais - evitar a fuga e o comprometimento das provas - substituídas pela noção de segurança coletiva. Vale dizer, além daquelas finalidades, a segregação dos indesejáveis promoverá a proteção da sociedade, pois se impede que eventuais crimes sejam cometidos, malgrado haja o desrespeito ao princípio da não culpabilidade. Antecipa-se a punição ao cometimento de qualquer fato criminoso. A rigor, confere-se ilegitimidade à medida cautelar,

na medida em que esse instituto processual penal incorpora um caráter evidentemente punitivo, aumentando-se o poder de abrangência do Estado na esfera de liberdade do cidadão. Em nome da segurança do todo, o sistema penal cautelar transforma-se no exercício do poder punitivo.

4.3 CARÁTER BÉLICO

A DSN tem um aspecto eminentemente bélico. Isto é óbvio, pois sua gênese ocorreu dentro das forças militares americanas e, no Brasil, foi difundida também pelos quartéis por meio da Escola Superior de Guerra. Os elementos semânticos reforçam a constatação do perfil marcial presente na DSN: “guerra”, “inimigo”, “combate”, entre outros. As palavras representam uma amostra que dimensiona a opção de se substituir a política pela arte da guerra. No Estado de segurança nacional, cujo objetivo é eliminar as bases materiais e morais do poder adverso, instituiu-se um quadro de guerra total e permanente, no qual as arbitrariedades estatais – prisões ilegais, censura, desaparecimento de pessoas, desrespeito à privacidade e torturas – são aceitas, pois contra o inimigo tudo pode.

O direito penal do inimigo, por seu turno, também adota um contorno bélico, na medida em que considera todo criminoso que se afasta de forma duradoura e reiterada do direito uma ameaça à sobrevivência da sociedade. Portanto, o delinquente que não garante uma segurança cognitiva mínima de que irá cumprir a norma será tratado como inimigo – no mesmo sentido de uma nação ou estado com quem se estabelece uma guerra.

Frente a essa conjuntura, o inimigo terá sua condição de pessoa subjugada, reduzida e até mesmo desconsiderada. Para o Estado, o delinquente contumaz assemelha-se a um animal selvagem que deve ser contido numa jaula, independentemente de ter ou não cometido um ato de agressão, pois o simples fato de representar uma fonte de perigo é algo suficiente para segregá-lo da sociedade em geral.

A título ilustrativo, observe-se, por exemplo, a denominação das ações policiais que aparecem nos noticiários: elas têm a obrigação de serem intituladas com o termo antecedente de “operação”, como acontecia com as grandes batalhas da 2ª Guerra Mundial – “Operação *Overlord*”, por exemplo. Vale dizer, desde o início das investigações das agências policiais, os suspeitos são tratados, ainda que de forma subliminar, como inimigos.

Desse modo, ratificando o que até aqui foi apresentado, a DSN e o direito penal do inimigo carregam a marcialidade em sua essência. Isso porque uma nação somente poderá considerar membros de sua população como inimigos, se instituir uma guerra interna permanente.

4.4 DOCTRINAS ILIMITADAS

A DSN e o direito penal do inimigo são doutrinas ilimitadas, dado que elas se caracterizam pela despersonalização da pessoa. Isso porque o que se pretende em relação aos inimigos é contê-los, a despeito de qualquer garantia dos direitos fundamentais.

Durante o regime pós 1964 instituído no Brasil, a DSN buscou eliminar o inimigo interno: desaparecimentos forçados, execuções sumárias e exílios. A máquina estatal foi tão eficiente em seu objetivo que até 1972 não havia mais focos de guerrilha urbana – os incidentes haviam se deslocado para o interior, na região do Araguaia, Xambioá. No ambiente rural, o sucesso foi o mesmo ao obtido nos centros urbanos. A rigor, pode-se afirmar que houve um genocídio, numericamente inferior ao ocorrido nas ditaduras da Argentina e do Chile, mas ainda assim um genocídio. A contenção da força inimiga não se deu dentro dos limites constitucionais, respeitando-se os princípios democráticos e os direitos fundamentais. Muito pelo contrário. A DSN era ilimitada, não podia se adstringir aos preceitos que colocavam o inimigo em situação de vantagem frente ao Estado.

O direito penal do inimigo não respeita o criminoso como pessoa; ele busca tão somente confiná-lo, pois vê o autor do fato como uma fonte de perigo. Sendo essa a substância da doutrina penal dos hostis, o poder punitivo age sem reconhecer o limite de que o homem é um fim em si mesmo. Nesse passo, tem-se a segregação do delinquente habitual como um meio de prevenção de novos delitos. Se o criminoso não é uma pessoa, mas uma coisa perigosa, não cabe a ele passar por um processo criminal, a fim de se lhe imputar uma pena em razão do cometimento de uma conduta culpável. Basta conter as atitudes tidas como perigosas e contrárias ao ordenamento jurídico, aplicando-se as medidas de segurança – eficientes instrumentos de caráter administrativo (não penal), que se caracterizam pela desproporcionalidade e indeterminação da privação da liberdade.

Outrossim, as medidas de segurança, por não possuírem os limites e as garantias das penas, servem também para segregar aqueles que ostentam um perfil eleito como o “inimigo da vez”, a depender das políticas públicas e internacionais: terroristas, traficantes de drogas, redes internacionais de crime organizado, etc. Tem-se o inimigo como um simples produto de sinalização política. A propósito, o próprio termo “inimigo” encerra um conceito elástico, permitindo que qualquer pessoa no mundo seja etiquetada com esse rótulo, uma vez que é o Estado, por meio de suas agências executivas, quem decide arbitrariamente quem será submetido ao poder punitivo.

Verifica-se, portanto, nas duas doutrinas, que o enfrentamento do inimigo, eleito arbitrariamente pelas agências executivas, ocorre sem barreiras, pois a imposição de limites não se coaduna com o conceito de inimigo, além de enfraquecer o Estado e impossibilitar a garantia da paz entre os cidadãos.

4.5 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

O direito penal do inimigo, a fim de fundamentar o tratamento diferenciado entre cidadãos e inimigos, vai até à filosofia política dos contratualistas Fichte, Rousseau, Hobbes e Kant. Jakobs, respaldando-se nos argumentos dos pensadores iluministas, consegue retirar a personalidade do indivíduo, tornando válida a eliminação de um perigo ao invés de se compensar o dano. Em relação à Rousseau e Fichte, Jakobs os considera radicais em suas posições, pois eles descartam o criminoso da sociedade, antes mesmo de se tentar ressocializá-lo. O direito penal do inimigo alinha-se mais à concepção filosófica hobbesiana e kantiana, que, em linhas gerais, trata como o inimigo aquele que desrespeita profissional e reiteradamente as normas reguladoras das condutas de determinada comunidade. Assim, o indivíduo que não concorda em participar de um estado de cidadania não pode comungar dos benefícios do conceito de pessoa.

A DSN, da mesma forma, fundamenta a discriminação entre cidadão e inimigo, bebendo na fonte de Carl Schmitt. Este filósofo político legitima a teoria do inimigo, prevendo a existência de uma guerra permanente dentro do Estado. Para Schmitt, havendo inimigo, haverá guerra. Guerra pressupõe inimigos e vice-versa. Nessa perspectiva, a essência da política está na

polaridade amigo e inimigo, e sua função principal (da política) é ocupar-se da guerra, a fim de criar e manter a paz. Em suma, política e guerra se confundem.

Além dessa característica fundamental – polarização em guerra e paz, Carl Schmitt chamou a atenção sobre uma limitação ao poder do Estado - de não adentrar em questões íntimas do cidadão, deixando a salvo a liberdade de consciência das pessoas. Para Schmitt não havia distinção entre moral (âmbito interno) e direito (âmbito externo - instrumento regulador de condutas humanas, e não pensamento). Tal distinção minava o poder do Estado, pois se o soberano se intrometesse no foro interno de seus súditos tardiamente, não restaria outra alternativa senão reconhecer um direito de resistência já estabelecido. Vale dizer, Carl Schmitt defende um Estado absoluto, e passa a considerar como inimigo não somente a pessoa que age contra o Estado por meio de condutas externas, mas também os que resistem com seus pensamentos ao modo imposto pelo soberano. Não é por acaso que a tortura foi um expediente recorrente nos porões estatais, pois só assim era possível adentrar no claustro do pensamento dos cidadãos.

Portanto, a DSN legitima existência de inimigos no seio da sociedade. O Estado vive numa guerra sem fim, pois o cidadão comum, por meio de suas condutas ou pensamentos, pode se transformar num estranho, e a neutralização dos indesejáveis somente ocorreria dentro de uma perspectiva bélica, distante dos instrumentos jurídicos disponíveis. Nesse passo, entende-se que a eleição do inimigo estatal é, na verdade, uma tarefa pertinente ao campo de arbítrio seletivo das agências de criminalização. Ainda que se alegue que o conceito de inimigo esteja restrito a um suposto espaço compartimentado, isto não acontecerá, pois o Estado ultrapassará os limites estabelecidos, dado que são permeáveis e irrefreáveis. Em não sendo possível controles e contenções do Judiciário a esse respeito, a tendência é o indivíduo se transformar num mero instrumento do Estado, vez que viverá a constante insegurança de saber por quanto tempo sustentará a condição de cidadão.

Eis então mais um ponto de congruência entre o direito penal do inimigo e a DSN: eles estabelecem um conjunto de princípios oriundos da filosofia política que influencia as relações humanas consideradas em seu sentido coletivo.

4.6 TRATAMENTO PENAL DIFERENCIADO

O tratamento penal diferenciado é a possibilidade de o Estado poder limitar as garantias e as liberdades fundamentais com o objetivo de identificar e conter os inimigos . A rigor, é um tratamento discriminatório, e se o público alvo (inimigo) é de difícil identificação, surgem quatro consequências: a liberdade individual sofre limitações; eleva-se o risco de identificação errônea; o Estado passa a exercer um pesado controle social sobre seus súditos; e convive-se com a possibilidade de condenações injustas. Por exemplo, ao se autorizar a interceptação telefônica de suspeitos de subversão, milhares de cidadãos terão sua privacidade devassada, pois a convicção político-filosófica não é uma característica facilmente identificável.

Quando o Estado limita as garantias processuais – incomunicabilidade dos presos, cerceamento de defesa, prisão cautelar prolongada, delação anônima – aumenta-se o risco de o cidadão ser injustamente processado e condenado como um suposto inimigo. Da mesma forma, se os atos preparatórios são considerados delitos, condutas antes consideradas inocentes tornam-se aptas a incriminar qualquer pessoa – comprar, por exemplo, um fertilizante (produto componente de explosivos) pode se tornar um ingresso ao sistema carcerário.

Vale a pena viver sob a égide de limitações, controles e condenações injustas a pretexto de se neutralizar um determinado grupo que ameaça a sobrevivência do Estado? Não, principalmente se esse Estado for qualificado como Estado democrático de direito.

E se o Estado, uma vez ciente de todas as consequências advindas desse tratamento discriminatório, tentar adotar uma perseguição limitada aos inimigos? Não funcionaria, pois a discricionariedade das forças policiais não ficaria adstrita aos estereótipos levantados pelo legislador, lesando inevitavelmente as garantias do cidadão. Assim aconteceu durante o Estado de Segurança Nacional, quando se autorizou a realização de medidas de contenção aos suspeitos de subversão. Naquela ocasião, cidadãos comuns foram presos e tiveram suas propriedades vasculhadas ao livre critério de oportunidade e conveniência das agências de segurança. Ademais, as medidas que autorizaram a perseguição dos suspeitos de se opor ao regime militar legitimaram a tortura.

Desse modo, o tratamento penal diferenciado do inimigo, característica comum ao direito penal do inimigo e à DSN, permite a repressão de todos os cidadãos indistintamente, contrariando os princípios de um Estado democrático de direito.

CONCLUSÃO

O direito penal do inimigo é uma teoria que tem o mérito de expor a seletividade e o tratamento penal diferenciado do direito penal. Günther Jakobs, formulador da teoria em comento, acreditava que a legitimação dessa proposta poderia refrear a expansão do direito penal. Para o professor alemão, a legitimação parcial de um tratamento penal diferenciado seria um recurso hábil para preservar o direito penal dos efeitos do endurecimento da legislação penal dos últimos anos

Para alcançar a finalidade de legitimar um tratamento penal diferenciado, Jakobs propõe a implementação de um conceito limitado de inimigo: um indivíduo perigoso, cuja segregação se deve à falta de confiança em sua conduta futura, pois suas ações ainda não realizadas necessitam de um suporte cognitivo. O inimigo é separado da sociedade por causa de sua periculosidade, mantendo-se, todavia, seus demais direitos. Ora, se o problema é o perigo, priva-se o ente perigoso de sua liberdade e aí se tem um conceito limitado de inimigo. Essa era a idealização de Jakobs – estabelecer um conceito limitado de inimigo, fora de um contexto bélico –, mas que não resiste à seguinte argumentação crítica: o grau de periculosidade, que designa quem será considerado inimigo, dependerá do juízo subjetivo das agências estatais. Portanto, em se dependendo de um juízo subjetivo, queda-se por terra a ideia de um conceito limitado de inimigo, vez que o Estado, de acordo com o poder de que dispõe, determinará como indesejável quem considerar oportuno. Na América Latina, por exemplo, qualquer suspeito de ter cometido uma infração é considerado inimigo, na medida em que sua segregação (prisões cautelares) ocorre antes mesmo de ser apurada sua culpa. Não é à toa que três quartos da população carcerária latina cumprem penas antes das sentenças (ZAFFARONI, 2011, p. 161 a 164).

Durante o regime civil-militar no Brasil (1964-1985), houve a aplicação da Doutrina de Segurança Nacional, que também se caracterizava pela seletividade e pela polarização da sociedade em amigos e inimigos. A finalidade principal da DSN era suprimir a ameaça comunista por meio da força física (repressão) e de ações psicossociais. Para atingir esse desiderato, o Estado elegeu como inimigo os indivíduos que esboçassem qualquer oposição ao novo regime constituído. Nesse período, o Brasil viveu uma permanente crise institucional, vez que ele se fundamentou num sistema gerador de quatro contradições interdependentes:

desenvolvimento exagerado do sistema repressivo; aumento da oposição a cada nova onda repressiva – uma espécie de círculo vicioso, no qual novos setores da sociedade civil aderiam à oposição em tom de insatisfação contra o governo; a legitimação de injustiças estatais sob o pálio de se combater determinado setor da oposição, transferindo a dissensão para outros campos sociais ainda não envolvidos; e, por fim, o isolamento do Estado, tornando-se um instrumento das agências que controlam todos os segmentos da sociedade pelo uso exclusivo da força física.

Evidencia-se que o direito penal do inimigo e a DSN divergem quanto à finalidade. Enquanto a DSN buscava neutralizar o comunismo, a teoria alemã intenciona preservar o direito penal do endurecimento das leis. Contudo, o modo de se conquistar os respectivos objetivos é o mesmo: a instituição de um conceito limitado de inimigo.

No Brasil pós 1964, as providências reais da DSN mostraram que o tratamento penal diferenciado não se coaduna com os princípios do Estado democrático de direito. Constitui-se um truísmo o embate entre o Estado de direito e o Estado de polícia, pois qualquer concessão feita a este último será percebida como um convite para ele se aperfeiçoar num Estado absoluto. Alguma exceção aplicada nesse sistema (Estado democrático de direito-Estado de polícia) neutraliza o processo dialético que existe entre a liberdade e a segurança. O tratamento penal diferenciado deve ser entendido como um ponto fora da curva e, portanto, sua aplicação, ainda que de forma estanque, isolada ou compartimentada, afetaria a dinâmica prevalente entre o liberalismo e o autoritarismo.

Nesse sentido, não há mais que se falar em inimigo no direito penal, qualquer que seja sua manifestação, sob pena de se negar a essência do Estado democrático de direito. Somente um Estado absoluto admite o conceito de inimigo, uma vez que este – conceito de inimigo – não aceita limitações. Limitar os direitos de toda coletividade ao pretexto de se conter um determinado grupo de criminosos não é a via mais adequada de se promover a tão propalada segurança. De mais a mais, a seletividade, consubstanciada na decisão de quem é o inimigo, ficará sob a serventia de agências que a empregarão segundo seus critérios de conveniência e discricionariedade, legitimando os mais diversos interesses e objetivos e representando, por conseguinte, o fim do Estado democrático de direito (ZAFFARONI, 2011, p. 191).

Portanto, tomando-se como referência as consequências advindas da concretização da DSN no Brasil, conclui-se que a teoria do direito penal do inimigo atinge a essência do Estado democrático de direito, não cabendo sua adoção pelo ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e oposição no Brasil: 1964-1984*. São Paulo: Edusc, 2005.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: nunca mais*. Perfil dos atingidos. Petrópolis: Vozes, 1988.

BORGES, Nilson. In: FERREIRA, Jorge e DELGADO, Lucila de Almeida Neves (Org.). *A Doutrina de Segurança Nacional e os governos militares*. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 13-42.

BORGES FILHO, Nilson. *Os militares no poder*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

BRASILEIRO detido em Londres leva caso à Justiça britânica. *Veja*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/internacional/brasileiro-inicia-acao-na-justica-apos-detencao-em-londres>> Acesso em: 9 setembro 2013. 10:22.

BELLI, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil: visões de segurança pública na década de 90*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BUNG, Jochen. *Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa*. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. São Paulo. n. 62, v. 14, p. 107-133, set-out de 2006.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Operação Condor*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/grupos_trabalho/CNV_REUNIAO_AMPLA_Golpe_64_250313.pdf> Acesso em 9 julho 2013. 14:15.

CASTRO, Celso e D'ARAUJO, Maria Celina (Org.). *Militares e política na Nova República*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

COUTO, Ronaldo Costa. *História indiscreta da ditadura e da abertura*. Brasil 1964-1985. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999.

FICO, Carlos. *Além do golpe: versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

FICO, Carlos. *Espionagem, polícia política, censura e propaganda: os pilares básicos da repressão*. In: FERREIRA, Jorge e DELGADO, Lucila de Almeida Neves (Org.). *O tempo da ditadura: regime militar e movimentos sociais em fins do século XX*. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 167-205.

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. São Paulo. n. 56, v. 13, p. 80-112, set-out de 2005.

HABERT, Nadine. *A década de 70: apogeu e crise da ditadura militar brasileira*. 3 ed. São Paulo: Editora Ática, 1996.

LAFER, Celso. *O terrorismo internacional e suas repercussões no Brasil: o equilíbrio entre a adequação normativa e a política eficiente*. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.) Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, (p. 103 a 114).

LOPES, Cláudio Ribeiro e OTAVIANO, Luiz Renato Telles. *Constatações e considerações sobre o conceito de inimigo no Direito Penal contemporâneo*. Revista de Ciências Penais – RCP. São Paulo. n. 14, p. 107-117, jan-jun de 2011.

MIRANDA, Jorge. *Os direitos fundamentais perante o terrorismo*. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.) Os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, (p. 53 a 68).

MIRANDA, Nilmário, e TIBÚRCIO, Carlos. *Dos filhos deste solo. Mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar: a responsabilidade do Estado*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 1999.

MORAES, Vinícius Borges de. *Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs*. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim. São Paulo. n. 74, v. 16, p. 9-34, set-out de 2008.

PASCUAL, Alejandra Leonor. *Terrorismo de Estado: a Argentina de 1976 a 1983*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

PASSARINHO, Nathalia. *John Kerry faz defesa das ações de inteligência dos EUA*. Brasília. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/08/john-kerry-faz-defesa-das-acoes-de-inteligencia-dos-eua.html>> Acesso em: 20 julho 2013. 10:22.

RIDENTI, Marcelo. *Cultura e política: os anos 1960-1970 e sua herança*. In: FERREIRA, Jorge e DELGADO, Lucila de Almeida Neves (Org.). *O tempo da ditadura: regime militar e movimentos sociais em fins do século XX*. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 133-166.

ROLLEMBERG, Denise. *Esquerdas revolucionárias e luta armada*. In: FERREIRA, Jorge e DELGADO, Lucila de Almeida Neves (Org.). *O tempo da ditadura: regime militar e movimentos sociais em fins do século XX*. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 43-91.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. *Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985*. In: FERREIRA, Jorge e DELGADO, Lucila de Almeida Neves (Org.). *O tempo da ditadura: regime militar e movimentos sociais em fins do século XX*. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 243-282.

SODRÉ, Nelson Werneck. *História da história nova*. Petrópolis: Editora Vozes, 1986.

SKIDMORE, Thomas E. *Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco (1930/1964)*. 14 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

SKIDMORE, Thomas E. *Brasil: de Castelo a Tancredo (1964-1985)*. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

TAVARES, Flavio. *Memórias do esquecimento*. 3 ed. São Paulo: Globo, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Renvan, 2011.