ORGANIZAÇÃO **LARISSA RAMINA**

# LAWFARE

## GUERRA JURÍDICA E RETROCESSO DEMOCRÁTICO

FEMENAGEM A **TATYANA FRIEDRICH**

COLEÇÃO MULHERES NO DIREITO INTERNACIONAL

VOLUME IV

EDITORA ÍTHALA

© 2022 Editora Íthala

**CONSELHO EDITORIAL**

**Alexandre Godoy Dotta** – Doutor e mestre em Educação. Especialista em Administração, Metodologia do Ensino Superior e em Metodologia do Conhecimento e do Trabalho Científico. Licenciado em Sociologia e Pedagogia. Bacharel em Tecnologia.

**Ana Claudia Santano** – Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha.

**Daniel Wunder Hachem** – Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

**Emerson Gabardo** – Professor Titular de Direito Administrativo da PUC-PR. Professor Associado de Direito Administrativo da UFPR. Doutor em Direito do Estado pela UFPR com Pós-doutorado pela Fordham University School of Law e pela University of California - UCI (EUA).

**Fernando Gama de Miranda Netto** – Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

**Ligia Maria Silva Melo de Casimiro** – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC-PR. Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professora de Direito Administrativo da UFC-CE. Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA e coordenadora Regional do IBDU.

**Luiz Fernando Casagrande Pereira** – Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

**Rafael Santos de Oliveira** – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e graduado em Direito pela UFSM. Professor na graduação e na pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador do Curso de Direito e editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma universidade.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

L417 Lawfare: guerra jurídica e retrocesso democrático / organização de Larissa Ramina - Curitiba: Íthala / GRD, 2022.
v.4, p. 1-467; 22,5cm (Coleção Mulheres no Direito Internacional)

Vários colaboradores

DOI: 10.29327/561262

ISBN: 978-65-995278-4-5 [e-book]

1. Mulheres – Direito internacional. 2. Mulheres – Relações internacionais. I. Ramina, Larissa (org.)

CDD 341.1 (22.ed)
CDU 341

Editora Íthala Ltda.
Rua Pedro Nolasko Pizzatto, 70
Bairro Mercês
80.710-130 – Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3093-5252
+55 (41) 3093-5257
http://www.ithala.com.br
E-mail: editora@ithala.com.br

Coordenação editorial: Eliane Peçanha
Capa: Antonio Dias
Foto da capa: Conde Baltazar
Diagramação: Sônia Maria Borba
Coedição: GRD Editora

abdr ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
Respeite o direito autoral

Informamos que é de inteira responsabilidade dos autores a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

ORGANIZAÇÃO **LARISSA RAMINA**

# LAWFARE

## GUERRA JURÍDICA E RETROCESSO DEMOCRÁTICO

Grupo INTER

UFPR
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PPGD
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
Mestrado, Doutorado e Pós-doutorado

Apoio:

INSTITUTO EDESIO PASSOS

FEMENAGEM A **TATYANA FRIEDRICH**

COLEÇÃO MULHERES NO DIREITO INTERNACIONAL
VOLUME IV

**EDITORA ÍTHALA**
**CURITIBA – 2022**

# LAWFARE

## GUERRA JURÍDICA E RETROCESSO DEMOCRÁTICO

FEMENAGEM A **TATYANA FRIEDRICH**

COLEÇÃO MULHERES NO DIREITO INTERNACIONAL

VOLUME IV

Grupo INTER

Grupo de Pesquisa **INTER**
Abordagens Críticas ao
Direito Internacional

PPGD
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
Mestrado, Doutorado e Pós-doutorado

UFPR
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

A versão online desta obra é vinculada a instituição de ensino UFPR e de distribuição gratuita. Versões impressas podem ter custos de impressões.

Apoio:

INSTITUTO EDESIO PASSOS


ORGANIZAÇÃO
Larissa Ramina

COLABORADORES
Adriana Inomata
André de Carvalho Ramos
Andréa Regina de Morais Benedetti
Carol Proner
Charlotth Back
Claudia Maria Barbosa
Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes
Emerson Gabardo
Eneida Desiree Salgado
Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Gabriel Strapasson Lazzarotto
Gisele Ricobom
Gustavo Glodes Blum
Heloisa Fernandes Câmara
Isabela Chimelli Stacheski
Jennifer Gordon
João Guilherme Walski de Almeida
José Antônio Peres Gediel
Katya Kozicki
Larissa Ramina
Leandro Franklin Gorsdorf
Luís Renato Vedovato
Maria Carolina Gervásio Angelini de Martini
Nathalia Penha Cardoso de França
Nicholas Andrey Monteiro Watzko
Paula Gabriela Barbieri
Paulo Vinicius Baptista da Silva
Romeu Felipe Bacellar Filho
Rui Carlo Dissenha
Tarso Cabral Violin
Tatiana Cardoso Squeff
Thales Romano Coelho
Vera Karam de Chueiri
Viviane de Arruda Pessoa Oliveira
Wagner Menezes


Devido a relevância dos artigos que compõem esta obra, bem como forma de prestigiar cada autor e seu pensamento, optamos por publicá-los na versão original por eles enviada, sem qualquer revisão ou padronização.

# SUMÁRIO VOLUME IV

## INTRODUÇÃO

APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO E DA FEMENAGEADA

A "COLEÇÃO MULHERES NO DIREITO INTERNACIONAL" E SUAS 'FEMENAGEADAS' ..... 11
*Larissa Ramina*

FEMENAGEM A TATYANA FRIEDRICH ..... 15
*Larissa Ramina*

PREFÁCIO ..... 19
*Carol Proner*

## PALAVRAS DE COMPANHEIRXS

APRESENTAÇÃO ..... 25
*José Antônio Peres Gediel*

"*LAWFARE*. GUERRA JURÍDICA E RETROCESSO DEMOCRÁTICO" ..... 29
*Romeu Felipe Bacellar Filho*

FOREWORD ..... 33
*Jennifer Gordon*

HOMENAGEM À PROFESSORA TATYANA ..... 37
*Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes*

UMA ACADEMIA ATIVA E COMPROMETIDA COM A INCLUSÃO SOCIAL DE MIGRANTES E REFUGIADOS ..... 41
*Gisele Ricobom*

## PARTE 1

*LAWFARE* E CONTEXTO INTERNACIONAL

DEMOCRACIA, SOBERANIA POPULAR E O *IMPEACHMENT:* O PAPEL DO DIREITO INTERNACIONAL ..... 45
*André de Carvalho Ramos*

*CUI PRODEST*? O STF, O RECONHECIMENTO MULTIDIMENSIONAL DA OPERAÇÃO LAVA JATO E A COMPREENSÃO DA GUERRA HÍBRIDA CONTRA O BRASIL ..... 65
*Larissa Ramina | Carol Proner | Gisele Ricobom*

OS EFEITOS DO PODER DA MÍDIA NA DEMOCRACIA E A RELAÇÃO COM O *LAWFARE* NA AMÉRICA LATINA ..... 77
*Luís Renato Vedovato | Maria Carolina Gervásio Angelini de Martini | Viviane de Arruda Pessoa Oliveira*

O *LAWFARE* NA GUERRA AO TERROR: CRIMES DE GUERRA VINTE ANOS DEPOIS DA PRETENSÃO ESTADUNIDENSE DE MUDANÇA DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO ..... 93
*Isabela Chimelli Stacheski | Rui Carlo Dissenha*

ENTRE POPULISMOS E INVESTIMENTOS: A DISPUTA ENTRE ARGENTINA E URUGUAI SOBRE O USO DO RIO URUGUAI NA ERA DE *LAWFARE* ..... 117
*Tatiana Cardoso Squeff | Thales Romano Coelho*

O DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO E O ACESSO À JUSTIÇA ..... 139
*Wagner Menezes*

## PARTE 2

*LAWFARE*, DEMOCRACIA E ESTADO DE EXCEÇÃO

*LAWFARE* NO BRASIL: AOS AMIGOS OS BENEFÍCIOS DA LEI, AOS INIMIGOS O ABUSO DA LEI ..... 185
*Claudia Maria Barbosa*

*LAWFARE* E CRISE DA DEMOCRACIA: CONTRIBUIÇÕES DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA PARA COMPREENSÃO DA EROSÃO DEMOCRÁTICA ..... 197
*Eneida Desiree Salgado | João Guilherme Walski de Almeida*

A RETÓRICA SOBRE A "DEMOCRACIA RACIAL" E AS ESTRATÉGIAS DE MORDAÇA E CENSURA NAS ESCOLAS ..... 219
*Paulo Vinicius Baptista da Silva*

*LAWFARE* E FASCISMO ..... 233
*Tarso Cabral Violin*

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: LADEIRA ACIMA E LADEIRA ABAIXO ..... 263
*Vera Karam de Chueiri | Katya Kozicki*

*LAWFARE*, CORRUPÇÃO E ESTADO DE EXCEÇÃO ..... 273
*Charlotth Back | Nathalia Penha Cardoso de França*

ESTADO ENTRE DIREITO E NÃO-DIREITO: LEGALIDADE, EXCEÇÃO E TÉCNICAS SECURITÁRIAS ..... 295
*Heloisa Fernandes Câmara | Gustavo Glodes Blum*

## PARTE 3

*LAWFARE* E SISTEMA DE JUSTIÇA

O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO BRASILEIRO NO CONTEXTO DO *LAWFARE* NA AMÉRICA LATINA: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ..... 325
*Andréa Regina de Morais Benedetti*

NOVOS AUTORITARISMOS E *LAWFARE*: O JUDICIÁRIO COMO VÍTIMA? ..... 349
*Estefânia Maria de Queiroz Barboza | Adriana Inomata*

ÉTICA PÚBLICA E PARCIALIDADE NO COMBATE À CORRUPÇÃO: O CASO *THE INTERCEPT BRASIL VS.* OPERAÇÃO LAVA JATO ..... 393
*Emerson Gabardo | Gabriel Strapasson Lazzarotto | Nicholas Andrey Monteiro Watzko*

TRIBUNAL POPULAR DA LAVA JATO: ANÁLISE DO JULGAMENTO DO SISTEMA DE (IN)JUSTIÇAS ..... 447
*Leandro Franklin Gorsdorf | Paula Gabriela Barbieri*

# SUMÁRIO VOLUME V

## PARTE 4

*LAWFARE* E RETROCESSOS SOCIAIS E AMBIENTAIS

*LAWFARE* TRABALHISTA. A GUERRA JURÍDICA CONTRA OS DIREITOS SOCIAIS ..... 481
*Alberto Emiliano de Oliveira Neto*

A EDUCAÇÃO COMO ATO POLÍTICO: O LEGADO DE PAULO FREIRE EM TEMPOS ANTIDEMOCRÁTICOS E DE RETROCESSOS SOCIAIS ..... 505
*Fabiane Lopes de Oliveira*

EMERGÊNCIA CLIMÁTICA E CRISE AMBIENTAL NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA TANGENCIANDO O *LAWFARE* ..... 515
*Francisco Mendonça | Pedro Augusto Breda Fontão | Wilson Flavio Feltrim Roseghini*

*LAWFARE* E DIREITOS SOCIAIS ..... 533
*Marco Aurélio Serau Junior*

*LAWFARE* ESTRUTURAL: DA LAVA JATO À REFORMA TRABALHISTA ..... 551
*Paulo Ricardo Opuszka | Matheus Felipe Manika*

OS "TRABALIVRES" E A RESENHA DE UM FILME DE TERROR: AS INIMIZADES ENTRE DIREITO E TRABALHO NA CONTEMPORANEIDADE ..... 565
*Sandro Lunard Nicoladeli*

## PARTE 5

*LAWFARE* E MIGRAÇÕES

*MIGRANTS RIGHTS LAWFARE*: O CASO BRASILEIRO DIANTE DA PANDEMIA ..... 581
*Danielle Annoni*

PANDEMIA E ESTIGMA: NOTA SOBRE AS EXPRESSÕES "VÍRUS CHINÊS" E "VÍRUS DE WUHAN" ..... 609
*Deisy de Freitas Lima Ventura*

O ACOLHIMENTO EM TEMPOS DE RETROCESSOS: A ÉTICA DO ENCONTRO NO ATENDIMENTO A MIGRANTES E REFUGIADOS ..... 619
*Elaine Cristina Schmitt Ragnini | Bruna Pupatto Ruano*

A POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA DIANTE DA PANDEMIA DO COVID-19: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PENSAMENTO DE GIORGIO AGAMBEN ..... 635
*Lavínia Cavalcante da Silva | Thiago Oliveira Moreira*

## PARTE 6

*LAWFARE* E TEORIA CRÍTICA

APORTES DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO SOBRE O *LAWFARE* ..... 655
*Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Kowarski*

*LAWFARE*: BREVE ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO.....667
*Luasses Gonçalves dos Santos | Márcio Soares Berclaz*

# INTRODUÇÃO

## APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO E DA FEMENAGEADA

# A "COLEÇÃO MULHERES NO DIREITO INTERNACIONAL" E SUAS 'FEMENAGEADAS'

A ideia de lançar uma Coleção dedicada a destacar o papel das mulheres no direito internacional e áreas afins se justifica pela inquietação com a temática específica da participação das mulheres na ciência, que por sua vez se insere na temática geral da desigualdade de gênero.

Estudos demonstram que a distribuição do capital científico nunca foi equânime entre os gêneros, devido a inúmeras razões, que todavia podem ser explicadas a partir de uma mesma realidade, qual seja, a desigualdade de gênero. As mulheres estiveram – e de certa forma ainda estão - excluídas do acesso à educação formal por muito tempo, o suficiente para afetar a sua representatividade até os dias atuais.

Por outro lado, as mulheres tendem a ter mais dificuldades na carreira científica ao longo dos anos e com o processo de maternidade, seja no número de publicações, seja na ocupação de postos de liderança, pois inseridas num universo patriarcal. No Brasil, apesar de serem a maioria dos pesquisadores com doutorado em diversas áreas, as mulheres não estão bem representadas nos níveis mais altos da carreira. Estudos recentes mostram que as mulheres representam pouco mais de 20% dos beneficiários da chamada "bolsa produtividade", que consiste nos subsídios do governo brasileiro concedido aos cientistas mais produtivos do país. Quanto à sub-representação em posições de liderança, esta pode ser ilustrada pelo fato de que as mulheres cientistas são apenas 14% da Academia Brasileira de Ciências.

Sabemos que essa sub-representação das mulheres nas principais posições científicas é resultado de uma mazela mais profunda, causada pelos mesmos fatores que explicam por que os salários das mulheres são mais baixos do que os dos homens na mesma posição, ou porque há poucas mulheres em conselhos de empresas, ou pouca participação das mulheres na política em geral, sem mencionar os cargos governamentais de alto nível.

Superar essa realidade requer o compromisso de toda a sociedade, em todas as esferas, e a partir de várias iniciativas. Uma delas é destacar e dar visibilidade a mulheres 'empoderadas' - no sentido da tomada de consciência da desigualdade social, política e

econômica entre homens e mulheres, e da tomada de posição ativa dessa condição desigual, ao contrário da espera passiva de mudanças espontâneas.

A "Coleção Mulheres no Direito Internacional" inspira-se nesse desejo, o de 'femenagear' mulheres que se destacam na área do direito internacional, das relações internacionais e das áreas afins e, por meio delas, inspirar mais e mais mulheres a fazerem a diferença na vida de tantas outras mulheres. Quanto mais iniciativas, programas, discussões e políticas públicas afeitos à temática geral da mulher e das mulheres cientistas tomem conta dos ambientes progressistas da sociedade brasileira, mais condições reuniremos para uma mudança concreta deste quadro incompatível com o processo civilizatório.

Nesse sentido, o uso da linguagem também é fundamental, e a escolha da palavra 'femenagem' foi feita propositada e convictamente. O neologismo é um fenômeno que consiste na criação de nova palavra na língua devido à necessidade de designar novos objetos, conceitos ou situações, ou para dar um novo sentido a uma palavra já existente.

A palavra 'homenagem', hoje, tem o sentido geral de "fazer honrarias". Historicamente, porém, o vocábulo era usado na França e se referia à cerimônia feudal da Idade Média em que um homem se tornava vassalo de um senhor feudal, através de um juramento de fidelidade ou de subordinação. Etimologicamente, o radical da palavra é *homo*, "homem". Sabendo disso, e no âmbito da produção de conhecimento linguístico contra-hegemônico que articula teoria e descrição linguística com as práticas identitárias feministas, fica evidente a necessidade de fazer tributos às mulheres com referência no feminino, e por isso optamos por 'femenagear' mulheres que se destacam no direito internacional.

Carolina de Jesus já nos mostrou que o intelectual não é o que escreve bem segundo a norma culta, mas é o que escreve fazendo política com as palavras. E linguagem não só faz política como representa poder. O poder da linguagem, tanto para incluir quanto para excluir, é inerente à sua condição de circulação social. As práticas discursivas podem manter, mas também podem romper relações de opressão e desigualdade.

A reprodução de padrões discursivos patriarcais tem grande responsabilidade na manutenção da desigualdade de gênero em todas as esferas sociais. A superação das desigualdades, injustiças e dominação deve passar necessariamente por uma consciência linguística crítica, ou seja, pelo uso consciente da linguagem. Nos acostumamos com o masculino genérico, com a formalidade da escrita acadêmica, e com várias arbitrariedades linguísticas que, todavia, devem ser objeto de contestação, argumentação e problematização.

Tendo em vista que as palavras nascem, desenvolvem-se e ressignificam-se em conformidade com as situações e a esfera em que são utilizadas, novos vocábulos são

agregados à língua portuguesa, sem ainda estarem dicionarizados. A língua é um organismo vivo e em constante transformação, portanto entender o modo como ocorrem os fenômenos que criam as palavras é também descobrir os mecanismos que movem a sociedade através da comunicação. É preciso se apoderar do discurso, subverter a linguagem e centralizar as mulheres. É preciso, portanto, 'femenagear' essas mulheres incríveis que se conscientizam de suas capacidades e potencialidades e, portanto, de seu próprio poder, e fazem a diferença, inspirando outras mulheres e reforçando o potencial do papel feminino na ciência.

***Larissa Ramina***

Professora de Direito Internacional da Universidade Federal do Paraná (UFPR) nos cursos de graduação e pós-graduação. Coordenadora de Iniciação Científica e Tecnológica da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação da UFPR. Pós-doutorado na Université Paris Ouest Nanterre La Défense (2016) com financiamento da CAPES (Programa Estágio Sênior no Exterior). Professora Permanente do Programa de Mestrado "Derechos Humanos, Desarollo e Interculturalidad" da Universidad Pablo de Olavide (Espanha). Membro do Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD), do Grupo Prerrogativas e do Conselho Latinoamericano de Justiça e Democracia (CLAJUD).

# FEMENAGEM A TATYANA FRIEDRICH

A presente coleção "Mulheres no Direito Internacional" tem como objetivo *femenagear* acadêmicas mulheres, que tem uma trajetória merecedora de reconhecimento nas temáticas que se inserem no âmbito daquela disciplina jurídica e de campos de pesquisa correlatos.

Essa coletânea de artigos, intitulada ***Lawfare*: guerra jurídica e retrocesso democrático**, consiste na compilação de estudos realizados por pesquisadores na área, especialmente por ocasião desta publicação. A escolha da *femenageada* se deve a sua inestimável contribuição para o direito internacional em sua compreensão mais crítica e emancipadora.

Tatyana é graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e tem mestrado e doutorado na mesma Instituição, onde além de ter realizado sua formação jurídica dedicou-se também à carreira acadêmica. Sua vocação de pesquisadora manifesta-se em variadas atividades, como na liderança do Grupo de Pesquisa NUPESUL - Núcleo de Pesquisa em Direito Público do Mercosul PPGD//UFPR, e em seu vasto rol de publicações, que incluem livros, artigos científicos em periódicos especializados e capítulos de livro em obras coletivas. Entre as várias obras que organizou se inserem os sete volumes da Coleção Direito Internacional Multifacetado, que tive a honra e o privilégio de coordenar ao seu lado.

Suas linhas de pesquisa encontram-se na interseção do direito internacional - público e privado -, bem como dos direitos humanos, sempre com a tônica da teoria crítica. Nos últimos anos, tem focalizado nos temas da migração e do refúgio, tanto no viés regional quanto no universal. Dedicou-se ao estudo da temática durante suas pesquisas no âmbito do pós-doutoramento realizado em 2015 na prestigiosa *Fordham University*, em Nova Iorque. Desde então, manteve-se à frente do Programa Política Migratória e Universidade Brasileira, bem como do Projeto Refúgio, Migrações e Hospitalidade, que alcançaram destaque nacional em virtude de seu vanguardismo e de sua excelência.

Tatyana também figura como coordenadora da Cátedra Sérgio Vieira de Mello na UFPR, que atua por meio do Programa Política Migratória e Universidade Brasileira referido acima. Para se ter uma ideia da dimensão do Programa, ele é integrado por cinco grandes projetos, quais sejam, o Projeto de Extensão Português Brasileiro para Migração Humanitária (PBMIH), desenvolvido no âmbito do curso de Letras e seu Centro de Línguas e Interculturalidade (Celin), que oferece curso gratuito de Português Brasileiro a migrantes e refugiados, independentemente do nível de conhecimento da língua, além da promoção de atividades culturais; o Projeto de Extensão Refúgio, Migrações, e Hospitalidade, do curso de Direito, que disponibiliza assessoria jurídica aos migrantes e refugiados e desenvolve pesquisas na temática da Migração; o Projeto de Extensão Desenvolvimento de Cursos de Capacitação em Informática para Imigrantes, do curso de Informática, que oferece gratuitamente aulas de informática; e o Projeto de Extensão Migração e Processos de Subjetivação: Psicanálise e Política na Rede de Atendimento aos Migrantes, desenvolvido no Departamento de Psicologia, que oferece atendimento psicológico e atua nos processos de seleção dos migrantes e refugiados.

Assim, passaram a ser desenvolvidas ações internas na UFPR, com a criação de normas específicas para a revalidação de diplomas de migrantes e refugiados; ingresso e reingresso de refugiados e migrantes nos cursos de graduação e pós-graduação e criação do ano zero para os calouros. Também passaram a ser desenvolvidos projetos para apoiar e alicerçar a qualificação e autonomia de migrantes e refugiados, dentre os quais aulas de português, informática, assessoria jurídica, psicológica, questões de saúde geral, incluindo saúde bucal. O Convênio com o ACNUR vem sendo renovado desde 2013, e a UFPR ganhou projeção nacional como referência na área de acolhimento a migrantes e refugiados.

O rol de publicações da *femenageada* também reflete sua dedicação à academia e mais, seu compromisso com uma academia crítica e que pretende interferir positivamente nos processos sociais. Entre suas últimas publicações em periódicos se destacam: Metodologias visuais na educação em direitos humanos com estudantes migrantes na UFPR (REVISTA X); Direito à educação linguística de alunos migrantes e refugiados: Reflexões sociopolíticas, sociolinguísticas e educativas em torno dos casos Brasileiro e Alemão (ARCHIVOS ANALÍTICOS DE POLÍTICAS EDUCATIVAS/EDUCATION POLICY ANALYSIS ARCHIVES); Vulnerabilidades no Acesso à Saúde pelos Migrantes Internacionais em Tempos de Pandemia: um Estudo de Caso a Partir do Cenário de Boa Vista/Roraima (REVISTA BRASILEIRA DE DIREITOS HUMANOS), em 2021; Vulnerabilidades no Acesso à Saúde por Migrantes no Brasil e América do Sul: Revisão Integrativa (SAÚDE & TRANSFORMAÇÃO SOCIAL / HEALTH & SOCIAL CHANGE) e 'Uma força que nos alerta': A Violência Doméstica contra Mulheres e Meninas Migrantes em tempos de Isolamento Social (Conexão Migrante), em 2020. Entre os capítulos de livros, se destacam: O Caso Haya de La Torre e o Julga-

mento Pela Corte Internacional De Justiça: Reflexões sobre o Instituto do Asilo e Algumas Implicações do Julgamento (In: Tatiana Cardoso Squeff. (Org.). Asilo Político: Discussões Teóricas e Casos Emblemáticos); Direito dos Migrantes e dos Refugiados no Brasil: acesso à cidadania e reconhecimento de competências. (In: Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes; Priscila Moreto de Paula. (Org.). Migrantes e Refugiados: Uma aproximação baseada na Centralidade do Trabalho e na Justiça Social); A Universidade como "um espaço seguro para se expressar": a Universidade Federal do Paraná e seus projetos voltados a migrantes humanitários e refugiados (In: Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes; Priscila Moreto de Paula. (Org.). Migrantes e Refugiados: Uma aproximação baseada na Centralidade do Trabalho e na Justiça Social; Será que a pandemia levou embora? O direito à educação de crianças migrantes e refugiadas. Uma análise multidisciplinar sobre os desafios da sua realização (In: Iker Barbero González; Fabrício Germano Alves; Luís Renato Vedovato. (Org.). Direitos Humanos dos Migrantes e Pandemia; Parte especial do direito internacional privado brasileiro e teoria crítica: notas introdutórias (In: Jesús Delgado Baena; Manuel Gándara Carballido; Vicente Barragán Robles. (Org.). La necesaria (re)invencion de los Derechos Humanos); Os entraves para evolução do processo de integração: Avanços e limites na defesa dos direitos dos consumidores no MERCOSUL (In: Claudia Lima Marques; Luciane Klein Vieira; Sergio Sebastián Barocelli. (Org.). Los 30 años del MERCOSUR: avances, retrocesos y desafíos en materia de protección al consumidor); A convenção 190 da OIT sobre violência e assédio no trabalho e os estereótipos de gênero, as múltiplas e interseccionais formas de discriminação e o abuso das relações de poder por razão de gênero. a situação das mulheres muçulmanas e a Islamofobia (In: Alexandre Godoy Dotta. (Org.). Direito, Diversidade Sexual e Relações de gênero).

Enfim, as razões para celebrar a trajetória acadêmica de sucesso da colega, parceira e amiga Tatyana Scheyla Friedrich à frente da cadeira de Direito Internacional Privado na nossa Universidade Federal do Paraná não faltam e, assim como o reconhecimento de seu mérito acadêmico, estão em cada um dos textos das inúmeras professoras e professores que aceitaram de pronto o convite para colaborar com essa afetuosa e merecida *femenagem*.

A título pessoal, devo dizer que Tatyana é uma das mulheres incríveis que cruzaram o meu caminho. Durante longos anos de convivência e parceria trabalhamos muito, pelo Brasil e mundo afora, estudando, pesquisando, debatendo, rindo, discordando, sofrendo, chorando, e... rindo novamente. Aprendi muito com ela e, certamente, ainda tenho muito o que aprender. E viva a mais nova professora titular da UFPR!!!

***Larissa Ramina***

# PREFÁCIO

Uma professora magistral é a homenageada nesta obra coletiva, docente que merece máxima qualificação pela ineludível trajetória realizada em simbiose com a Universidade Federal do Paraná. Os caminhos trilhados por **Tatyana Scheyla Friedrich** sempre priorizaram a magnífica UFPR, instituição e professora se transformando mutuamente, complementando caminhos de crescimento e aperfeiçoamento, da graduação finalizada em 1996 ao doutoramento concluído em 2005 e, a partir de então, já como professora da Casa que a formou, contribuindo com o crescimento de um dos programas de pós-graduação em direito mais aclamados do país.

E como se não fosse o bastante empenhar-se no estudo comprometido e informado do direito internacional, aperfeiçoado com pesquisas complementares realizadas na City University (UK/1998) e na Fordham University, NY (2015), a Professora Friedrich aplicou o conhecimento adquirido nas áreas de direitos humanos, refúgio e migrações dedicando-se à extensão acadêmica, sendo uma das coordenadoras do extraordinário Programa de Extensão "Política Migratória e Universidade Brasileira", viabilizado por intermédio do Projeto "Refúgio, Migrações e Hospitalidade".

O vínculo sadio e profícuo entre professora e instituição então foi além e passou a ser de proveito público e universal. O Programa se tornou rapidamente uma referência nacional, acolhendo centenas de migrantes e refugiados haitianos, sírios, venezuelanos e de tantas outras nacionalidades e, em conexão com organizações e instituições de Curitiba e da Região Metropolitana, teve papel fundamental na expedição da Resolução nº 13/14-CEPE, que define regras sobre acesso de migrantes regularmente admitidos no Brasil, portadores do estado de refugiado de seu país de origem ou de visto humanitário e que tenham iniciado cursos superiores em instituições de ensino no exterior, aos cursos de graduação da UFPR.

Agora, com o este livro, o reconhecimento docente alcança mais um simbolismo, a consagração na manifestação das e dos colegas de profissão, notáveis docentes que participam da obra coletiva organizada pela Professora Larissa Ramina e dedicada à sua trajetória no ensino do direito internacional.

E não é de estranhar que a coletânea trate do tema ***Lawfare, Guerra jurídica e retrocesso democrático.*** Se, por um lado, o tema responde a interrogações de extrema atualidade no contexto jurídico-político do país, por outro, o estudo do *lawfare* está intrinsecamente ligado ao direito internacional ou, mais precisamente, ao descumprimento do direito internacional.

Alguns autores têm criticado o estudo contemporâneo do *lawfare* e o fazem por diferentes motivos. Alguns por entenderem que não há nada de novo no uso instrumental do direito para fins de dominação política e que o que se verifica na contemporaneidade não é nada além do uso habitual, instrumental e certeiro. Já outros rejeitam a noção de *lawfare* por estrito dogmatismo, por entenderem não se tratar de fenômeno jurídico e, como tal, carecer de verificação na sistemática das categorias jurídicas.

Talvez ambos os argumentos críticos ao *lawfare* tenham alguma razão: efetivamente o *lawfare* é tudo, menos direito. O uso do direito para outros fins é, nesse sentido, a degeneração do jurídico. Poderíamos dizer que é o antijurídico, a degeneração e mesmo a negação do sentido da norma, da prescrição normativa, a impossibilidade da contenção do poder/arbítrio pelo direito, e tudo feito com aparência de jurídico. Concordamos que o uso instrumental do direito não é novidade e sempre vem acompanhado de aparente legalidade, mas há sim novidade no método e é isso que intriga juristas brasileiros e de outros países.

Não seria o caso de explorar neste espaço as origens do *lawfare* contemporâneo, mas é curioso perceber que a traição contemporânea ao sentido das normas tem conexão com estratégias geopolíticas. O uso político do direito como arma de guerra não tradicional está intrinsecamente associado às teorias de política internacional e à negação do valor normativo do direito internacional humanitário como se fosse, inevitavelmente, de uso político em proveito de um dos lados de um conflito.

Como fenômeno de usura jurídica, essa suposta traição atribuída aos humanitaristas, aos defensores das normas de direito internacional humanitário aparece como uma grande ironia do *lawfare* contemporâneo. E um imenso desafio: somos obrigados a debater o fracasso dos acordos do pós-Segunda Guerra, o fracasso dos acordos convencionais ou constitucionais para conter o uso da força pelo direito. E é aqui que a temática se conecta com as lições de nossa homenageada, o direito internacional público, os direitos humanos, os direitos e valores essenciais de uma sociedade, alguns deles inclusive de exigibilidade de cumprimento imediato (lições de Tatyana Friedrich a respeito do *jus cogens*) e que têm sido sacrificados pela racionalidade instrumental da guerra jurídica.

O aproveitamento dessa forma de traição especial, da "perfídia jurídica" que representa o esvaziamento das normas de direito internacional humanitário, foi percebida como novo campo a ser explorado por setores militares que, naturalmente, inverteram o

jogo. Eis a novidade no uso contemporâneo do *lawfare*, o sentido de economia de guerra de utilizar o direito, suas instituições e a legitimidade do sistema de justiça esvaziados de sentido normativo para abater ou ao menos debilitar o adversário ou inimigo em uma guerra silenciosa, institucional. E, a partir daqui, também são entabulados uma série de estudos de estrategistas que conectam o uso político do direito às guerras híbridas e às guerras não tradicionais.

Nesse sentido, por mais dogmáticos e sistêmicos possam ser os estudos do direito internacional, incontornável será compreender as guerras jurídicas. E o livro atual é um exemplo disso, conecta o hibridismo do fenômeno e das estratégias associadas aos mais variados temas: o *lawfare* contra os direitos sociais, o *lawfare* político e os golpes de novo tipo, o *lawfare* no esqueleto das regras processuais penais, o uso do argumento da corrupção como arma de guerra, os casos específicos de *lawfare* na América Latina, a perseguição política no Brasil e em outros países, a guerra jurídica como forma de erosão da democracia, a crise do sistema de justiça e o incremento de novos autoritarismos, o *lawfare* e os limites do direito, os neofascismos e a responsabilidade do direito, a dimensão geopolítica do tema nas guerras contra o terror.

E, por evidente, um livro em homenagem à trajetória da Professora Friedrich não deixaria de fora os principais temas de sua experiência: migração, refúgio, emergências sociais, climáticas e ambientais, temas devidamente tratados a partir do pano de fundo "estado de exceção" e *lawfare* contemporâneo.

Já dizia o mais importante educador brasileiro que a realidade não pode fugir à discussão criadora, sob pena de ser uma farsa. E é dessa forma que a homenagem à professora referência tanto na teoria e como na prática do direito internacional se transforma em homenagem reversa à Professora Larissa Ramina e aos próprios autores e autoras desta obra-coletânea, pelo compromisso em debaterem temas de difícil entendimento e pelo inconformismo diante do ensino abstrato do direito internacional.

***Carol Proner***

# PALAVRAS DE COMPANHEIRXS

# APRESENTAÇÃO

Apresentar uma obra é um desafio quase sempre intransponível, porque é necessário transitar com proficiência pelos textos que a compõem e que nem sempre são do domínio do encarregado de realizar essa tarefa. No caso do presente livro, esse desafio vem revestido de um elemento de dificuldade a mais, pois trata-se de um conjunto de escritos em homenagem à Professora Tatyana Friedrich, o que também demanda um exame cuidadoso do percurso acadêmico e da posição política da homenageada.

Na tentativa de vencermos esse desafio, devemos, inicialmente, considerar pelo menos três aspectos: a temática do *lawfare*, fio condutor da obra, como uma das estratégias de combate do neoliberalismo, em vários países do mundo, e sua aplicação na recente conjuntura da política brasileira; a possível conexão desse modo de utilização do aparelho de justiça e seus efeitos sobre os Direitos Humanos; e a conexão entre a trajetória da nossa homenageada em defesa dos Direitos Humanos e sua participação política, nesse período.

Agrega-se a esse conjunto de temas que atravessam a obra e compõem o perfil da homenageada sua a atuação junto à Universidade Federal do Paraná (UFPR), na disciplina de Direito Internacional e a condução da Cátedra Sérgio Vieira de Mello, do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (CSVM/ACNUR). Esses dois aspectos institucionais aproximam as reflexões teóricas e as práticas da homenageada na defesa dos Direitos Humanos contra crescente erosão de direitos solapados pelo *lawfare* e promovido pelo Estado brasileiro, inclusive em relação às políticas migratórias de proteção a migrantes e refugiados.

Se é verdade que a dominação colonial provocou a migração forçada de populações africanas para o sistema de *plantation* no Brasil e em outros países, a continuidade do colonialismo e sua atualização pode ser percebida com a análise da globalização econômica e seus efeitos nefastos na divisão internacional do trabalho, no desenho da geopolítica contemporânea produtora de novas e constantes guerras e de migrações em massa. Assim, se na primeira fase colonial, o direito serviu para expurgar milhares de pessoas para fora de qualquer proteção jurídica ou para estabelecer um *duplo standard* relativo ao mundo colonial e aos escravos, o *lawfare* corresponde a uma nova estratégia jurídica para

dar aparente legitimidade ao estado de exclusão e de precarização nos territórios que não compõem o centro do capitalismo globalizado.

No século XVI, Suarez, Vitória e De Las Casas, engendraram uma possibilidade de universalização do direito para a inclusão de povos originários e escravizados em uma comunidade jurídica norteada por princípios reelaborados do *jus gentium*, sob a influência da doutrina cristã. Os Direitos Humanos começavam a ser enunciados. Atualmente, exigem um esforço permanente de renovação diante da condição humana, em concreto, daqueles que deixam suas terras e apostam na reconstrução de suas vidas em lugares nem sempre acolhedores ou que são regulados por direitos baseados na soberania estatal e, portanto, feitos sob medida apenas para os nacionais.

Em outra vertente desses marcos libertários e generosos da formulação jurídica, o Direito Internacional surge da necessidade de uma trégua nas guerras do século XVII na Europa, que esfacelavam as complexas estruturas do poder monárquico. É com o Tratado de Vestefália (1648) que se estabeleceram as reflexões de Hugo Grotius sobre a guerra e a paz e é nesse novo recorte do direito, nos primórdios da Modernidade, onde se encontram, também, indícios esparsos da construção dos Direitos Humanos contemporâneos, sempre perturbados pelo fortalecimento da soberania dos estados nacionais contrária à universalização dos direitos.

Na arquitetura do Direito Internacional, os Estados são os garantes da justiça e nela os refugiados são a presença constrangedora das fragilidades desse sistema, são protagonistas de situações que nos fazem rememorar as reflexões de Hannah Arendt na obra Eichmann em Jerusalém - Um relato sobre a banalidade do mal (1963).

O que tudo isso tem a ver com a nossa homenageada e com o *lawfare*? Primeiro, a Professora Tatyana Friedrich aceitou o encargo de conduzir a CSVM/ACNUR junto à UFPR, no momento de graves mudanças da política e da gestão da questão migratória no Brasil, em que milhares de refugiados e migrantes de todos os quadrantes do globo vieram em busca de um lugar seguro para viver. Para tanto, foi preciso atuar em distintos espaços e momentos da questão migratória, o que significa lutar em prol dos Direitos Humanos, buscar a simplificação burocrática de procedimentos migratórios e do reconhecimento da condição de refugiado; trabalhar para a formulação de documentos normativos internos para permitir a inserção de refugiados e migrantes nos Cursos da UFPR e, inclusive, incidir na proposição de políticas públicas para acolhimento adequado e consolidação de soluções duradouras e justas para refugiados e migrantes, no Brasil.

Para garantir a realização de tão urgentes e indispensáveis medidas é preciso alinhar-se na luta pela justiça posta em risco pelo *lawfare* em andamento nesse mesmo período. É no campo da atuação política e do apelo à mobilização permanente que a Pro-

fessora Tatyana Friedrich reuniu suas preocupações expressas no exercício do magistério, na condução da CSVM/ACNUR e na participação ativa de espaços democráticos, unindo todos os vértices dessas questões aparentemente desconexas.

Como coroamento dessa atuação múltipla, a nossa homenageada traz para o núcleo do debate da questão migratória um aspecto por vezes esquecido ou pouco debatido que é a condição feminina de refugiadas e migrantes tanto nos seus países de origem quanto no Brasil, imersos em culturas patriarcais que se apresentam sob formas distintas em espaços da vida social diversos, como é o caso da religião, do mercado de trabalho ou das relações familiares. O olhar e o empenho da Professora Tatyana Friedrich conduzem sua atuação nesse campo para revelar a resistência das mulheres nessas trajetórias absolutamente marcadas pela violência e pela discriminação.

As dificuldades antes anunciadas em compor um mosaico fiel do perfil da Professora Tatyana Friedrich, permitiram apenas traçar um simples esboço que esconde, talvez, o aspecto mais relevante da homenageada que é a sua extrema generosidade no trato das questões jurídicas e acadêmicas em um exercício cotidiano, que nos convida a aceitar a provocação feita por Derrida: “Cosmopolitas de todos os países, mais um esforço!”

***José Antônio Peres Gediel***

# "*LAWFARE*. GUERRA JURÍDICA E RETROCESSO DEMOCRÁTICO"

Trata-se de uma obra produzida em justa e apropriada homenagem à Professora Tatyana Scheila Friedrich e que passará a integrar a Coleção Homenagem a Mulheres no Direito Internacional**.**

Sugestivamente intitulada "***LAWFARE*. Guerra jurídica e retrocesso democrático**", a expressão *lawfare*, na língua inglesa, passou a significar o conceito americano que envolve lei e guerra. Sua utilização conecta-se com assuntos do direito internacional, mas atualmente está sendo relacionada às questões políticas e até mesmo sociais.

No Brasil, o embate (*lawfare*) ganhou significativa importância a partir da Operação Lava Jato e apurações sobre as Fake News, suscitando multifárias discussões jurídicas podendo ser compreendida como o **uso ou manipulação das leis como um instrumento de combate a um oponente, desrespeitando os procedimentos legais e os direitos do indivíduo que se pretende atingir**. Ou seja, o **uso das leis como uma arma para alcançar uma finalidade político social** que normalmente não seria alcançada se não pelo uso do *lawfare*.

Vale dizer que a prática é planejada de forma a ter uma aparência de legalidade e, muitas vezes, essa aparência é criada com a ajuda da mídia. Por isso, o termo é utilizado na maioria das ocasiões em uma conotação negativa, já que dá a ideia de um uso abusivo e ilegítimo (ilegal) da lei para prejudicar *outrem*.

As referências antes lançadas revelam-se necessárias para um perfeito entendimento da missão outorgada aos jovens e valorosos professores que, por admiração e respeito à Professora homenageada, se dispuseram a integrar, como um conjunto coeso e bem formado, o rol de autores da estupenda edição.

Isto posto, cumpre-me dizer da satisfação que tenho, atendendo gentil solicitação da Professora Larissa Ramina, em apresentar, não só a obra, mas destacar a admiração e o respeito que tenho pela homenageada, fruto de uma convivência profícua desde muito

tempo, sendo certo que, ao primeiro bater de olhos, percebi que se tratava de alguém muito especial.

Tive a honra de ser padrinho de sua união com o não menos querido e valoroso André Passos, acompanhando sua brilhante trajetória na íngreme escalada que conduz à láurea acadêmica.

Uma rápida apreciação de seu extenso e enriquecido *curriculum*, evidencia as conquistas que, num curto espaço de tempo, incorporou ao seu patrimônio pessoal: Graduação em Direito pela UFPR (1996); Aperfeiçoamento pela City University (UK/1998), Mestrado (2002) e Doutorado (2005) pela Universidade Federal do Paraná; Pós-doutorado na Fordham University, NY (2015); Professora Titular da Universidade Federal do Paraná, líder do Grupo de Pesquisa Nupesul - Nucleo de Pesquisa em Direito Público do Mercosul PPGD//UFPR; Coordenadora do Programa Política Migratória e Universidade Brasileira, e, de seu Projeto Refúgio, Migrações e Hospitalidade; Coordenadora da Cátedra Sérgio Vieira de Mello na UFPR; Sócia fundadora do Instituto Edésio Passos; Membro do conselho científico do Instituto Romeu Felipe Bacellar; Coordenou 11 obras jurídicas, dentre as quais os 7 volumes da Coleção Direito Internacional Multifacetado; Autora de outros dois livros, da área de direito internacional público e direito internacional privado, além de artigos científicos publicados em Obras Coletivas e Periódicos Especializados; Sua experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional, relaciona-se, principalmente nos seguintes temas: direito da migração e do refúgio, direito internacional público e privado; direitos humanos, Mercosul e integração regional; Desenvolve pesquisa e faz atividade de extensão na temática da Migração Internacional e Regional; e, no período de agosto de 2015 a janeiro de 2016, realizou Pós-doutorado como visiting scholar na Fordham University (NYC):Bolsista da Capes - Processo nº BEX 2540/15-0. 08/2015 a 01/2016.

Já havia mencionado, em oportunidade anterior, não existir destino mais glorioso para qualquer entusiasta do direito que o de contemplar o florescer de uma ideia bem sucedida. No caso presente, um grupo de jovens cultos e entusiasmados produz uma obra de homenagem, timbrada pela atualidade de opiniões emitidas em temas de indiscutível relevância. Tudo tem origem, com o incansável trabalho da homenageada, a partir de pesquisas, debates e estudos realizados no Núcleo de Pesquisas em Direito Público do Mercosul, na época por mim presidido e criado sob a inspiração do eminente e saudoso Professor Luiz Alberto Machado em 1º de dezembro de 1997, quando vislumbrou-se a necessidade de estudar mais aprofundadamente questões inerentes ao Direito Internacional Público, privilegiando o Direito de Integração. Sempre entendi que - em perfeita afinação com o perfil de Tatyana Friedrich - o Direito Internacional Público é o direito da sensibilidade. Com efeito, a matéria prima tratada por esse importante ramo, que cuida, originariamente, do

relacionamento entre os Estados que compõem o mundo globalizado, é afetada por extrema sensibilidade.

É comum ouvir dizer que o avançar dos anos amadurece a mente e aprimora a inteligência. Nutro sinceras dúvidas sobre a veracidade dessa afirmação. O que tenho dito e aprendido através da experiência pessoal, é que a velhice traz, como bagagem, muita experiência e também uma boa dose de intolerância e franqueza, esta última, muitas vezes, beirando a deselegância. Confesso que, já no limiar da existência, ainda com razoável memória, tornei-me um velho intolerante e deselegantemente franco e direto.

Parafraseando Norberto Bobbio:

> É preciso apressar o passo. O velho vive de lembranças e em função das lembranças, mas sua memória torna-se cada vez mais fraca.
>
> O tempo da memória segue um caminho inverso ao do tempo real: quanto mais vivas as lembranças que vêm à tona de nossas recordações, mais remoto é o tempo em que os fatos ocorreram.
>
> Cumpre-nos saber, porém, que o resíduo, ou o que logramos desencavar desse poço sem fundo, é apenas uma ínfima parcela da história de nossa vida. Nada de parar. Devemos continuar a escavar! Cada vulto, gesto, palavra ou canção que parecia perdido para sempre, uma vez reencontrado, nos ajuda a sobreviver.

O comentário anterior e a citação que frequentemente utilizo, se prestam a demonstrar que os elogios que eventualmente faço, não resultam de diletantismo ou espírito de bajulação.

Nos prefácios e apresentações que tenho escrito ao longo de minha jornada, sempre tenho expressado o meu encantamento pelas virtudes da nova geração de juristas, seja pelo preparo, informação, espontaneidade, sinceridade e desprovida dos preconceitos que abundavam nos jovens de meu tempo. Continuo com a mesma opinião e a mesma confiança. Afinal, a Escola Paranaense de Direito, de que é parte integrante a autora, por seus inúmeros talentos, tem evidenciado a sua pujança e o seu valor.

A obra pelos excelentes trabalhos coligidos, nos ensina que sempre é o momento de algumas mudanças comportamentais. De relançarmos, com ousadia, vigor e sem arrogância, abstraídos de cogitações isolacionistas ou mesquinhas, ideias que promovam a cicatrização jurídico-institucional das lancinantes feridas lançadas por uma obscurantista e irresponsável política, que não hesita em se valer dos mais variados estratagemas para nutrir desconfiança em relação a nós mesmos.

Tatyana Friedrich nossa querida homenageada, os Coordenadores, e, os jovens professores que participam desta maravilhosa demonstração de consideração e respeito, com notável posicionamento em face dos tempos vividos, elevam-se da altura comum, sem outro apoio senão do seu próprio valor, na certeza tornar muito melhor o mundo em que vivemos.

***Romeu Felipe Bacellar Filho***

Professor Titular aposentado da UFPR e PUC-PR.Ex-Presidente da Associação de Direito Público do Mercosul

# FOREWORD

When I opened an email titled "Visiting Professor" on a dark, cold winter day in New York City in 2015, I had little idea of the sunshine that was about to enter my life. The sender was a Brazilian professor of law named Tatyana Friedrich. She was beginning a year of post-doctoral work at Fordham University School of Law, where I am on the faculty. Her project was to undertake a study of United States law at the intersection of immigration and work for purposes of comparison with Brazil, and she was wondering if we could meet. We got together in my office, and I learned that she was seeking a supervisor for her research—and in fact, to my surprise, that she had come to Fordham in the hope that I would play that role because of my past work in the field. I immediately sensed how lucky I was to have been chosen by Tatyana. Our brief exchange at that meeting would initiate what was to become a wonderful personal and professional relationship.

Over the course of the year that followed, as Tatyana pursued a postdoctoral fellowship at Fordham, she and I met frequently to discuss what she was learning. She took classes I teach on U.S. Immigration Law and a seminar on "Workers, the Law, and the Changing Economy," as well as courses with other faculty, and participated in the intellectual life of the law school, attending lectures and giving a number of presentations herself. She studied the theory of "fissured work," developed by Dr. David Weil, and the practices of the U.S.-based organizations called workers centers, that organize and advocate for low-wage immigrant workers. Most of all, she developed and deepened her own insights and ideas about the intersection of immigration and work in the context of globalization in Brazil and beyond. She would later publish important papers based on the research she did at Fordham on these subjects, including *The Organization of Migrants Workers in "Worker Centers": a positive lesson from USA*.[1]

As hard as Tatyana worked that year, and as much as she loved having time to immerse herself in study, her intellectual pursuits were only one part of her life in the city.

---

[1] Friedrich, Tatyana S. The Organization of Migrants Workers in «Worker Centers»: a positive lesson from USA. In: Lawrence Estivalet de Mello; Josiane Caldas; José Antonio Peres Gediel. (Org.). Austerity Policies and Social Rights. 1st ed. Curitiba: Kaygangue, 2019, v. 1, p. 294-307.

Tatyana is as passionate about New York as a native New Yorker, and that is a very high standard. She and her family visited all of the museums, ate the best of Indian and Japanese and Thai food, went to the coolest clubs to hear music, and—my only contribution to her cultural life—began to frequent sample sales, a unique NYC experience that I am proud to have introduced her to. Every moment in New York was a chance to absorb the city through her pores.

Of course, as Tatyana was also the mother of young twins who had accompanied her for the year, there were other demands on her time as well. Typical of Tatyana, she had decided to put the children in the struggling public school near where they lived, a school that was home to some of the city's poorest families, rather than seeking out one that was more "elite." Over the course of the year, she got a firsthand view of the violence and deprivation that lies behind my city's famous façade, and the way it manifests in the lives of children. Also typical of Tatyana, rather than withdrawing the twins in dismay, she kept them in the classroom and engaged with the teacher and students herself in the hope of making the situation better for everyone.

Since Tatyana is a connector, it goes without saying that during the year she spent at Fordham I also met her wonderful children, and her husband, André, when he came to visit, and that she in turn met and came to know my family. Through our conversations over lunches and dinners I learned of their political commitments and of their longstanding support for Lula and the PT and their opposition to the abuses of those who have jailed Lula and fought to undo everything he stands for. As our friendship grew, we discovered that beyond our overlapping areas of work, we shared views on politics, the labor movement, food, and music. (Perhaps our only disagreement was about the superiority of the Golden State Warriors basketball team, which André in particular supports with a passion, for reasons I have to confess I do not fully understand.) Most of all, we recognized in each other the belief that comrades, friends, and family are the bedrock of a life well lived.

I now know that at the moment Tatyana's first email arrived in my inbox, it became inevitable that I one day would visit and come to know Curitiba, where her life and work are rooted. I made the journey in March of 2016 at Tatyana and André's invitation, and had the great privilege of giving the opening lecture at the UFPR graduate program in 2016, meeting with the Labor Ministry, speaking at the Parana section of the Brazilian Bar Association, and getting to know many of Tatyana's wonderful friends and colleagues. Of course we also ate at a beautiful rodízio, went to the Botanical Garden of Curitiba, and visited the stunning Oscar Niemeyer Museum. There have been many visits since then between our families, in Rio and in NYC, filled with music and food and laughter. During COVID we have exchanged photos of ourselves moored with our children around the dining room table at home, and longed for a time when we can resume seeing each other.

Today, I follow Tatyana's work with interest and great admiration. The Refuge, Migration, and Hospitality Project to welcome migrant and refugee students at UFPR that she has led since 2016 (and with which she was engaged earlier under the leadership of Prof. Jose Antonio Peres Gediel) is a global model for the integration of refugees and other newcomers in their host society. It is typical of Tatyana that she has both made this ambitious project work on the ground *and* shared the important lessons learned through the initiative in a series of publications. This is one of the things I most admire about her: she is simultaneously engaged in practice at its most challenging and in theory at its most sophisticated—all the while building bridges between the two. I look at her recent work through AMMAR to prevent and monitor gender-based violence in the migrant community, for example, and know that she will be using that project both to help countless women and to push the field to think in more complex and useful ways about best practices and theoretical frameworks.

Tatyana's range is staggering. Her efforts to engage law students in providing legal advice to migrants in and around Curitiba, and her extension project on the dangers to workers posed by the use of asbestos in Brazilian workplaces, are only two of the many sites at which she is actively engaged in using law to advance social change. Her research and writing on the integration of refugees in a range of Brazilian states, on Mercosur regional integration, and on human rights and international law blazes a pathway for other scholars to follow. She has published papers on *lawfare* against Lula, food security, climate refugees, the psychology of refuge, unaccompanied children, the global right to health, oil regulation, statelessness, challenges to the implementation of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, the impact of outsourcing on worker organization, and the many dimensions of the harm wrought by the pandemic on disenfranchised people in Brazil. I have no idea where she finds the time to teach, write, run multiple programs, and remain engaged in politics and protest at such a difficult time in Brazil's history. All I can do is pay tribute to her energy, her intellect, and her commitment. Tatyana, my hat is off to you.

***Jennifer Gordon***

October 21, 2021

# HOMENAGEM À PROFESSORA TATYANA

Conheço alguns bons capítulos da história da professora doutora Tatyana Scheila Friedrich. No entanto, neste espaço vou contar apenas um, sobre como ela conseguiu bancar um programa de bolsas para migrantes por razões humanitárias e refugiados estudarem na prestigiosa Universidade Federal do Paraná.

Consciente do papel transformador da Universidade Pública e da necessidade de fazer efetivo o tripé de ensino, pesquisa e extensão, a Professora Tatyana sempre soube que galgar o posto de Professora Associada de Direito Internacional Privado da UFPR não significava acomodar-se num espaço de ensino teórico de regras abstratas sobre como pessoas deveriam se relacionar com estados estrangeiros.

A professora doutora Tatyana já entrou na Universidade com a vontade de fazer os Direitos Humanos acontecerem, e por isso abraçou a causa da imigração. O desejo de fazer do Brasil um país acolhedor implicava mobilizar a Universidade Pública, numa época em que ainda vigia o malfadado Estatuto do Estrangeiro, lei "outorgada" em regime ditatorial que tratava a questão da imigração como assunto de "segurança nacional" e o migrante como um risco potencial para o país.

Tatyana lutou não apenas para fazer os regulamentos da Universidade admitirem migrantes em vulnerabilidade como também cuidou de garantir que esses migrantes pudessem ter a expectativa de, aprovados nos exames de seleção, cursar até o fim todo o caminho do ensino superior. Para isso, os estudantes precisariam de apoio financeiro.

E foi aí que nossos caminhos profissionais se cruzaram de uma forma decisiva. Já eram os idos de 2012, 2013 e assistíamos desalentadas a tragédia síria e as barreiras impostas pelos países europeus. Ao mesmo tempo observávamos a diáspora haitiana, que pela primeira vez se dirigia ao Brasil. Alguma coisa concreta precisava ser feita.

Graças ao empenho pessoal da Professora Doutora Tatyana Scheila Friedrich, a UFPR, representada pelo então Magnifico Reitor Zaki Akel Sobrinho e o Ministério Público do Trabalho, representado pelo então Procurador-Chefe Glaucio de Araújo Lima, celebraram um Acordo de Cooperação Técnica com objetivo de desenvolver ações para reduzir a vulnerabilidade social e otimizar a integração de pessoas portadoras de visto humanitário, refugiadas e pessoas estrangeiras resgatadas da situação de trabalho em condições degradantes ou análogas à de escravidão, ou outras pessoas em situação de vulnerabilidade indicadas por acordo entre as partes.

Por meio do acordo de cooperação, o MPT direcionou recursos oriundos de acordos, decisões judiciais ou multas impostas em Termos de Compromisso para a realização de ações pertinentes, bem como aprovou os respectivos planos de trabalho formulados pela UFPR. A professora Tatyana, no desenvolvimento das atividades do programa Migrações e Universidade Brasileira, acompanhou uma a uma as destinações de bolsa, bem como incentivou os estudantes, ajudou quando tinham dificuldades, envolveu-se na tramitação de documentos, na prevenção da evasão e da repetência, enfim, acompanhou turmas inteiras. Esta dedicação conferiu-lhe o prêmio de poder ver alunos haitianos formando-se em Direito, alunos sírios obtendo o grau de mestres, enfim, foram tantas e tantas conquistas, tantas vidas transformadas.

Poder registrar essa história me faz muito feliz, e estou segura de que todas as homenagens dos colegas de Academia tocarão profundamente a professora Tatyana. Mas nenhum prazer será mais inebriante que a constatação dos frutos desta dedicação pessoal: **mais de uma centena de estudantes** puderam efetivamente transformar o que era apenas um sonho impossível em um verdadeiro e concreto projeto de vida.

Ensinar, cuidar e empoderar. Isso é ir além.

***Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes***

Procuradora do MPT. Bacharel em Direito pela UFPR. Mestre e doutora em Direitos Humanos pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilla. Membra de Grupos de Trabalho sobre Migrantes e Refugiados no MPT. Representante do MPT no CNIg enquanto a figura dos observadores externos existiu.

# UMA ACADEMIA ATIVA E COMPROMETIDA COM A INCLUSÃO SOCIAL DE MIGRANTES E REFUGIADOS

Tatyana Scheila Friedrich é uma companheira que a vida me agraciou desde os tempos da minha graduação em Direito. Éramos bastante jovens quando nos conhecemos nas salas da Faculdade de Direito da UFPR, na praça Santos Andrade, em Curitiba. Ela, então professora substituta, segura do caminho que iria trilhar. Eu, ainda com muitos sonhos e dúvidas, encontrei nela uma inspiração que depois se transformaria em amizade e uma admiração sempre renovada.

Desde então, Tatyana percorreu uma trajetória acadêmica altamente qualificada. Além de Mestrado e Doutorado pela UFPR, realizou pós-doutorado na Fordham University, em Nova Iorque em 2015. Tem uma vasta experiência de pesquisa em temas de direito internacional público e privado, com publicações relevantes e de referência nesta área, a exemplo da grandiosa Coleção Direito Internacional Multifacetado, de 7 volumes, que co-organizou.

Como docente da Universidade Federal do Paraná já percorreu todos as etapas de uma sólida carreira que esteve voltada não apenas para os ensinamentos da sala de aula na graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito, que desempenha com maestria, mas, sobretudo dedicada a grupos de Pesquisa, como o Núcleo de Pesquisa em Direito Público do Mercosul PPGD//UFPR, mas especialmente como Coordenadora do Programa Política Migratória e Universidade Brasileira, e de seu Projeto Refúgio, Migrações e Hospitalidade.

E dentre tantas atividades que realizou com desenvoltura e compromisso ético com a universidade pública, quero aqui destacar o trabalho que vem desenvolvendo na Coordenação deste que é um dos maiores e mais importantes projetos dedicados aos migrantes em universidades, exemplo de boa prática para as demais instituições de ensino federais brasileiras. O Programa Política Migratória e Universidade Brasileira decorreu de um projeto criado em 2013 que ofertava aulas de português para migrantes. Atualmente, o objetivo do Programa é atuar no desenvolvimento de atividades que pensem a hospitalidade,

acolhimento e estruturação da população migrante humanitária e refugiada de Curitiba e Região Metropolitana, com planos de expandir para todo o Estado do Paraná.

Não se trata apenas de ações de extensão para migrantes, mas também de ensino e pesquisa com o desenvolvimento de atividades interdisciplinares que atendem de forma ampla e a partir de uma perspectiva humanista os migrantes e refugiados, desde acompanhamento psicológico, ensino de língua portuguesa com metodologia especial, capacitação em informática, formação em história, assessoria jurídico-administrativa, orientações em saúde integral e saúde bucal, atividades artísticas e culturais, pesquisas teóricas e aplicadas, políticas afirmativas nos cursos de graduação e pós-graduação na UFPR.

Para além de todas as ações de hospitalidade desenvolvidas pela Programa sob a coordenação da Tatyana, foi ela também uma das mentoras de um programa de ocupação das vagas remanescentes de cursos de graduação da UFPR para ingresso ou reingresso de migrantes e refugiados que foi regulamentado pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UFPR em 2014 e que hoje resulta na reserva de 10% de todas as vagas ociosas da UFPR para migrantes humanitários e refugiados, pelo programa Reingresso.

Não poderia deixar de mencionar também que foi a Professora Tatyana que incentivou e mostrou os caminhos regimentais e burocráticos para a implantação do Programa Pro-Haiti, quando da minha gestão na Pró-Reitoria de Relações Institucionais e Internacionais da Universidade Federal da Integração Latino-Americana – UNILA. O programa beneficiou mais de 80 haitianos em seu primeiro ano, selecionados para todos os cursos de graduação da Universidade, dando sustentação e início a um programa de ingresso e inclusão que se ampliou para todos os refugiados e humanitários, atualmente em vigência na mesma universidade.

Não é pouca razão para meu orgulho, carinho e admiração por esta mulher incrível, parceira em tantas lutas, dentro e fora da Universidade, sempre com a sensibilidade de praticar e promover um conhecimento que transforme a sociedade e que inclua todos aqueles que historicamente foram mantidos à margem de um sistema de privilégios branco e patriarcal.

***Gisele Ricobom***

# PARTE 1

# *LAWFARE* E CONTEXTO INTERNACIONAL

Capítulo 1

# DEMOCRACIA, SOBERANIA POPULAR E O *IMPEACHMENT*: O PAPEL DO DIREITO INTERNACIONAL

*André de Carvalho Ramos*[1]

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: HOMENAGEM À PROFESSORA TATYANA FRIEDRICH; 1. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA; 2. A CLÁUSULA DEMOCRÁTICA E A "CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA"; 3. O NOVO NAS CRISES DA DEMOCRACIA : O PROCESSO DE *IMPEACHMENT* E SEU IMPASSE; 4. O CASO *LUGO;* 5. O CASO *DILMA ROUSSEFF* E A PROIBIÇÃO DO AGIR PARLAMENTAR ARBITRÁRIO; 6. OS RISCOS DA INEFETIVIDADE DA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA; 7. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO: HOMENAGEM À PROFESSORA TATYANA FRIEDRICH

É uma alegria participar de livro em homenagem à Professora Tatyana Scheila Friedrich. Docente e pesquisadora séria do direito internacional, com obras destacadas e de leitura incontornável para o estudo das normas imperativas no Direito Internacional

---

[1] Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Professor Titular de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Doutor e Livre-Docente em direito internacional (USP). Procurador Regional da República. Antigo Secretário de Direitos Humanos da Procuradoria-Geral da República (2017-2019). Antigo Procurador Regional Eleitoral do Estado de São Paulo (2012-2016). *Visiting Fellow* do *Lauterpacht Centre for International Law* (Cambridge). Diretor do Ramo brasileiro da *International Law Association* (ILA). Membro da Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Membro da Sociedade Brasileira de direito internacional (SBDI).

Público[2] e no Direito Internacional Privado[3], por intermédio dos quais "conheci" a Professora Tatyana, antes mesmo do contato presencial.

Após conhecer a obra, conheci a autora, em um Congresso Brasileiro de Direito Internacional (CBDI) em Foz do Iguaçu, descobrindo, então, que compartilho com a homenageada a crença no ideal transformador e emancipador do Direito, em especial dos direitos humanos e do direito internacional, em um ambiente democrático e plural.

Por isso, a escolha do tema deste artigo é justamente a análise do papel do direito internacional na promoção do respeito à soberania popular nas democracias, com foco no uso do chamado "juízo político", impedimento ou *impeachment* em diversos países da América Latina para interromper o curso de mandatos presidenciais.

O presente artigo visa estudar o crivo feito pelo Direito Internacional a dois processos de *impeachment* a presidentes eleitos nos últimos anos. Com a exceção da ruptura por meio de golpe militar "clássico" em Honduras em 2009[4], a região enfrenta o paradoxo de ter regimes democráticos estáveis com governos instáveis[5]. Por isso, a interrupção do mandato presidencial por meio do *impeachment* tem chamado a atenção da doutrina, pois há sugestões do uso do julgamento político como sucedâneo da "moção de censura" ou "desconfiança", típicas do regime parlamentarista, contrariando a soberania popular e o direito à participação política[6].

Entre as dúvidas jurídicas que surgem desses processos políticos, destaco as seguintes.

Se o processo de *impeachment* não for baseado em fatos graves, o julgamento parlamentar viola o direito à democracia e a soberania popular em um sistema presidencialista?

---

2 FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de Direito Internacional Público – Jus Cogens.* Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004

3 FRIEDRICH, Tatyana. *Normas imperativas de Direito internacional privado*: Lois de Police. Belo Horizonte: Fórum, 2007,

4 CARVALHO RAMOS, André de. Novos tempos, velho remédio? Os riscos da cláusula democrática na sistema interamericano de direitos humanos. *Revista direitos fundamentais & democracia* (UniBrasil), v. 25, 2020, pp. 5-31.

5 COELHO, André. Inestabilidad política y caídas presidenciales en Sudamérica: causas y consecuencias. *Revista de Ciência Política,* Vol. 50, nº 1, 2012, pp. 167-194, em especial p. 169.

6 Pérez-Liñan traz tabela sobre as variações entre as regras de julgamento político (*impeachment*) e usadas nos Estados da região (incluindo Estados Unidos). PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential impeachment and the new political instability in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp.140-141.

O julgador político deve ser imparcial, podendo ser a ele oposta as exceções de suspeição ou impedimento?

O julgador político deve fundamentar - mostrando a prática da infração - seu voto? É compatível com o devido processo legal o "voto suicida", no qual o julgador político declara *não* ter existido "crime de responsabilidade" (ou similar) e mesmo assim vota a favor do *impeachment,* por outros motivos (inimizade, oposição política, crise econômica etc.).

A impopularidade do presidente eleito e manifestações frequentes (panelaços, marchas, protestos etc.) justifica um processo político sem fundamento ou é possível concluir que manifestações de rua devem ter peso maior que os votos da última eleição?

Cabe ao direito internacional regular tais processos de *impeachment* ou tais situações só podem ser resolvidas nacionalmente, sob pena de violação do direito à participação política dos inconformados com a continuidade no poder do mandatário impopular?[7]

## 1 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA

A promoção da democracia por órgãos internacionais de direitos humanos possui, em geral, quatro facetas. Em primeiro lugar, há a defesa do regime democrático contra golpes e contra ditaduras. Em segundo lugar, há a fiscalização do funcionamento normal da democracia, com o monitoramento da realização das eleições, gerando credibilidade e legitimidade aos que forem eleitos. Em terceiro lugar, há a defesa do aprimoramento da democracia, para que esta supere barreiras à efetiva representatividade política, zelando por regras eleitorais transparentes, igualitárias e que evitem abusos de poder (econômico, político e dos meios de comunicação). Em quarto lugar, a defesa da democracia também exige que esses órgãos busquem a crítica a decisões majoritárias que representem violações de direitos de vulneráveis.

Todas essas espécies são realizadas, em algum grau, pelo chamado sistema interamericano de direitos humanos, que engloba essencialmente quatro diplomas normativos de suma importância[8]: a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Declaração

---

7 Desenvolvi também as ideias do presente artigo em CARVALHO RAMOS, André de. Novos tempos, velho remédio? Os riscos da cláusula democrática no sistema interamericano de direitos humanos. *Revista direitos fundamentais & democracia* (UniBrasil), v. 25, 2020, pp. 5-31

8 Há outros tratados que também compõem a proteção de direitos humanos nas Américas, a saber: o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, a Convenção Interamericana sobre o De-

Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana de Direitos Humanos e finalmente o Protocolo de San Salvador, relativo aos direitos sociais e econômicos.

Esses diplomas forjaram dois sistemas de proteção, que interagem de modo expresso. O primeiro sistema é *o da Organização dos Estados Americanos* (OEA), que utiliza os preceitos primários da Carta de criação da própria OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. O segundo é o *sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos*, criado no bojo da própria OEA, que não será aqui estudado[9].

## 2 A CLÁUSULA DEMOCRÁTICA E A "CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA"

A cláusula democrática da Organização dos Estados Americanos foi introduzida pelo Protocolo de Washington (1992), dando-se nova redação do artigo 9º da Carta, a qual permite suspender, por decisão da Assembleia Geral e por maioria qualificada de dois terços, qualquer Estado membro cujo governo tenha sido "deposto pela força". Trata-se de resposta interamericana ao "golpe militar clássico", típico do passado de vários países da região, com o uso da "sanção de não participação". Registre-se a timidez na resposta da OEA, pois não houve qualquer previsão formal de imposição de sanções coletivas econômicas ou outras medidas.

A suspensão atinge o exercício do direito de participação nas sessões da Assembleia Geral, da Reunião de Consulta, dos Conselhos da Organização e das Conferências Especializadas, bem como das comissões, grupos de trabalho e demais órgãos que tenham sido criados.

A faculdade de suspensão somente será exercida quando tenham sido infrutíferas as gestões diplomáticas que a Organização houver empreendido a fim de propiciar o restabelecimento da democracia no Estado afetado, que, mesmo suspenso, deverá continuar observando o cumprimento de suas obrigações com a Organização. A Assembleia Geral

saparecimento Forçado de Pessoas, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

9 Na realidade, temos dois círculos concêntricos: um círculo amplo composto pelo sistema da Carta da OEA, com 35 Estados dessa Organização; um círculo menor, composto por 23 Estados, que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) Então, os dois sistemas comungam, na essência, da mesma origem, a OEA. A diferença está no compromisso mais denso firmado pelos integrantes do segundo sistema, que conta inclusive com um tribunal especializado em direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

encerrará a suspensão mediante decisão adotada também por dois terços dos Estados--membros.

Em 2001, foi dado mais um passo rumo ao fortalecimento do mecanismo coletivo político de proteção de direitos humanos na OEA, com a aprovação da Carta Democrática Interamericana (CDI), em 11 de setembro de 2001. A Carta, por ter sido aprovada como resolução da Assembleia Geral, não é vinculante, compondo a *soft law* primária (direito em formação) que rege a temática na região, sendo importante vetor de interpretação de como promover a democracia prevista na Carta da OEA.

O ineditismo da Carta Democrática Interamericana consiste em seu objetivo de exigir o respeito à democracia formal (rotatividade do poder e eleições periódicas) e também à democracia substancial (justiça social), estabelecendo o *direito à democracia,* bem como superando a antiga preocupação de defesa da ordem democrática somente nos casos de "golpes de Estado" clássicos que caracterizaram a região por décadas.

A Carta possui 28 artigos divididos em 6 partes: I) a democracia e o sistema interamericano; II) a democracia e os direitos; III) democracia, desenvolvimento integral e combate à pobreza; IV) fortalecimento e preservação da institucionalidade democrática; V) a democracia e as missões de observação eleitoral; e VI) promoção da cultura democrática.

A manutenção das instituições democráticas é o foco da Parte IV da Carta Democrática Interamericana, com certa repetição dos comandos do Protocolo de Washington (incorporados na Carta da OEA). Estabelece-se que, caso se considere que o processo político democrático ou o seu exercício estão em risco, o Secretário-Geral ou o Conselho Permanente podem, com o consentimento prévio do governo afetado, realizar visitas e elaborar relatórios de avaliação coletiva da situação para instruir o Conselho Permanente sobre a necessidade de adotar medidas para preservar e consolidar a democracia na região (artigos 17 e 18 da CDI). Tal prerrogativa do Conselho Permanente de atuação para a normalização da institucionalidade democrática também pode ser provocada pelos Estados membros (artigo 20 da CDI).

A CDI prevê, também a suspensão do Estado, no caso de ruptura da ordem democrática ou "alteração constitucional que a afete gravemente", com a revogação da sanção somente após o retorno à normalidade. Note-se que já se pressente a necessidade de proteger a democracia contra rupturas disfarçadas de reformas constitucionais.

Faltaram, contudo, mecanismos de acompanhamento do cumprimento, pelos Estados, dessas regras. Somente a ruptura do regime democrático (por meio do golpe de Estado ou "alteração constitucional que afete gravemente a democracia") possui uma sanção clara, que é a suspensão da participação na OEA, repetindo o disposto no Protocolo de

Washington. As demais disposições são carentes de supervisão e, principalmente, cobrança dos Estados faltosos no ambiente do mecanismo político da Carta da OEA.

A questão que se coloca é saber como o *mecanismo político interamericano de defesa da democracia* funciona nos casos nos quais há uso de instrumentos *constitucionais* de interrupção do mandato presidencial em um ambiente de disputa de narrativas entre oposição e situação.

Por isso, dois casos de "interrupção do mandato presidencial" pelo juízo político (*impeachment)* serão aqui analisados: o caso do Presidente Lugo (Paraguai, 2012) e o caso da Presidente Rousseff (Brasil, 2016) e as diferentes reações da OEA no uso da "cláusula democrática" e da CDI, comparando, brevemente com a reação de outras organizações internacionais, em especial o Mercosul (Mercado Comum do Sul) e a Unasul (União Sul-Americana de Nações).

## 3 O NOVO NAS CRISES DA DEMOCRACIA : O PROCESSO DE *IMPEACHMENT* E SEU IMPASSE

Há três modos pelos quais os presidentes eleitos na América Latina[10] têm comumente seus mandatos interrompidos prematuramente, excluindo a prática de crime comum ou afastamento por morte, doença e incapacidade: (i) golpe militar, (ii) renúncia antecipada e (iii) julgamentos políticos (*impeachment)* pela prática de condutas de grave afronta a ordem jurídica.

Os julgamentos políticos - ou parlamentares - voltados a interromper mandatos presidenciais diferem dos julgamentos por delito criminal cometido pelo Presidente da República (a ser realizado pelo Poder Judiciário), uma vez que os primeiros consistem em uma avaliação política sobre a existência de infração à ordem jurídica de tal gravidade que merece a sanção de interrupção do mandato (entre outras possíveis).

Há três aspectos que caracterizam o chamado julgamento político como forma de interrupção do mandato presidencial. O primeiro diz respeito à definição das condutas comissivas ou omissivas que podem dar início a um juízo político. O exemplo brasileiro mostra que há junção de condutas vagas ("quebra do decoro") com lista detalhadas de atos presidenciais consubstanciando o "crime de responsabilidade") da Lei n. 1079/50. O

[10] Utiliza-se aqui o termo "América Latina" como referente ao agregado de países de fala espanhola, francesa ou portuguesa do México à Argentina. Sobre a origem do termo e seus usos, ver GOBAT, Michel. The Invention of Latin America: A Transnational History of Anti-Imperialism, Democracy, and Race. *The American Historical Review,* vol. 118(5), December 2013, pp. 1345-1375. ·

segundo aspecto trata da definição do órgão responsável pelo julgamento político, sendo comum na América Latina o monopólio do Poder Legislativo. E o terceiro aspecto diz respeito ao quórum para a abertura do processo e também para a condenação, sendo o mais comum um quórum qualificado, o que difere da moção de desconfiança que, em geral, exige somente maioria simples nos regimes parlamentaristas[11].

No que tange ao direito à democracia e ao devido processo legal, essas características formais do processo de *impeachment* geram um impasse.

De um lado, há um formalismo procedimental, com uma acusação (com fatos e fundamentos jurídicos), ampla defesa e contraditório, com eventual recurso ao Poder Judiciário questionando um ato ou uma etapa procedimental.

De outro, há uma deliberação sem qualquer fundamentação (ou com fundamentação suicida - reconhece que não houve crime de responsabilidade, mas vota a favor pela ausência de condições de governabilidade) por parte dos membros do Poder Legislativo, a despeito do formato jurídico do julgamento.

Para os críticos, o impedimento passou por uma recente adaptação na América Latina, servindo como modo de interrupção de mandatos de Presidentes *impopulares*, com frágil apoio parlamentar em ambientes de (i) crise econômica ou (ii) escândalos repercutidos fortemente na mídia. Trata-se de sucedâneo *impróprio* de uma espécie de "moção de censura" (ou moção de desconfiança) típica dos regimes parlamentarista. No espectro do "julgamento político" é possível uma condenação sem que tenha existido qualquer infração real por parte do governante impopular, sendo o voto de cada parlamentar absolutamente discricionário, sem exigência de fundamentação. Por isso, é denominado «golpe branco[12]", "neogolpismo"[13], "golpe jurídico-parlamentar" ou "golpe parlamentar"[14],

---

11 KASAHARA,Yuri e MARSTEINTREDET, Leiv. Presidencialismo em crise ou parlamentarismo por outros meios? Impeachments presidenciais no Brasil e na América Latina. *Revista de Ciências Sociais*, , v.49, n. 1, , mar./jun., 2018, pp.30-54, em especial pp.38-39.

12 PRONER, Carol. Golpe branco no Brasil. in PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; NEUENSCHWANDER, Juliana; PEIXOTO, Katarina e GUIMARÃES, Marília Carvalho (orgs). *A resistência internacional ao golpe de 2016.* Bauru/SP: Canal Editora, 2016, pp. 155-159.

13 ARAUJO, Matheus Alexandre e PEREIRA, Vanessa dos Santos. Rupturas, neogolpismo e América Latina: uma análise sobre Honduras, Paraguai e Brasil. *Revista* Katálysis, v. 21, n. 1, , jan./abr. 2018, pp. 125-136. SOLER, Lorena e PREGO, Florencia. Derechas y neogolpismo en América Latina. Una lectura comparada de Honduras (2009), Paraguay (2012) y Brasil (2016). *Historia y problemas del siglo XX* , Año 10, Volumen 11, julio-diciembre de 2019, pp. 33-52.

14 Monteiro denominou a situação do caso Lugo de "golpe parlamentar relâmpago " e a do caso Dilma Rousseff de "neogolpe jurídico-parlamentar". MONTEIRO, Leonardo Valente. Os neogolpes e as in-

pois ofenderia a soberania popular e implantaria um "parlamentarismo *de facto"* sem base constitucional.

Em outra forma de classificação, Heine e Weiffen separam as novas crises democráticas da região em duas espécies: as exógenas e as endógenas. As crises exógenas seriam extra-institucionais, ocasionadas por protestos de massa e renúncias forçadas. O maior exemplo seria o caso De la Rúa na Argentina em 2001. Já as crises endógenas seriam aquelas nas quais há conflito entre os Poderes, sendo utilizado o julgamento político como forma de interrupção do mandato presidencial, com vitória da maioria oposicionista no Poder Legislativo[15].

Na realidade, é difícil a separação entre a crise exógena e a endógena, pois ainda não há registro de interrupção do mandato de presidente eleito com alta taxas de popularidade e em uma ambiente de crescimento econômico. Assim, para que uma crise endógena gere a interrupção do mandato presidencial é necessária uma crise exógena.

Contudo, não há automatismo. É possível que uma crise exógena nada mude, com o governo impopular controlando a maioria parlamentar. Mas também é possível que uma crise endógena gere uma crise exógena, com o Poder Legislativo aprovando (ou rejeitando) diversas medidas para inviabilizar a ação do Poder Executivo, evitando uma retomada econômica ou criando uma agenda negativa (aquilo que a mídia brasileira chama de "pauta bomba"), o que resultará, assim, uma crise exógena com protestos e manifestações contra a "inépcia" do Poder Executivo em administrar o país[16].

Dois casos de crises endógenas ficaram célebres na região: o *impeachment* do Presidente Fernando Lugo (Paraguai) e o da Presidente Dilma Rousseff (Brasil), que serão aqui analisados.

## 4 O CASO *LUGO*

Em junho de 2012, houve a abertura do julgamento político para interrupção do mandato do Presidente Fernando Lugo Méndez do Paraguai. Consta do libelo acusatório

terrupções de mandatos presidenciais na América Latina: os casos de Honduras, Paraguai e Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, v.49, n. 1, p.55-97, mar./jun., 2018, pp. 55-97, em especial p. 76 e p. 80

15 HEINE, Jorge e WEIFFEN, Brigitte. *21st Century Democracy Promotion in the Americas - standing up for the polity.* New York: Routledge, 2015, em especial pp. 89-92.

16 CARVALHO RAMOS, André de. Novos tempos, velho remédio? Os riscos da cláusula democrática na sistema interamericano de direitos humanos. *Revista direitos fundamentais & democracia* (UniBrasil), v. 25, 2020, pp. 5-31

os seguintes fatos: 1) conivência com atos políticos no comando de engenharia das forças armadas; 2) instigação e facilitação de invasões de terras na zona da Nacunday; 3) incapacidade de reduzir a insegurança pública e combater eficazmente o "Exército do Povo Paraguaio" (grupo que realizou diversos atentados em oposição ao governo); 4) assinatura do Protocolo de Ushuaia II do Mercosul, que seria uma ofensa à soberania do Paraguaia (ironicamente, o citado tratado "ofensivo à soberania" visa preservar a democracia dos Estados membros daquela organização) e 5) inépcia e desídia no Caso do "Massacre de Curuguaty", nome dado as mortes de 11 camponeses e 6 policiais durante o cumprimento de ordem de desocupação de terras públicas, dias antes do processo de *impeachment*[17]. Quanto a provas, o libelo acusatório alegou que todos os fatos seriam notórios (mesmo os que imputavam ações ao Presidente) e, consequentemente, "no necesitan ser probadas, conforme a nuestro ordenamiento jurídico vigente". Em síntese, a acusação imputava a Lugo ter "perjudicado enormemente los intereses supremos de la Nación"[18].

O processo iniciado em 21 de junho de 2012 durou aproximadamente 30 horas, tendo sido acatado o afastamento do Presidente e o fim do seu mandato. A Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça do Paraguai não acatou o pedido do Presidente Lugo de considerar inconstitucional o processo, argumentando especialmente de se tratar de julgamento político de competência exclusiva do Congresso Nacional[19]. No plano internacional duas organizações internacionais – União das Nações Sul-Americanas (UNASUL) e Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) - acionaram suas respectivas "cláusulas democráticas" similares à da Carta da OEA, sendo o Paraguai suspenso de ambas as organizações[20].

Na OEA, apesar de diversas sessões extraordinárias do seu Conselho Permanente, não houve nenhuma declaração oficial do órgão. O Secretário-Geral da OEA na época, o chileno José Miguel Insulza, chefiou missão *in loco* em de 01 a 03 de julho de 2012, cujo

---

17 Araújo e Pereira consideram o massacre o "estopim" para a abertura do processo de *impeachment.* ARAUJO, Matheus Alexandre e PEREIRA, Vanessa dos Santos. Rupturas, neogolpismo e América Latina: uma análise sobre Honduras, Paraguai e Brasil. *Revista Katálysis*, v. 21, n. 1, , jan./abr. 2018, pp. 125-136, em especial p. 130.

18 Libelo acusatório disponível em: http://diplomatizzando.blogspot.com.br/2012/06/o-paraguai-e-o-protocolo-de-ushuaia-ii.html. Acesso em: 20 out. 2021.

19 PARAGUAI. *Decisión provisional de la acción de inconstitucionalidad n. 1533*. Disponível em: http://www.pj.gov.py/descargas/ID1-317_accion_de_inconstitucionalidad.pdf. Acesso em: 20 out. 2021

20 Protocolo Adicional sobre Democracia (2010) no âmbito da Unasul. Decisión nº 26/12. Disponível: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_integracao/docs_UNASUL/DEC26.2012.pdf. Ver mais sobre a cláusula democrática do Mercosul em CARVALHO RAMOS, André de. Derechos Humanos y el Mecanismo Híbrido del Mercosur: ¿Cómo Controlar la Aplicación de la cláusula democrática? *Revista de la secretaria del Tribunal permanente de revisión.* Año 3, nº 6; agosto 2015, pp. 48-68.

relatório não constatou ruptura do regime democrático, registrando, ao contrário, o compromisso de realização de eleições em 2013. Após a eleição de Horacio Cartes em 2013, houve a revogação das duas decisões de suspensão (Unasul e Mercosul).

## 5 O CASO *DILMA ROUSSEFF* E A PROIBIÇÃO DO AGIR PARLAMENTAR ARBITRÁRIO

O caso *Dilma Rousseff* refere-se a processo de impedimento da Presidente Dilma Rousseff (eleita para o mandato de 2015-2018) por prática de crime de responsabilidade[21] consistente em violações repetidas à Lei de Responsabilidade Fiscal e à Lei Orçamentária Anual[22]. A denúncia foi considerada adequada para dar início a um processo de impedimento em 01 de dezembro de 2015 pelo então Presidente da Câmara dos Deputados[23], tendo sido aprovada a instauração do processo em 17 de abril de 2016 pela Câmara dos Deputados[24] e determinado o afastamento em definitivo da Presidente Rousseff em 31 de agosto de 2016. Contudo, a inesperada decisão do Senado de cassar o mandato de Rousseff, mas preservar seus direitos políticos (o chamado "fatiamento"), aproximou o caso de uma moção de desconfiança[25].

---

21 Definido genericamente no art. 85 da Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei n. 1.079/50.

22 Ver o texto integral das acusações que deram início ao processo de *impeachment* em https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/a-integra-do-pedido-de-impeachment-de-dilma-apoiado-pela--oposicao/. Acesso em: 20 out. 2021.

23 Poucos dias após a aceitação do pedido de início do trâmite, o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot requereu o afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados, então Dep. Federal Eduardo Cunha, que, à época, era investigado em inquéritos criminais no Supremo Tribunal Federal, fundado na reiteração de práticas criminosas e no uso do cargo para evitar esclarecimento sobre suas condutas. Contudo, o Supremo Tribunal Federal só o afastou em maio de 2016, semanas após o processo de *impeachment* ter findado na Câmara dos Deputados. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ACO n. 4.070/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, referendo na ação cautelar, j. 5-5-2016, *DJe* de 21-10-2016.

24 A CF/88 exige maioria de dois terços para tal decisão. O resultado final foi de 367 votos a favor da continuidade do processo de *impeachment* e 137 votos contra, com 7 abstenções. Dois deputados não votaram. Houve ainda a confirmação de tal decisão pelo Senado em 12 de maio de 2016 (após decisão do STF, exigindo tal deliberação), tendo sido obtidos 55 votos a favor do prosseguimento do processo e 22 contrários.

25 O resultado final no Senado Federal foi de 61 votos a favor do *impeachment* e 20 contrários. BRASIL. Senado Federal como órgão judiciário. *Sentença*. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/31/veja-a-sentenca-de-impeachment-contra-dilma-rousseff. Acesso em: 20 out. 2021.

Apesar do intenso crivo sobre aspectos procedimentais, devido processo legal e alcance das sanções no processo de impedimento[26], o Supremo Tribunal Federal não apreciou a existência – ou não - do crime de responsabilidade e eventual desvio de finalidade no uso do *impeachment* como instrumento político de interrupção do mandato presidencial pela maioria parlamentar oposicionista.

A oportunidade para tal revisão de mérito ocorreu no Mandado de Segurança n. 34.193, interposto dias antes do afastamento provisório, em maio de 2016, no qual a impetrante, Presidente Dilma Rousseff, expressamente apontou a existência de desvio de finalidade e inexistência de crime de responsabilidade, pleiteando a suspensão do processo de *impeachment*.

Contudo, a liminar foi *indeferida* pelo Relator Min. Teori Zavascki, para quem (i) seria difícil a prova da verdadeira finalidade de um ato parlamentar, que naturalmente dissimula seus reais motivos; (ii) o desvio de finalidade teria sido apoiado por quase 370 deputados, o que mostra que a atuação de parlamentares nesse tipo de julgamento não está dissociada do coeficiente político; (iii) há limites no mandado de segurança (exigência de direito líquido e certo) e prazo decadencial de 120 dias, que inviabilizam seu uso e (iv) o juiz constitucional sobre a ocorrência ou não dos fatos ou sobre a procedência ou não da acusação no *impeachment* é o Senado Federal (previamente autorizado pela Câmara dos Deputados).[27] O parecer do Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, reiterou ainda a dificuldade de se provar desvio de finalidade em atos parlamentares de oposição política, pois o julgamento da Câmara dos Deputados é "eminentemente político, situação em que oposição política e desvio de finalidade se colocam em zona fronteiriça de difícil distinção"[28].

---

[26] Vide, em especial, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378, que estabeleceu, por exemplo, que "(...) No curso do procedimento de impeachment, o acusado tem a prerrogativa de se manifestar, de um modo geral, após a acusação. Concretização da garantia constitucional do devido processo legal (due process of law)". BRASIL, Supremo Tribunal Federal ADPF 378 MC, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, j. 16-12-2015, P, *DJE* de 8-3-2016.

[27] Consta do voto: "Admitir-se a possibilidade de controle judicial do mérito da deliberação do Legislativo pelo Poder Judiciário significaria transformar em letra morta o art. 86 da Constituição Federal, que atribui, não ao Supremo, mas ao Senado Federal, autorizado pela Câmara dos Deputados, a competência para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade. Por isso mesmo, é preciso compreender também que o julgamento, em tais casos, é feito por juízes investidos da condição de políticos, que produzem, nessa condição, votos imantados por visões de natureza política, que, consequentemente, podem eventualmente estar inspirados em valores ou motivações diferentes dos que seriam adotados por membros do Poder Judiciário". BRASIL, Mandado de Segurança n. 34.193-DF, decisão de 11 de maio de 2016, *DJE* nº 97, divulgado em 12/05/2016.

[28] BRASIL, Mandado de Segurança n. 34.193-DF, Relator original Min. Teori Zavascki, Relator final Min. Alexandre de Moraes, parecer da PGR (*custos legis)* de 5 de setembro de 2016.

Anos depois (final de 2018), o Min. Alexandre de Moraes decidiu pela denegação final do Mandado de Segurança n. 34.193 pela inexistência do "direito líquido e certo" tal qual apontado em 2016.

Contudo, houve sutil distanciamento da posição do primeiro Relator, Min. Teoria Zavascki, por meio de expressa menção à possibilidade de revisão judicial em casos nos quais haja inconteste *agir arbitrário* dos parlamentares. Para o Min. Alexandre de Moraes, a análise da constitucionalidade da atuação em processo de *impeachment* por parte do STF abarca (i) a verificação da realidade dos fatos e (ii) a coerência lógica da decisão política discricionária com os fatos. Se ausente a coerência, há vício no agir político por ofensa ao "ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade"[29].

No plano interamericano, o Secretário-Geral da OEA, Luis Almagro, emitiu nota salientando a (i) natureza política do processo e (ii) que o presidencialismo latino-americano não permitia medidas como "moção de desconfiança" como se fosse um sistema parlamentarista, concluindo que a soberania popular (que elegeu o presidente) não pode ser alterada por razões políticas oportunistas[30]. A UNASUL também emitiu nota no mesmo sentido[31]. Contudo, na OEA e no Mercosul não houve seguimento de apreciação do caso como ruptura do regime democrático para fins de suspensão da participação brasileira em tais organizações.

Na OEA, apesar da nota crítica anterior do Secretário-Geral, as irregularidades lá mencionadas sequer foram registradas nas atas do Conselho Permanente da OEA[32]. Na sessão de 7 de setembro de 2016 (ata somente aprovada em dezembro de 2019), houve manifestação solitária da Delegação brasileira (governo Temer) exaltando a conclusão do processo de *impeachment,* "sem ruptura ou sobressaltos", tendo sido seguido o "devido processo legal, estabelecido na Constituição Federal e em leis específicas"[33].

---

29 BRASIL, Mandado de Segurança n. 34.193-DF, Relator Min. Alexandre de Moraes, decisão de 7 de dezembro de 2018, *DJE* nº 266, divulgado em 11/12/2018.

30 OEA, Declaração do Secretário-Geral da OEA Luis Almagro após reunião com a Presidente Constitucional do Brasil Dilma Rousseff, em 15 de abril de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/pt/centro_midia/nota_imprensa.asp?sCodigo=P-044/16

31 https://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=E-044/16

32 GÓMEZ MARTÍN, A. La destitución de Fernando Lugo y Dilma Rousseff. Una comparación de ambas crisis democráticas desde la labor de las organizaciones regionales. *Revista Integración y Cooperación Internacional,* n.º 27, dezembro de 2018. Disponível em: http://rephip.unr.edu.ar/bitstream/handle/2133/13965/Art%C3%ADculo%201%20-%20Revista%20Nro.%2027.pdf?sequence=3. Acesso em: 20 out. 2021.

33 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, OEA/Ser.G CP/ACTA 2088/16. Sessão de 7 de setembro de 2016. Disponível em: http://www.oas.org/es/council/CP/documentation/minutes/. . Acesso em: 20 out. 2021.

## 6 OS RISCOS DA INEFETIVIDADE DA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA

Nas crises contemporâneas da democracia na região, o uso de instrumentos constitucionais para a interrupção do mandato presidencial não sofreram crivo do mecanismo da cláusula democrática.

A ausência de crivos nacional e internacional sobre o uso camuflado do processo de *impeachment* estimula a remoção de presidentes pelas maiorias parlamentares de oposição, criando uma receita composta por (i) "manifestações de ruas", aliada a (ii) campanhas mediáticas (repercutindo determinado escândalo) e (iii) ruína econômica (gerada pela incompetência do Poder Executivo ou acelerada pelo Poder Legislativo). Ou, como antídoto, impulsiona o presidencialismo de coalizão ou de alianças indesejadas pela maioria da população.

Cria-se um "parlamentarismo camuflado", o que atenta ainda mais contra a soberania popular em países como o Brasil, que já submeteu tal sistema de governo em duas ocasiões a aprovação popular (referendo, em 1963 e plebiscito em 1993) na fase republicana de sua história, tendo sido em ambos vitorioso o presidencialismo[34].

Tal situação de desvalorização do voto majoritário nas eleições presidenciais aumenta o descrédito com a democracia, em especial se há mudança abrupta de programa de governo após o *impeachment.*

Além disso, o uso insincero do *impeachment* transforma esse instrumento em uma simulação de julgamento, no qual até mesmo a defesa da inexistência do fato grave pouco importa, como se viu nas declarações dos congressistas brasileiros em determinados momentos do processo de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff[35] ou mesmo se há ou não espaço de instrução probatória e contraditório (como se viu no Caso Lugo, cujo julgamento político durou 30 horas).

---

34 BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, *Resultado Geral do Referendo de 1963*. Disponível em: justicaeleitoral.jus.br/arquivos/referendo-de-1963/rybena_pdf?file=http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/referendo-de-1963/at_download/file. Acesso em 20-10-2021. BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, *Resultado Geral do Plebiscito de 1993.* Disponível em: http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/plebiscito-de-1993/rybena_pdf?file=http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/plebiscito-de-1993/at_download/file. Acesso em: 20 out. 2021.

35 Para o STF, ao menos durante o caso Dilma Rousseff, as opiniões manifestadas por parlamentares durante o julgamento político não servem como prova cabal de desvio de finalidade no uso do *impeachment*. Ver Mandado de Segurança n. 34.441, Relator min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática de denegação da ordem de 7 de dezembro de 2018. Ver também ADPF 378 MC, Rel. Min. Edson Fachin, Redator p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, *DJe* de 8/3/2016.

Esse "jogo de cartas marcadas"[36] põe em risco a credibilidade da democracia representativa, pois não se confia sequer nos motivos reais de uma interrupção do mandato presidencial. Além disso, corre-se o risco, como aponta Coelho, de se sedimentar um "modelo de ação política" para destituir presidentes eleitos[37].

Tal situação de dilapidação da via democrática contraria a expectativa de Perez-Liñan, para quem o fenômeno da instabilidade dos governos conviveria com a estabilidade democrática na região. O uso da gramática jurídica para interromper os mandatos presidenciais seria um sucedâneo legítimo aos tradicionais golpes militares na região, preservando-se a Constituição e a democracia[38].

Contudo, tal uso camuflado e insincero do *impeachment* pode levar à desvalorização do próprio sistema democrático, uma vez que a eleição presidencial é, em geral, o espelho mais fiel da vontade popular por respeitar o "uma pessoa, um voto" e, em vários países, por exigir maioria absoluta dos eleitores.

O uso do *impeachment* para a deposição de governantes impopulares no presidencialismo resulta, com o tempo, na criação de uma "democracia de opinião"[39], forjada pela mídia e redes sociais (com as conhecidas manipulações de "fake news", uso de perfis falsos, gatilhos eletrônicos -"robôs" etc.), que, sem regras, pode buscar se emancipar da democracia formal.

Mounk retratou a ascensão no pós-crise de 2008 de uma certa "democracia sem direitos", na qual populistas eleitos em diversos países afirmam serem a verdadeira "voz do povo" e acreditam que toda a resistência a seu governo é ilegítima, o que resulta, caso sejam bem sucedidos, em uma democracia iliberal, que, conclui o autor, pode degenerar em uma verdadeira ditadura[40].

---

36 ARAUJO, Matheus Alexandre e PEREIRA, Vanessa dos Santos. Rupturas, neogolpismo e América Latina: uma análise sobre Honduras, Paraguai e Brasil. *Revista* Katálysis, v. 21, n. 1, , jan./abr. 2018, pp. 125-136, em especial p. 134.

37 SOUZA, André Luiz Coelho Farias de. Um Novo Modelo de Destituição de Mandatários ou a Releitura de Velhas Práticas? Reflexões sobre a instabilidade presidencial contemporânea na América Latina. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 113, jul./dez. 2016, pp. 11-50, em especial p. 48

38 PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential impeachment and the new political instability in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, em especial p. 213

39 SCHOLLER, Heinrich. Os ajustes necessários da democracia representativa. in CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo W. e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direitos humanos e democracia.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 53-67, em especial p. 67.

40 MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia.* Trad. de Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, em especial p. 37.

Ou, por um outro lado, a decepção com a democracia representativa, pode gerar a "democracia das ruas" (""the people in action"), com grupos sociais excluídos buscando a implementação de suas agendas pela via da insurgência e manifestações de rua, dado o bloqueio e engessamento do sistema eleitoral. Para De la Torre, as limitações desse modelo como forma de democracia direta são claras: nem todos os grupos sociais excluídos se dispõem a ocupar as ruas e tal ocupação também não se dá de maneira geograficamente uniforme em determinado Estado[41].

A prática da OEA sobre o uso da cláusula democrática demonstra uma interpretação restritiva da Carta Democrática Interamericana, deixando de aferir o respeito ao direito à democracia na hipótese do desrespeito à vontade popular ter ocorrido ao menos formalmente de acordo com as vias constitucionais.

Tal prática transformou a cláusula democrática em uma muralha contra golpistas facilmente contornável graças ao uso do julgamento político para substituir uma inexistente moção de censura. Há forte tendência da cláusula democrática se tornar irrelevante.

Todavia, essa postura da OEA tem outra consequência deletéria, que é a de estimular esse "modelo de ação política" acima descrito, o qual ainda terá esperança - caso bem sucedido - de ganhar legitimidade internacional.

A existência de uma cláusula democrática de acionamento imperfeito e inadequado é, em certo sentido, pior que sua inexistência, pois gera uma indesejada legitimidade internacional aos que ascenderam ao poder sem respeitar a vontade majoritária.

## 7 CONCLUSÃO

O instrumento interamericano repressivo (a cláusula democrática) tem natureza discricionária e é fortemente dependente da coloração política e da força geopolítica do Estado infrator, sendo inapropriado para os novos meios de interrupção do mandato presidencial.

Seu uso serve, na atualidade, para combater rupturas nítidas e transparentes da ordem democrática. Por isso é inadequado para corrigir sistemas eleitorais enraizados, mesmo que violadores de direitos (como a igualdade do voto) e para combater rupturas camufladas da ordem constitucional.

Os exemplos acima estudados mostram que a promoção da democracia pela OEA deve avançar e enfrentar os novos desafios, que resumo em três.

---

41 DE LA TORRE, Carlos. The streets as examples of "true" democracy? The South-American experience. *Estudos Ibero-Americanos*, vol. 41, núm. 2, julho-dezembro, 2015, pp. 328-350, em especial p. 348

Em primeiro lugar, urge a análise da dificuldade de determinados sistemas eleitorais de espelharem as maiorias em um país, rompendo a missão primordial do direito eleitoral em democracias representativas que é transformar a vontade do eleitor em mandatos. Essa dificuldade gera a possibilidade de um programa presidencial escolhido de modo majoritário ser confrontado por outra agenda fruto de um Parlamento bicameral, escolhido em circunscrições eleitorais assimétricas, com pouco peso para "uma pessoa, um voto".

Em segundo lugar, o uso de manifestações de rua, votos de protestos (escolha de candidatos "diferentes") como forma de superação dos vícios da representação política pode representar um risco à democracia em si, fazendo renascer projetos de concentração de poder nas mãos de presidentes eleitos de forma majoritária e que estariam sendo ameaçados por um Parlamento sem representatividade.

O terceiro desafio é evitar a percepção de captura política da OEA, revelada pela ausência de acionamento da cláusula democrática, mesmo diante de situações que outras organizações ou mesmo o próprio Secretário-Geral da OEA consideraram graves do ponto de vista de respeito à democracia.

Voltando as perguntas estabelecidas na introdução, observo que a cláusula democrática é inapropriada para as novas crises, mas pode responder com certa eficiência a golpes militares feitos sem nenhum tido de camuflagem ou decoro. Como não é utilizada para outras formas de afronta à vontade popular, a cláusula democrática pode erroneamente sugerir legitimidade internacional a governos cujo acesso ao poder desrespeitou o direito à participação política e o devido processo legal.

Há, assim, uma lacuna na proteção interamericana da democracia, tal qual definida na Carta Democrática Interamericana. É necessário que o processo internacional de direitos humanos do tipo judiciário capitaneado pela Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos assuma a missão de escrutinar, à luz da gramática de direitos humanos, essas novas formas de interrupção do mandato presidencial, seguindo a linha já sugerida pelo Ministro Alexandre de Moraes, de não permitir a atuação arbitrária e insincera dos agentes políticos, respeitando, consequentemente, os direitos políticos e a investidura popular nas democracias.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Wilson e SANTANA, Hadassah Laís. Integração e democracia: os interesses políticos locais que distorcem o direito internacional e a crise política resultante da suspensão do Paraguai do Mercosul. *Revista de Informação Legislativa.* Ano 51, n. 203, jul/set. 2014, pp. 91-110.

ARAUJO, Matheus Alexandre e PEREIRA, Vanessa dos Santos. Rupturas, neogolpismo e América Latina: uma análise sobre Honduras, Paraguai e Brasil. *Revista Katálysis*, v. 21, n. 1, , jan./abr. 2018, pp. 125-136.

BEIGBEDER, Yves. *International Monitoring of Plebiscites, Referenda, and National Elections: Self-Determination and Transition to Democracy*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1994.

BOLÍVAR, Simón. Contestación de un americano meridional a un caballero de esta isla (1815). *in* BOLÍVAR, Simón. *Doctrina del Libertador.* Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho, 2009, pp. 18-87.

BRASIL, Mandado de Segurança n. 34.193-DF, Relator Min. Alexandre de Moraes, decisão de 7 de dezembro de 2018, *DJE* nº 266, divulgado em 11/12/2018.

BRASIL, Mandado de Segurança n. 34.193-DF, decisão de 11 de maio de 2016, Relator Min. Teoria Zavascki, *DJE* nº 97, divulgado em 12/05/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal ADPF 378 MC, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, j. 16-12-2015, P, *DJE* de 8-3-2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ACO n. 4.070/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, referendo na ação cautelar, j. 5-5-2016, *DJe* de 21-10-2016.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Apuração de Eleição n° 1578-04.2014.6.00.0000, votação unânime, sessão de 4.11.2014.

BRASIL. Senado Federal como órgão judiciário. *Sentença*. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/31/veja-a-sentenca-de-impeachment-contra-dilma-rousseff. Acesso em: 20 out. 2021.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos.* 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2021.

CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos.* 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 7a ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO RAMOS, André de. Derechos Humanos y el Mecanismo Híbrido del Mercosur: ¿Cómo controlar la aplicación de la cláusula democrática? *Revista de la secretaria del Tribunal permanente de revisión.* Año 3, nº 6; agosto 2015, pp. 48-68

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo W.; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direitos humanos e democracia.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COELHO, André. Inestabilidad política y caídas presidenciales en Sudamérica: causas y consecuencias. *Revista de Ciência Política,* Vol. 50, nº 1, 2012, pp. 167-194.

DE LA TORRE, Carlos. The streets as examples of "true" democracy? The South-American experience. *Estudos Ibero-Americanos*, vol. 41, núm. 2, julho-dezembro, 2015, pp. 328-350.

Disponível em: https://web.archive.org/web/20061129194810/http://www.accessdemocracy.org/library/1923_declaration_102705.pdf.

GOBAT, Michel. The Invention of Latin America: A Transnational History of Anti-Imperialism, Democracy, and Race. *The American Historical Review,* vol. 118(5), December 2013, pp. 1345-1375.

GÓMEZ MARTÍN, A. La destitución de Fernando Lugo y Dilma Rousseff. Una comparación de ambas crisis democráticas desde la labor de las organizaciones regionales. *Revista Integración y Cooperación Internacional,* n.º 27, dezembro de 2018. Disponível em http://rephip.unr.edu.ar/bitstream/handle/2133/13965/Art%C3%ADculo%201%20 -%20Revista%20Nro.%2027.pdf?sequence=3. Acesso em: 20 out. 2021.

HAGOPIAN, Frances e MAINWARING, Scott P. (orgs). *The Third Wave of Democratization in Latin America* - Advances and setbacks. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2005.

HEINE, Jorge e WEIFFEN, Brigitte. *21st Century Democracy Promotion in the Americas - standing up for the polity.* New York: Routledge, 2015.

HERZ, Mônica. "Carta da OEA (1948)", *in* MAGNOLI, Demétrio. *A história da paz,* São Paulo: Contexto, 2008, p. 331-353.

HOCHSTETLER, Kathryn. Repensando o presidencialismo: contestações e quedas de presidentes na América do Sul. *Lua Nova*, n.72, 2007, pp.09-46.

HONDURAS, Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR). *Para que los hechos no se repitan: Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación*, julho de 2011. Disponível em: https://www.oas.org/es/sap/docs/DSDME/2011/CVR/HondurasInformeCVR_TOMO1.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/31/veja-a-sentenca-de-impeachment--contra-dilma-rousseff. Acesso em: 20 out. 2021.

HUNTINGTON, Samuel P. *The Third Wave* - Democratization in the Late Twentieth Century. Norman/London : University of Oklahoma Press, 1993.

HYDE, Susan D. *The pseudo-democrat´s dilemma: why election observation became an international norm.* Ithaca/London: Cornell University Press, 2011.

KASAHARA,Yuri e MARSTEINTREDET, Leiv. Presidencialismo em crise ou parlamentarismo por outros meios? Impeachments presidenciais no Brasil e na América Latina. *Revista de Ciências Sociais*, , v.49, n. 1, , mar./jun., 2018, pp.30-54.

MENDES, Gabriel Gutierrez. O *impeachment* de Dilma Rousseff e a instabilidade política na América Latina: a aplicabilidade do modelo de Perez-Liñan. *Revista de Ciências Sociais*, v.49, n. 1, mar./jun., 2018, pp. 253-278.

MONTEIRO, Leonardo Valente. Os neogolpes e as interrupções de mandatos presidenciais na América Latina: os casos de Honduras, Paraguai e Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, v.49, n. 1, mar./jun., 2018, pp. 55-97.

MONTEIRO, Leonardo Valente. Os neogolpes e as interrupções de mandatos presidenciais na América Latina: os casos de Honduras, Paraguai e Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, v.49, n. 1, p.55-97, mar./jun., 2018, pp. 55-97.

MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia.* Trad. de Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório sobre o Equador, 2000. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/annualrep/99eng/Chapter4a.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório sobre o Equador, 2000. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/annualrep/99eng/Chapter4a.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado.* OEA/Ser.L/V/II. Doc 55, 2009, Disponível em: http://www.cidh.org/countryrep/Honduras09sp/Indice.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Declaração do Secretário-Geral da OEA Luis Almagro após reunião com a Presidente Constitucional do Brasil Dilma Rousseff, em 15 de abril de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/pt/centro_midia/nota_imprensa.asp?sCodigo=P-044/16. Acesso em: 20 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, OEA/Ser.G CP/ACTA 2088/16. Sessão de 7 de setembro de 2016. Disponível em: http://www.oas.org/es/council/CP/documentation/minutes/. Acesso em: 20 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, OEA/Ser.P AG/RES 1 (XXXVII-E/09), de 4 de julho de 2009. Disponível em: http://www.oas.org/consejo/sp/AG/37SGA.asp#inf . Acesso em: 20 out. 2021.ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, *Relatório Final da Missão de Observação Eleitoral - Eleições gerais - Brasil* - 7 de outubro de 2018 (Eleições Gerais); 28 de outubro de 2018 (Segundo Turno), 2018. Disponível em: http://scm.oas.org/pdfs/2019/CP40397PRELATORIOFINALMOEBRASIL2018.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Resolução da Assembleia Geral da OEA sobre a participação de Honduras na OEA, AG/RES.1(XLI-E/11), 22 de junho de 2011. Disponível em: http://www.oas.org/council/sp/AG/41SGA.asp. Acesso em: 20 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *OAS : 50 Years Observing Elections in the Americas,* 2012. Disponível em http://207.237.157.11/es/sap/deco/docs/MOE50y_e.pdf

PARAGUAI. Decisión provisional de la acción de inconstitucionalidad n. 1533. Disponível em: http://www.pj.gov.py/descargas/ID1-317_accion_de_inconstitucionalidad.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential impeachment and the new political instability in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

PRONER, Carol. Golpe branco no Brasil. in PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; NEUENSCHWANDER, Juliana; PEIXOTO, Katarina e GUIMARÃES, Marília Carvalho (orgs). *A resistência internacional ao golpe de 2016.* Bauru/SP: Canal Editora, 2016, pp. 155-159.

SCHOLLER, Heinrich. Os ajustes necessários da democracia representativa. in CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo W.; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Direitos humanos e democracia.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 53-67.

SOLER, Lorena e PREGO, Florencia. Derechas y neogolpismo en América Latina. Una lectura comparada de Honduras (2009), Paraguay (2012) y Brasil (2016). *Historia y problemas del siglo XX*, Año 10, Volumen 11, julio-diciembre de 2019, pp. 33-52.

SOUZA, André Luiz Coelho Farias de. Um Novo Modelo de Destituição de Mandatários ou a Releitura de Velhas Práticas? Reflexões sobre a instabilidade presidencial contemporânea na América Latina. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 113, jul./dez. 2016, pp. 11-50.

VANDEN, Harry E. e PREVOST, Gary. *Politics of Latin America - The power game.* New York/Oxford: Oxford University Press, 2002

Capítulo 2

# *CUI PRODEST*? O STF, O RECONHECIMENTO MULTIDIMENSIONAL DA OPERAÇÃO LAVA JATO E A COMPREENSÃO DA GUERRA HÍBRIDA CONTRA O BRASIL

*Larissa Ramina*[1]
*Carol Proner*[2]
*Gisele Ricobom*[3]

Na sessão histórica do STF sobre a suspeição do ex-juiz Sergio Moro, transmitida ao vivo no dia 22 de abril de 2021, o ministro Ricardo Lewandowski, em sua fala, reconheceu a nem sempre visível multidimensionalidade da Operação Lava Jato.

Os argumentos favoráveis à suspeição, levantados em sessão anterior, basearam-se em diversos atos processuais e condutas do então juiz, matizados com motivação pessoal e viés político-partidário, como os que determinaram a condução coercitiva de Lula para depoimento; a interceptação telefônica do ex-Presidente, familiares, e até de advogados; a atuação impeditiva ao cumprimento de decisão restabelecendo sua liberdade; o levantamento do sigilo da colaboração de Antonio Palocci às vésperas das eleições; ou

1 Professora de Direito Internacional da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Membro da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia – ABJD e do Grupo Prerrogativas.

2 Professora de Direito Internacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Membro da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia – ABJD e do Grupo Prerrogativas.

3 Professora de Direito Internacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Membro da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia – ABJD e do Grupo Prerrogativas.

o aceite para integrar um governo eleito em razão de suas decisões judiciais. Nas falas e votos dos ministros, evidenciou-se que a persecução criminal contra Lula foi usada para fins político-eleitorais de Sérgio Moro e seus aliados.

Não obstante, embora tenham atentado para as gravíssimas mensagens decorrentes da Operação *Spoofing*, trocadas entre juiz e procuradores, e para o que foi considerado como "cooperação espúria", os ministros do STF naquela sessão não avançaram para a cooperação com agentes estrangeiros e para um dos pontos fundamentais: a existência de outros objetivos, além dos políticos, que foram determinantes por trás das condenações de Lula e da própria Lava Jato, e que apesar de não terem sido tratados nos votos conhecidos, certamente não passaram desapercebidos. Trata-se dos objetivos econômicos e geopolíticos, que só podem ser devidamente desvendados a partir da perspectiva multidimensional da força-tarefa.

Foi na sessão histórica do dia 22 de abril que o Ministro Ricardo Lewandowski mencionou expressamente as negociações clandestinas de operadores da Lava Jato com autoridades estrangeiras; o repasse de informações sigilosas a estas autoridades, de maneira célere, e que talvez não fosse possível pelos canais oficiais; o desmantelamento de importantes setores da economia nacional e o retrocesso do Brasil da posição de oitava economia do mundo para a décima quarta posição. O eminente Ministro, então, levantou a questão: *cui prodest?* A quem aproveitou o desmantelamento da economia brasileira?

É só a partir da multidimensionalidade da Lava Jato que se pode constatar a existência de uma nova estratégia de guerra não convencional implementada na América Latina, alternativa à guerra militar. Essa guerra é conduzida na seara judicial, com o envolvimento de operadores jurídicos, a partir da utilização perversa de ferramentas jurídicas para fins de persecução política de líderes e partidos progressistas - e a consequente destruição do projeto político que representam -, mas também é igualmente conduzida na seara midiática, que serve como pilar fundamental desse novo tipo de ofensiva. À instrumentalização do sistema de justiça e de seus operadores, portanto, somam-se a atuação agressiva da mídia hegemônica e das redes sociais, que se prestam à fabricação de consensos desejáveis no âmbito da opinião pública, observando um *timing* conveniente, ou seja, operando em momentos políticos chave. Esse consenso é produzido por meio de uma verdadeira introjeção de ideias propagadas ao longo do tempo, repetidamente, em vários meios de comunicação, e reproduzidas em redes sociais que também são manipuladas estrategicamente. Esses consensos introjetados na opinião pública atuam muitas vezes para condenar inimigos políticos antes mesmo do devido processo legal. O poder midiático é tão grande que é capaz de provocar a aniquilação total desses inimigos e seus projetos políticos, destruindo inclusive suas biografias. Uma característica que se pode constatar é que esses 'inimigos' normalmente alcançaram o

poder de forma legítima via processos eleitorais, e por isso só podem ser derrotados à margem de mecanismos democráticos, razão pela qual são alvo dessa espécie de golpe de Estado brando[4]. Esses golpes podem ser entendidos como processos de desestabilização orientados para o famoso "*regime change*" ou mudança de regime, centrados em ferramentas de *soft power*, bem como num arcabouço normativo e institucional estadunidense e internacional, que dispensam a ação direta militar, mas que atuam mediante a ingerência direta ou indireta do governo dos EUA e do setor privado.

Tal estratégia tem sido chamada de *lawfare* ou guerra jurídica, cujo objetivo último, sintetizando, consiste na implantação do neoliberalismo a partir da anulação dos processos políticos legítimos como possibilidade de mudança, ou seja, a demonização do público em favor do privado[5]. A premissa por detrás é de que o Estado – e toda a máquina pública - é corrupto e ineficiente, ao passo que o setor privado, ao contrário, é transparente e eficiente. O Direito manipulado serve como arma para bloquear a verdadeira política mediante a aparência de justiça e imparcialidade, e do nobre combate à corrupção, com o apoio imprescindível da mídia hegemônica e das novas mídias[6].

É justamente com base nessa dupla esfera de atuação, judicial e midiática, que entendemos que as expressões *lawfare* ou 'guerra jurídica' não contemplam adequadamente a estratégia de guerra não convencional que vem sendo aplicada na América Latina. São expressões que, a nosso ver, subestimam a esfera midiática da estratégia, quando sabemos que se trata de um componente fundamental e imprescindível, sem o qual a atuação na esfera judicial talvez não contasse com o apoio incondicional da opinião pública. Por isso, a expressão guerra híbrida parece representar com maior precisão esse fenômeno.

---

4 Esses golpes brandos, todavia, podem até deixar de ser brandos e exporem sua faceta militar ou policial, como aconteceu recentemente na Bolívia.

5 Precisamente dois meses após o '*impeachment'* de Dilma Rousseff, o Congresso brasileiro aprovou a lei para retirar da Petrobras o monopólio da exploração dos recursos do Pré-Sal, abrindo espaço para as petroleiras transnacionais. Em meados de 2017, o Congresso aprovou uma reforma trabalhista claramente neoliberal. Em suma, viabilizou-se no Brasil a retomada de um projeto ultraneoliberal derrotado nas urnas, efetivado com retrocessos sociais, destruição de parte essencial da indústria nacional e a nefasta interferência no processo eleitoral brasileiro, tudo sob a condução da Lava Jato, mediante a colaboração criminosa com agências estrangeiras, entre as quais o Departamento de Justiça dos EUA, o FBI e a CIA.

6 ESTEPA, Constanza; MAISONNAVE, Marcelo. "Entrevista a Silvina Romano. El *lawfare* es un concepto en disputa pero no sólo em términos académicos, sino más bien en términos políticos. In: Crítica jurídica y política en Nuestra América. *Lawfare*: un concepto en disputa". *Boletin del Grupo de Trabajo Crítica jurídica y conflitos sociopolíticos*. Editado por Carlos Rivera Lugo, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2021.

Não cabe nesse breve estudo trazer as origens da expressão guerra híbrida e as várias definições que a ela já foram propostas, mas parece haver consenso em considerá-la como estratégia de condução de verdadeiras batalhas sem que, pelo menos em princípio, seja necessário o confronto militar direto. Como estratégia aplicada na América Latina, fica claro que na posição de ataque estão os EUA no intuito de manter sua hegemonia na região. Para tanto, a guerra híbrida pode ser entendida como uma combinação de variados métodos, aplicados simultaneamente ou não, por uma diversidade de atores estatais e não-estatais, públicos e privados, nacionais e internacionais, que atuam em diferentes esferas e em múltiplas dimensões. Nesse sentido, poderíamos compreender a guerra levada a cabo na esfera judicial e na esfera midiática como métodos ou táticas aplicados no contexto da guerra híbrida.

Entretanto, apesar de ser levada a cabo principalmente por meio da esfera judicial e da esfera midiática, a guerra híbrida contempla também, por exemplo, as esferas da segurança e da inteligência. Por outro lado, ocorre simultaneamente em dimensões nacionais – no plural porque envolve mais de uma ordem jurídica estatal - e internacional, e envolve uma diversidade de atores que atuam naquelas esferas, perseguindo interesses também variados, pois políticos, econômicos e geopolíticos, alguns totalmente ocultos da opinião pública, além de contar com uma surpreendente versatilidade, ou a capacidade de adaptação aos contextos nacionais peculiares dos alvos escolhidos. Em termos dessa versatilidade, percebe-se claramente que a guerra híbrida tem sofrido modificações ao longo do tempo, incorporando novas técnicas de perseguição política como o banimento de partidos políticos, o vazamento ilícito de informações confidenciais para a mídia, a prisão antes do trânsito em julgado, o abuso de prisões preventivas, e o uso massivo de delações premiadas, por exemplo, impondo o medo a partir de uma espécie de terrorismo de Estado e, como propõe Silvina Romano, potencializando o *lawfare* em *lawfear*[7].

Na esfera nacional do país alvo, os inimigos políticos escolhidos representam projetos progressistas que ameaçam interesses do capital transnacional e que, além de terem legitimidade democrática, geralmente se caracterizam, com maior ou menor intensidade, por compromissos com a justiça social e com a afirmação de sua soberania[8], e ainda por serem ou terem sido mais eficientes de qualquer ponto de vista em relação a governos de

---

7 ROMANO, Silvina; Vollenweider, Camila. *¿Lawfare* o lawfear? La guerra judicial y el miedo. *CELAG*. Disponível em: https://www.celag.org/lawfare-o-lawfear-la-guerra-judicial-y-el-miedo/. Acesso em: 12 mar. 2021.

8 AMORIM, Celso; PRONER, Carol. *Lawfare et géopolitique*: focus sur l'Amérique Latine. IRIS: ANALYSE #2 – PROGRAMME AMÉRIQUE LATINE / CARAÏBE, Janvier 2021. Disponível em: https://www.iris-france.org/wp-content/uploads/2021/01/2-Prog-Amerique-Latine-Caraibe-Janvier-2021.pdf. Acesso em: 18 jan. 2021.

cunho neoliberal[9]. O objetivo último da guerra híbrida, portanto, consiste na imposição do neoliberalismo mediante a obstrução de qualquer projeto alternativo de sociedade, o que denota claramente a faceta geopolítica da guerra híbrida.

Por outro lado, a multidimensionalidade da estratégia permite a articulação entre dimensões nacionais, a dimensão internacional regional e a dimensão internacional universal. Há, por isso, uma enorme diversidade de atores envolvidos, que incluem operadores do sistema de justiça do Estado alvo – Poder Judiciário, Ministério Público, Polícia Federal - operadores de sistemas de justiça estrangeiros, principalmente dos EUA; agências públicas estrangeiras; agências privadas estrangeiras; organizações não-governamentais estrangeiras; organizações internacionais de âmbito regional e universal; organizações não-governamentais que atuam no plano internacional regional e universal; setores privados nacionais e transnacionais.

Conforme foi observado, no plano nacional do Estado alvo, a guerra híbrida é travada diretamente contra inimigos políticos e seus respectivos projetos, viabilizando a implantação do neoliberalismo traduzido em reformas estratégicas, privatizações e acesso a recursos estratégicos como petróleo, gás, metais, água e biodiversidade. Aqui fica visível o lado militar da ofensiva, já que em outros contextos esses objetivos seriam perseguidos via guerras tradicionais. Paralelamente, e na dimensão nacional dos EUA, a guerra híbrida pode também ser acompanhada de sanções econômicas diversas, como aquelas que são aplicadas contra empresas públicas, mistas ou privadas do Estado alvo, consideradas estratégicas, por meio da utilização de mecanismos transnacionais de persecução, da aplicação extraterritorial de legislação dos EUA sem elementos de conexão suficientes, no território deste país. A imposição dessas sanções está vinculada a um arcabouço normativo e institucional, nacional e internacional, que assegura sua viabilidade.

A principal dessas legislações é o *Foreign Corrupt Practices Act* - FCPA, ou Lei Anticorrupção dos EUA, adotado em 1977, primeiro diploma legal a tratar do combate à corrupção transnacional. Simplificando, o FCPA passou a exigir requisitos de transparência contábil e a determinar sanções por suborno de funcionários estrangeiros, a fim de restaurar a confiança pública na integridade do sistema empresarial dos EUA após o escândalo do *Watergate*[10]. Após uma emenda em 1988, que objetivou adequar o FCPA às previsões da Convenção Antissuborno da OCDE de 1997, o FCPA passou a ter como objetivo prevenir, investigar e punir atos de corrupção e suborno de indivíduos, empresas e funcionários dos

---

9 ROMANO, Silvina. *Lawfare*: ¿guerra judicial o guerra política? Disponível em: https://eltopo.tejido.io/lawfare-guerra-judicial-o-guerra-politica/ Acesso em: 12 mar. 2021.

10 FCPA. *The Foreign Corrupt Practices Act of 1977*. Disponível em: https://www.justice.gov/criminal--fraud/foreign-corrupt-practices-act

EUA, bem como estrangeiros, em virtude de mecanismos de extensão e aplicação extraterritorial, mesmo sem conexão com empresas, funcionários ou indivíduos dos EUA. É por isso que tem operado como mecanismo de poder geopolítico, potencializando a guerra híbrida ao ampliar a jurisdição extraterritorial dos EUA. Essa extraterritorialidade ocorre bilateralmente e em coordenação com vários organismos, por vezes inclusive violando normas internacionais[11].

No âmbito do direito estadunidense, a aplicação do FCPA conta com uma estrutura institucional ampla, que inclui o *Department of Justice* - DOJ, ou Departamento de Justiça, responsável pelo processo criminal, a *Securities and Exchange Commission* - SEC, que equivale à Comissão de Valores Mobiliários, responsável pelo processo civil, além da colaboração com outras agências importantes como o *Department of the Treasury* – DOT, ou Departamento do Tesouro, e seu *Office of Foreign Assets Control* ou Escritório de Controle de Ativos Estrangeiros, conhecido como OFAC. O OFAC administra e aplica sanções econômicas e comerciais com base na política externa dos EUA e nos objetivos de segurança nacional. As políticas do OFAC proíbem ou restringem a realização de transações de determinados produtos, com determinados países, determinadas pessoas físicas ou jurídicas. Para divulgar os embargados ou restritos, o OFAC publica regularmente uma lista conhecida como *SDN list – "Specially Designated Nationals" ("SDNs")* ou "Nacionais Especialmente Designados". Os ativos dos integrantes da lista podem ser bloqueados e os nacionais dos EUA estão proibidos de negociar com eles.

Por outro lado, o *Federal Bureau of Investigation* – FBI tem sido historicamente o principal parceiro do DOJ nos casos do FCPA, e uma das suas prioridades é combater a corrupção, uma vez considerada como ameaça à segurança nacional[12]. Em 2008, o FBI criou a *International Corruption Unit* - ICU ou Unidade de Corrupção Internacional, que funciona como a principal entidade investigativa no combate à corrupção estrangeira. A *National Security Agency* - NSA, ou Agência de Segurança Nacional, integra o *Department of Defense* – DOD ou Departamento de Defesa dos EUA e é responsável pela chamada "cibersegurança" e por fornecer *Foreign Signals Intelligence* – SIGINT, ou Inteligência de Sinais Estrangeiros, aos órgãos governamentais. A Agência coleta, processa e divulga informações de inteligência de sinais eletrônicos estrangeiros para fins de inteligência estrangeira nacional e contra-inteligência e para apoiar operações militares. A partir da securitização

[11] É o caso da violação do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal, também conhecido como MLAT (*Mutual Legal Assistance Treaty*) celebrado entre Brasil e EUA em 1997.

[12] A Lava Jato atuou de forma próxima do FBI em muitas etapas das investigações, pedindo auxílio técnico sem passar pelos canais formais e compartilhando mais com as autoridades dos EUA sobre o andamento dos processos do que com as autoridades brasileiras.

do combate à corrupção, há indícios de que a NSA esteja envolvida em espionagem econômica para fins de aplicação do FCPA.

Para além do arcabouço normativo e institucional estadunidense, é preciso olhar também para o arcabouço internacional no plano regional e universal, tanto normativo quanto institucional, que foi sendo construído a partir do final do século passado e que também viabilizou intensos esquemas de cooperação internacional. Consequentemente, as linhas entre as investigações de corrupção nacionais e internacionais foram se entrelaçando, justamente porque os operadores jurídicos buscam informações e cooperam com os envolvidos em outros países.

Em termos normativos, o primeiro tratado a ser adotado foi a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA 1996, que foi seguida pela Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Internacionais da OCDE de 1997, também conhecida como Convenção Antissuborno, que estendeu a aplicação do FCPA, e por fim pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003.

No âmbito institucional, o FCPA também opera através de organizações internacionais. Uma delas é a *Financial Action Task Force* ou Força-Tarefa de Ação Financeira - FATF/GAFI, criada em 1989 por ocasião da Cúpula do G7 realizada em Paris, com o objetivo de formular políticas contra lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, a partir do reconhecimento da ameaça representada para o sistema bancário e as instituições financeiras[13]. O GAFI inclui o trabalho conjunto com organizações regionais, como a Organização dos Estados Americanos - OEA, e organizações nacionais, como as Unidades de Inteligência Financeira – UIF, criadas em cada país.

O Brasil, como membro do GAFI, assumiu o compromisso de criar uma UIF, ou seja, um órgão central nacional responsável por gerenciar informações sobre operações financeiras não usuais que podem representar indícios de ilícitos. A Lei nº 9.6134, de 3 de março de 1998[14], definiu o crime de lavagem de dinheiro e criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF como a UIF brasileira, atuando enquanto coordenador nacional junto ao GAFI e ao Grupo de Ação Financeira da América Latina - GAFILAT. A GAFILAT, é uma organização internacional criada em 2000 com a denominação de Força-Tarefa de Ação Financeira da América do Sul – GAFISUD. É composta de 17 países-membros, 6 países-observadores e diversas organizações observadoras[15], e funciona como instituição

---

13 FATF. *Financial Action Task Force.* Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/about/. Acesso em: 20 fev. 2020.

14 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm Acesso em: 1o mar. 2021.

15 GAFILAT. https://www.gafilat.org/index.php/es/

espelhada no GAFI que atua regionalmente, "com o objetivo de combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação de armas de destruição em massa, mediante o compromisso de melhoria contínua das políticas nacionais de prevenção e controle dessas atividades, bem como o aprofundamento dos diferentes mecanismos de cooperação entre os países membros[16]".

Por fim, outro organismo que atua no plano internacional, no âmbito do sistema de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, é o Grupo de Egmont, grupo informal de 164 unidades de inteligência financeira, unidas em uma plataforma para troca de informações, com o objetivo de cooperação no combate àqueles crimes[17]. O COAF integra o Grupo de Egmont. A Lei nº 13.974, de 7 de janeiro de 2020, o reestruturou e o vinculou administrativamente ao Banco Central, mas suas competências não foram alteradas[18].

Outra característica fundamental da estratégia de guerra híbrida na América Latina diz respeito à justificativa empregada para legitimá-la. Trata-se da luta contra a corrupção, a partir da construção de uma narrativa segundo a qual este seria o principal problema da região. Essa narrativa está presente nas mídias nacionais e internacionais, nos diversos *think-tanks* hegemônicos, e até na estratégia do Comando Sul dos EUA. Pode-se dizer que como tática da guerra híbrida, a narrativa começou a ser construída desde o ajuste estrutural da década de 1980 com as organizações e instituições que atuaram para instalar o neoliberalismo na região, como o Banco Mundial (BM), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e a *United States Agency for International Development* - USAID ou Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional. A ideia por detrás do ajuste estrutural foi justamente substituir o 'público corrupto' pelo 'privado ideal', considerando-se "a lógica empresarial como o horizonte da práxis política[19]". Com a chegada dos governos progressistas, e com mais força no final da primeira década do século XXI, essa foi a principal bandeira utilizada para desmoralizar esses governos, qual seja, a corrupção foi tida como um "câncer" ou uma "epidemia" que corrói as bases do Estado democrático de direito.

---

16 GAFILAT. https://www.gafilat.org/index.php/es/

17 EGMONT GROUP. https://egmontgroup.org/en

18 COAF. https://www.gov.br/coaf/pt-br Desde os processos no âmbito do chamado "Mensalão", o COAF vem produzindo uma enorme quantidade de relatórios de inteligência sobre transações financeiras, responsáveis por fornecer informações para as investigações criminais do país sobre corrupção e lavagem de dinheiro.

19 ROMANO, Silvina; TIRADO, Arantxa. *Lawfare* y guerra híbrida: la disputa geopolítica en América Latina. *CELAG*. Disponível em: https://www.celag.org/lawfare-guerra-hibrida-disputageopolitica-america-latina/. Acesso em: 12 mar. 2021.

A título de exemplo, a organização não-governamental Transparência Internacional - TI, que publica os chamados "índices de percepção de corrupção", alerta para o fato de que altos níveis de corrupção no setor público podem favorecer a assunção de "governos populistas", o que seria um grave perigo[20]. Não é por acaso que essa visão de mundo centrada na corrupção como causa da pobreza faz sentido se considerarmos as conexões desta fundação, que tem como uma de suas fontes de financiamento a Fundação Bill e Melinda Gates, um dos principais "doadores" no mercado de assistência global, conhecida por seu poder de lobby e seu relacionamento estreito com a elite global[21]. Aliás, veio à tona o envolvimento suspeito da TI na tentativa de criação da chamada "Fundação Lava Jato", que pretendia constituir o Ministério Público de Curitiba para gerir os recursos provenientes do acordo de assunção de compromissos, firmado entre o MPF e a Petrobrás[22].

Paralelamente, ocorre o fenômeno da "securitização do combate à corrupção", ou seja, se passa a considerar que a corrupção representa uma ameaça indireta aos interesses de segurança nacional dos EUA. Na Estratégia do Comando Sul dos EUA, atualizada para 2019 e em vigor até hoje, a corrupção é equiparada e tratada da mesma forma que outras ameaças à segurança e estabilidade dos EUA e ao hemisfério, como narcotráfico, terrorismo, lavagem de dinheiro e proliferação de armas de destruição em massa[23], levando a uma redefinição do chamado "eixo do mal" para incluir a corrupção e considerá-la como o pior dos males, na medida em que enfraquece os governos, os expõe aos crimes transnacionais e abala a democracia[24]. Ademais, é recorrente o apelo à cooperação internacional e troca de informações e de inteligência com os aliados e parceiros.

Considerando a multidimensionalidade da Operação Lava Jato e seu papel no contexto da guerra híbrida, voltamos à questão levantada pelo Ministro Lewandowski: *cui pro-*

---

20 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepção de corrupção de 2016*: Círculo vicioso de corrupção e desigualdade deve ser combatido (comunicado de imprensa). Disponível em: https://www.transparency.org/en/press/corruption-perceptions-index-2016-vicious-circle-of-corruption-and-inequali. Acesso em: 12 maio 2021.

21 ROMANO, Silvina. ¿Es la corrupción el problema de América Latina? *CELAG*. Disponível em: https://www.celag.org/la-corrupcion-problema-america-latina-2/ Acesso em: 14 abr. 2021.

22 RICOBOM, Gisele. Fundação Lava Jato e as Estratégias de Ampliação do Poder Político do Ministério Público Federal. *In:* STRECK, Lenio Luiz; PRONER, Carol; CARVALHO, Marco Aurélio de; SANTOS, Fabiano Silva dos (orgs.). *Livro das parcialidades*. Rio de Janeiro: Telha, 2021, 228 p.

23 U.S. SOUTHERN COMMAND. *United States Southern Command Strategy. Enduring Promise for the Americas*. Disponível em: https://www.southcom.mil/Portals/7/Documents/SOUTHCOM_Strategy_2019.pdf?ver=2019-05-15-131647-353. Acesso em: 1º mar. 2021.

24 ROMANO, Silvina. *Lawfare*: ¿guerra judicial o guerra política? Disponível em: https://eltopo.tejido.io/lawfare-guerra-judicial-o-guerra-politica/. Acesso em: 12 mar. 2021.

*dest*? Com relação à Petrobrás, a quem interessou a privatização do Pré-sal? E com relação ao caso Odebrecht, vinculada a inúmeras obras de infraestrutura em âmbito regional, quem vai assumir as concessões e projetos que a construtora não pode mais operar na América Latina? Em ambos os casos, seria o setor privado estadunidense? E veja-se que o caso da Odebrecht é considerado a maior penalidade monetária imposta (US$3,6 bilhões) pelas autoridades judiciais dos EUA na história do FCPA, e que o processo contra a Petrobras está localizado na quarta posição (1,8 bilhão de dólares)[25].

Ora, seria de fato a corrupção o maior problema da América Latina? Ou será a região, na perspectiva dos EUA, destinada a ser seu eterno *backyard*?

A reação e a blindagem contra essa nova e letal estratégia de guerra híbrida exige a compreensão de suas engrenagens, a atenção para programas internacionais de formação jurídica destinados a agentes brasileiros e para as relações destes com organismos estrangeiros; a discussão da regulamentação e democratização da mídia; e sobretudo, é fundamental distinguir essa estratégia da verdadeira luta anticorrupção, aquela que deve ocorrer dentro dos parâmetros da legalidade e em respeito ao Estado democrático de direito. Daí a importância de o STF reconhecer a multidimensionalidade da Operação Lava Jato e dos julgamentos envolvendo o ex-Presidente Lula, conduzidos no âmbito do maior escândalo judicial da história brasileira.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Celso e PRONER, Carol. *Lawfare et géopolitique*: focus sur l'Amérique Latine. IRIS: ANALYSE #2 – PROGRAMME AMÉRIQUE LATINE / CARAÏBE, Janvier 2021. Disponível em: https://www.iris-france.org/wp-content/uploads/2021/01/2-Prog-Amerique-Latine-Caraibe-Janvier-2021.pdf. Acesso em: 18 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 1o mar. 2021.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF). Disponível em: https://www.gov.br/coaf/pt-br. Acesso em: 18 jan. 2021.

EGMONT GROUP. Disponível em: https://egmontgroup.org/en. Acesso em: 18 jan. 2021.

ESTEPA, Constanza; MAISONNAVE, Marcelo. "Entrevista a Silvina Romano. El *lawfare* es un concepto en disputa pero no sólo em términos académicos, sino más bien en términos políticos. In: Crítica jurídica y política en Nuestra América. *Lawfare*: un concepto en disputa". *Boletin del Grupo de Trabajo Crítica jurídica y conflitos sociopolíticos*. Editado por Carlos Rivera Lugo, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2021.

[25] http://fcpa.stanford.edu/index.html

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/about/. Acesso em: 20 fev. 2020.

GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA (GAFILAT). Disponível em: https://www.gafilat.org/index.php/es/. Acesso em: 12 mar. 2021.

RICOBOM, Gisele. Fundação Lava Jato e as Estratégias de Ampliação do Poder Político do Ministério Público Federal. *In:* STRECK, Lenio Luiz; PRONER, Carol; CARVALHO, Marco Aurélio de; SANTOS, Fabiano Silva dos (orgs.). *Livro das parcialidades*. Rio de Janeiro: Telha, 2021, 228 p.

ROMANO, Silvina. ¿Es la corrupción el problema de América Latina? *CELAG*. Disponível em: https://www.celag.org/la-corrupcion-problema-america-latina-2/ Acesso em: 14 de abril de 2021.

ROMANO, Silvina. *Lawfare:* ¿guerra judicial o guerra política? Disponível em: https://eltopo.tejido.io/lawfare-guerra-judicial-o-guerra-politica/. Acesso em: 12 mar. 2021.

ROMANO, Silvina; TIRADO, Arantxa. *Lawfare* y guerra híbrida: la disputa geopolítica en América Latina. *CELAG*. Disponível em: https://www.celag.org/lawfare-guerra-hibrida-disputageopolitica-america-latina/. Acesso em: 12 mar. 2021.

ROMANO, Silvina; VOLLENWEIDER, Camila. ¿*Lawfare* o lawfear? La guerra judicial y el miedo. *CELAG*. Disponível em: https://www.celag.org/lawfare-o-lawfear-la-guerra-judicial-y-el-miedo/ Acesso em: 12 mar. 2021.

STANFORD FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT CLEARINGHOUSE. Disponível em: http://fcpa.stanford.edu/index.html. Acesso em: 12 maio 2021.

THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT OF 1977 (FCPA). Disponível em: https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act. Acesso em: 12 mar. 2021.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Disponível em: https://www.transparency.org/en/press/corruption-perceptions-index-2016-vicious-circle-of-corruption-and-inequali: Acesso em: 12 maio 2021.

UNITED STATES SOUTHERN COMMAND STRATEGY (U.S. SOUTHERN COMMAND). Enduring Promise for the Americas. Disponível em: https://www.southcom.mil/Portals/7/Documents/SOUTHCOM_Strategy_2019.pdf?ver=2019-05-15-131647-353: Acesso em: 1º mar. 2021.

Capítulo 3

# OS EFEITOS DO PODER DA MÍDIA NA DEMOCRACIA E A RELAÇÃO COM O *LAWFARE* NA AMÉRICA LATINA

*Luís Renato Vedovato*[1]
*Maria Carolina Gervásio Angelini de Martini*[2]
*Viviane de Arruda Pessoa Oliveira*[3]

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. CONCEITO DE *LAWFARE;* 2. O CASO DREYFUS?: ANTISSEMITISMO E UTILIZAÇÃO DO APARELHO JUDICIAL DO ESTADO COMO INSTRUMENTO OPRESSOR DA IDEOLOGIA NACIONALISTA NO ESTADO FRANCÊS; 3. *LAWFARE*, MÍDIA E DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

---

1 Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Internacional Público da PUC de Campinas. Professor Doutor da UNICAMP do Mestrado e Doutorado em Educação da Faculdade de Educação. Pesquisador de Projetos de pesquisa conjuntos (Cardiff University e UNICAMP). Membro do Academic Advisory Group of the Global Center for Legal Innovation on Food Environments (" Global Center") do O´Neil Institute for National and Global Health Law (Georgetown University).

2 Doutoranda em Educação pela UNICAMP. Possui mestrado em Direito pela UNIMEP. Especialista em Direito Constitucional pela UNICAMP.Graduada em Direito pela PUC de Campinas. Professora de Direito Internacional na PUC Minas em Poços de Caldas, na PUC de Campinas (curso de Relações Internacionais) e no UNASP em Hortolândia.

3 Doutoranda em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da USP. Possui mestrado em Direito pela UNIMEP. Especialista em Direito Constitucional pela UNICAMP e em Direito Administrativo pela UFPE. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Professora de Direito Administrativo, Constitucional e Direitos Humanos na USF.

## INTRODUÇÃO

Na América Latina, movimentos políticos e grupos de poder vem agindo de forma a atingir e restringir os movimentos sociais, ideologias político-partidárias e a conquista de Direitos Humanos Sociais, especialmente na última década.

O alvo eleito é afetado especialmente pela circulação e propagação de ideias às massas em ambiente virtual, utilização da máquina judiciária, programas políticos, mecanismo legislativos e discursos inflamados alimentandos nas redes sociais pelos chefes e "donos" do poder nos meios virtuais, de forma rápida e certeira, a fim de garantir o silêncio desses e convencimento da população para manutenção de uma ideologia política opressora, comprometendo as bases Democráticas.

Nesse sentido insere-se o *lawfare,* uma forma contemporânea de reprimir movimentos democráticos, através da utilização do aparelho do Estado, por medidas institucionais , legislativas e processuais, como arma de guerra, para destruição de um inimigo e alvo certo. Percebe-se, assim, que nesta polarização de ideias e de conquistas de direitos.

A estratégia não é nova. Por diversas vezes na História é perceptível a manipulação de determinado líder ou grupo político utilizado de um poder opressor, através de um mecanismo processual condenatório sem o devido processo legal, elegendo um inimigo, facilmente manipulado, para garantia da perpetuação de ideológica que impede a conquistas e avanços sociais das minorias. Porém, a pessoa manipulada pelas notícias falsas hoje sente que pode interagir com essa história, ao contrário do "homo videns", identificado por Giovanni Sartori [4], que apenas assistia impassível às notícias.

Dessa forma, o presente artigo, analisando conceitualmente esse instrumento, parte da origem histórica do caso Dreyfus, na França, em 1894 que, em 1894, face ostentar origens judaicas, e vítima manifesta de um movimento nacionalista e anti-semita do exercício francês, a fim de demonstrar que o mesmo mecanismo vem sendo utilizado em diversos países na América Latina e no Brasil, de forma a extirpar novas conquistas e movimentos sociais democraticamente eleitos.

A intensificação dessa prática, revela-se uma ameaça às bases democráticas presentes, especialmente, pela fácil propagação e condenação do inimigo por parte da população, como se demonstrará, através de dados, bibliografia e notícias a partir de um método lógico-dedutivo, devendo ser reprimida e perseguida a fim de garantir a proteção de Direitos Humanos consagrados.

---

[4] SARTORI, Giovanni. *Homo Videns - Televisão e pós pensamento.* Ed. EDUSC. Florianópolis, 2001, p. 27

## 1 CONCEITO DE *LAWFARE*

O *lawfare* é um fenômeno novo e que ainda busca consolidar sua conceituação, sendo que *law* vem de lei e *warfare* de guerra, daí o motivo pelo qual muitos o entendem como um mecanismo de guerra judicial[5]. A expressão foi utilizada pela primeira vez por Carlon e Yeomans ao abordarem a respeito de mediação e de solução pacífica de conflitos, a fim de se referir a um "refinamento de técnicas em que a lei seria utilizada em substituição ao combate bélico propriamente dito"[6]. Posteriormente, Lian e Xiangsui[7] trouxeram disposição alegando que a guerra não consiste apenas em batalhas, mas que pode se dar mediante norma jurídica- uma técnica de derrota sem utilizar de um confronto militar. E, após o atentado do dia 11.09.2001 nos EUA, a perspectiva é que a lei passa a ser vista e usada pelo Estado com o intuito de pôr fim e de punir os indivíduos considerados lesivos ou inimigos aos interesses da sociedade- "uso da lei como arma de guerra se dá como forma de estabilizar a política de combate ao terrorismo implementada pelos Estados Unidos(DUNLAP, 2001, p. 2)"[8].

Dunlap apresenta o *lawfare* como um meio de guerra, de forma que o direito é a ferramenta para obtenção dos anseios militares, mas, posteriormente, o autor altera seu entendimento e insere o instituto como àquele em que a lei vem substituir o meio militar tradicional[9]. Em outro trabalho, o referido dispõe que *lawfare* é um meio neutro ideolo-

---

5 AZAR, I. R.; MOTTA, L. T. da. Violência de Gênero e *Lawfare*: uma análise dos casos Dilma Rousseff e Cristina Fernández de Kirchner. *Resenha Eleitoral*, Florianopolis, SC, v. 23, n. 1, p. 213–230, 2019. DOI: 10.53323/resenhaeleitoral.v23i1.117. Disponível em: https://revistaresenha.emnuvens.com.br/revista/article/view/117. Acesso em: 12 set. 2021.

6 COSTA, Fabrício Veiga; CAMPOS, Alisson Thiago de Assis. *LAWFARE* E PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: A CONSTRUÇÃO PARTICIPADA E RACIONAL DO MÉRITO PROCESSUAL. *Revista de Direito Brasileira Florianópolis*, SC, v. 27, n. 10, p. 178-200, Set.Dez.2020. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6883/5341. Acesso em: 12 set. 2021.

7 LIANG, Quiao; XIANGSUI, Wang. Unrestrictedwarfare. Disponível em: https://www.oodaloop.com/documents/unrestricted.pdf apud COSTA, Fabrício Veiga; CAMPOS, Alisson Thiago de Assis. *LAWFARE* E PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: A CONSTRUÇÃO PARTICIPADA E RACIONAL DO MÉRITO PROCESSUAL. *Revista de Direito Brasileira Florianópolis*, SC, v. 27, n. 10, p. 178-200, Set.Dez.2020. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6883/5341. Acesso em: 12 set. 2021.

8 COSTA, Fabrício Veiga; CAMPOS, Alisson Thiago de Assis. *LAWFARE* E PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: A CONSTRUÇÃO PARTICIPADA E RACIONAL DO MÉRITO PROCESSUAL. *Revista de Direito Brasileira Florianópolis*, SC, v. 27, n. 10, p. 178-200, Set.Dez.2020. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6883/5341. Acesso em: 12 set. 2021.

9 Dunlap Jr., Charles J. "*Lawfare* Today…and Tomorrow". Em International Law and the Changing Character of War (US Naval War College International Law Studies, Vol. 87, 2011), editado por Raul A. Pedrozo e Daria P. Wollschlaeger. Newport: Naval War College. 2011. Disponível em: https://scholar-

gicamente e pode ser usado por qualquer lado num conflito, o que evitaria inserções de movimentos bélicos e de violência física.[10]

A perspectiva é de se usar o direito para poder deslegitimar aquele que é visto como um inimigo. Se a lei é a forma de se concretizar a justiça e a segurança social, todos os que se apresentam como inimigos aos interesses sociais, por gerarem instabilidade, devem ser repelidos, razão pela qual o *lawfare* se insere como promovedor de justiça social. Kittrie[11] alega que, para um ato ser visto como *lawfare*, é fundamental que aquele que o praticou use o direito para ter um efeito igual ou semelhante ao que a ação militar possui, bem como que a justificativa é enfraquecer ou destruir alguém que é inserido como um adversário

Todavia, o olhar de justiça social nem sempre é verídico, posto que, conforme elucidado por Costa e Campos, o *lawfare* pode ser consolidado pela "da manipulação das leis, dos procedimentos e dos entendimentos jurisprudenciais, com o objetivo de atingir determinados indivíduos e organizações qualificadas como ´inimigos políticos´". Em outras palavras, Geraldo Barros Filho, Athena Farias e Gislene de Oliveira mencionam que, nestes casos, o direito é usado de forma errônea para se atingir um objetivo militar, político, econômico e etc, tendo as seguintes características:

> a) A manipulação do sistema legal. b) Dar aparência de legalidade para perseguições políticas. c) A utilização de processos judiciais sem qualquer mérito, sem conteúdo, com acusações frívolas. d) Abuso do direito para danificar e para deslegitimar um adversário. e) Promoção de ação judicial para descredibilizar o oponente. f) Tentativa de influenciar a opinião pública. g) Utilização da lei para obter publicidade

ship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2465/ apud COSTA, Fabrício Veiga; CAMPOS, Alisson Thiago de Assis. *LAWFARE* E PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: A CONSTRUÇÃO PARTICIPADA E RACIONAL DO MÉRITO PROCESSUAL. *Revista de Direito Brasileira Florianópolis*, SC, v. 27, n. 10, p. 178-200, Set.Dez.2020. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6883/5341. Acesso em: 12 set. 2021.

10 Dunlap Jr., Charles J. "*Lawfare* Today…and Tomorrow". Em International Law and the Changing Character of War (US Naval War College International Law Studies, Vol. 87, 2011), editado por Raul A. Pedrozo e Daria P. Wollschlaeger. Newport: Naval War College. 2011. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2465/ apud COSTA, Fabrício Veiga; CAMPOS, Alisson Thiago de Assis. *LAWFARE* E PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: A CONSTRUÇÃO PARTICIPADA E RACIONAL DO MÉRITO PROCESSUAL. *Revista de Direito Brasileira Florianópolis*, SC, v. 27, n. 10, p. 178-200, Set.Dez.2020. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6883/5341. Acesso em: 12 set. 2021.

11 KITTRIE, Orde F. *Lawfare*: law as a weapon of war. New York: Oxford University Press, 2016 apud COSTA, Fabrício Veiga; CAMPOS, Alisson Thiago de Assis. *LAWFARE* E PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: A CONSTRUÇÃO PARTICIPADA E RACIONAL DO MÉRITO PROCESSUAL. *Revista de Direito Brasileira Florianópolis*, SC, v. 27, n. 10, p. 178-200, Set. Dez.2020. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6883/5341. Acesso em: 12 set. 2021.

> negativa ou opressiva. h) Judicialização da política: a lei como instrumento para conectar meios e fins políticos. i) A promoção da desilusão popular. j) A crítica àqueles que usam o direito internacional e os processos judiciais para fazer reinvindicações contra o Estado. k) A utilização do direito como forma de constranger e punir o adversário. l) Acusação das ações dos inimigos como imorais e ilegais, com o fim de frustrar objetivos contrários[12].

Percebe-se, assim, que a referida prática é construída como um espaço aparentemente legal, uma vez que, por as manipulações dos institutos jurídicos acontecerem, e até mesmo do Poder Judiciário, e por buscarem realizar um interesse político, é possível se dizer que o *lawfare* se apresenta como uma postura antidemocrática, contra os instrumentos de Direitos Humanos e constitucionais[13]. Tal circunstância pode ensejar em medidas arbitrárias e ilegais, com a justificativa de se estar combatendo a criminalidade e que, no Brasil, é palco, por vezes, de violação a princípios constitucionais.

Corrobora com isso o pensamento de Costa e Campos:

> Em um espaço conflituoso e eminentemente hostil, como aquele em que costumam se dar os embates penais, a manipulação circunstancial dos entendimentos jurisprudenciais e da aplicação das leis, transformando-os em instrumento de perseguição, afigura-se como uma ofensa aos princípios democráticos que devem reger o processo penal. A hermenêutica é utilizada pelos julgadores e Ministério Público para a construção simbólica de interpretações e argumentações retóricas que privilegiam a eliminação silenciosa (não bélica) desses sujeitos. Constrói-se o que se denomina "jurisprudência defensiva", reflexo de interpretações antidemocráticas, pois a lei é utilizada como um símbolo de exclusão e marginalidade daqueles que agem contrariamente aos interesses estatais e, por isso, são categorizados como inimigos do Estado. O processo construído a partir das matrizes trazidas pelo *lawfare* funda-se na autocracia e discricionariedade judicial, que prima pelo protagonismo do julgador na interpretação e aplicação da lei, já que não permite que o acusado construa dialeticamente o provimento final de mérito[14].

---

12 BARROS FILHO, Geraldo Carreiro; FARIAS, Athena de Albuquerque; DE OLIVEIRA, Gislene Farias. Considerações sobre o Instituto do *Lawfare*. *Id on Line Rev. Psic*. V.10, N. 33. Supl. 2. Janeiro 2017. Disponível em: https://idonline.emnuvens.com.br/id. Acesso em: 12 set. 2021.

13 AZAR, I. R.; MOTTA, L. T. da. Violência de Gênero e *Lawfare*: uma análise dos casos Dilma Rousseff e Cristina Fernández de Kirchner. *Resenha Eleitoral*, Florianopolis, SC, v. 23, n. 1, p. 213–230, 2019. DOI: 10.53323/resenhaeleitoral.v23i1.117. Disponível em: https://revistaresenha.emnuvens.com.br/revista/article/view/117. Acesso em: 12 set. 2021.

14 COSTA, Fabrício Veiga; CAMPOS, Alisson Thiago de Assis. *LAWFARE* E PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: A CONSTRUÇÃO PARTICIPADA E RACIONAL DO MÉRITO PROCESSUAL. *Revista de Direito Bra-*

No Brasil, o processo deve se reger pela igualdade e ter como base os Direitos Humanos. No entanto, conforme se observará posteriormente, é notável que a mídia vem produzindo efeitos na apreciação de dilemas e na aplicação da lei, uma vez que, inserindo sujeitos como possíveis culpados, desenvolve sentimentos nos próprios aplicadores da norma que passam a não mais se ater ao dispositivo legal, já que são envolvidos por questões pessoais. A presença da parcialidade passa a ser comum e a mídia é uma das responsáveis por inserir sujeitos como inimigos.

## 2 O CASO DREYFUS?: ANTISSEMITISMO E UTILIZAÇÃO DO APARELHO JUDICIAL DO ESTADO COMO INSTRUMENTO OPRESSOR DA IDEOLOGIA NACIONALISTA NO ESTADO FRANCÊS

O caso Dreyfus consta como o primeiro caso moderno de utilização de instrumento político estatal e de manipulação social midiática para convencimento e formação de um inimigo assim eleito por um Estado.

Na situação, relata-se a história vivenciada, no Século IXX, por um Tenente alsaciano, de origem judaica, do exército, Alfred Dreyfus, que sofreu acusação de traição do Estado Francês sob alegação de que estaria passando informações confidenciais para o Estado alemão, principal inimigo da França na época. Em uma investigação rápida e manipulada, em 1894, Dreyfus é preso e condenado e enviado para ilha do Diablo, uma ilha na Guiana francesa, famosa por seus maus tratos e tortura dos prisioneiros na época, onde ele passa 3 (três anos). A atuação dos oficiais na sua condenação é justificada por BEGLEY ao observar:

> Dreyfus, o único oficial judeu em treinamento no Estado-maior estava fadado a ser apontado. O Antissemitismo – tanto o já tradicional antissemitismo religioso, como também o econômico e racial – atingira uma intensidade nunca vista antes na França[15]

Assim, o que se revela por traz do caso é a manifesta intenção de promover uma onda nacionalista para fortalecer o antissemitismo da população francesa, estourando diversas ondas nacionalistas e discursos e ações contra os judeus a partir da manipulação de tal sistema. Tanto é assim que Correa dispõe:

---

*sileira Florianópolis*, SC, v. 27, n. 10, p. 178-200, Set. Dez.2020. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6883/5341. Acesso em: 12 set. 2021.

15 BEGLEY, Louis. *O caso Dreyfus*. Editora Companhia das Letras, 2010.

> Com o crescimento do antissemitismo e a ampla divulgação do caso pela imprensa, Dreyfus tornou-se presa fácil dos interessados em incriminá-lo. A opinião pública manipulada pela imprensa voltou-se rapidamente contra o acusado e clamou por justiça. Antes de ser conduzido à prisão, no entanto, o capitão judeu fora expulso do Exército, sendo ainda vítima de um ato de humilhação no pátio da Escola Militar em Paris. Tudo devidamente documentado pela imprensa e testemunhado pela multidão espectadora[16]

Entretanto, o caso provocou, não obstante a manipulação do sistema de justiça, uma enorme mobilização social na França, dividindo a população em dois grupos contra ou a favor do oficial. Se por um lado, diante influência da mídia e debates sociais, alimentou-se uma ideologia política da direita, contra os judeus, utilizando o Dreyfus como alvo central, provocando um movimento nacionalista e antissemita no país. De outra sorte, impulsionada pela ação da família do Dreyfus, parte da população e a camada de intelectuais da França e do mundo, trouxe a indignação da manipulação de tal sistema, contra injustiça e inocência do acusado, trazendo manifestações consistente de combate a tal recurso, em proteção à defesa de direitos humanos e oposição à tal manipulação.

Nesse sentido, um dos instrumentos propulsores do debate foi a famosa carta aberta de Emyle Zola, " J` `accuse"[17] , enviada para o Presidente Francês pela contestação ao julgamento. Rui Barbosa relata a importância do documento, advertindo que somente em 1898, Zola, convencido da inocência do réu, considerou o caso o monumento mais execrável da infâmia Humana, sendo instrumento de convencimento da população pela mídia e intelectuais. [18]

Nesse período, importante constatar que o potencial da formação de opinião e instrumento de guerra da imprensa na época foi um fato propulsor, assim como as mídias sociais atualmente. Afinal, como assevera Gómez (2020), a mídia teve e tem um grande papel na formação da opinião pública em casos dessa natureza:

> Em março de 1899, no Rio de Janeiro, Rui Barbosa então redator-chefe d´ A Imprensa escreve um conjunto de editoriais que refletem as novas repercussões e desdobramentos do caso Dreyfus na França. Nesses textos jornalísticos, Rui Barbosa desenvolve um dos problemas para ele de maior relevância: a relação entre a opinião pública e os tribunais, tema que o preocupava desde tempo atrás.[19]

---

16 CORRÊA, Patrícia Alves Carvalho. *A verdade em marcha:* o caso Dreyfus. PESQUISAS E PRÁTICAS EM ENSINO DE FRANCÊS, p. 57.

17 ZOLA, Émile. *Eu acuso!| O processo do capitão Dreyfus*. hedra, 2007.

18 BARBOSA, Ruy. *O processo do capitão Dreyfus*. EDIPRO, 2020.

19 GÓMEZ, Hernán E. *Rui Barbosa, a imprensa europeia e a crença na opinião*.

A justiça militar francesa, embora mantendo a condenação de Dreyfus, diante da pressão para retirá-lo da ilha do Diabo, concedeu uma espécie de indulto, um tipo de perdão, devolvendo-o à França, sem, no entanto, retirar-lhe a condenação e o reconhecimento de que não era de sua autoria. Neste sentido observa Briskievicz que:

> No mês de junho de 1899 o presidente francês eleito Émile Loubet de orientação liberal e defensor de Dreyfus conseguiu uma ampla revisão do processo criminal de condenação. A cobertura da imprensa francesa e internacional sobre o caso permitiu que as informações se tornassem compartilhadas em toda a Europa, criando o acirramento da questão judaica, em defensores e detratores do capitão Dreyfus, o que no fundo significa aceitar ou não a assimilação nas Forças Armadas de um judeu. A sentença revista acabou por manter a condenação de Dreyfus por crime de traição à pátria francesa. Contudo, Dreyfus recebeu o indulto do presidente Loubet em 19 de setembro de 1899. O perdão presidencial restituiu a liberdade ao capitão Dreyfus formalmente, pois ela só se efetivou em 1906, quando o aliado de Dreyfus, Clemenceau, assumiu a presidência do estado francês. No dia 12 de julho, a Corte de Cassação reviu e anulou o julgamento de Rennes e fez-se a reabilitação de Dreyfus.[20]

Como se pode ver, o caso Dreyfus, foi um dos primeiros casos de *Lawfare,* utilizando um sistema de justiça, para promover uma ideologia política, sem o devido processo legal, com ausência de uma instrução probatória regular. A estratégia em casos dessa natureza é promover um sistema de justiça manipulado, sem o devido processo legal e democrático, para promoção de discursos de ódio, objetivando combater programas reacionários e discursos protetivos, progressista e de promoção de Direitos humanos, o que como se verificará tem sido prática reiterada na mídia digital na América Latina.

## 3 *LAWFARE*, MÍDIA E DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA

É notável que, dentre os direitos fundamentais, o direito à informação se destaca, seja pelo fato de ser uma via para a concessão da liberdade de escolha, seja para se ter ciência dos acontecimentos mundiais. José Afonso da Silva[21] alega que a liberdade pode promover realização pessoal, o desenvolvimento da sociedade e da democracia, bem

[20] BRISKIEVICZ, Danilo Arnaldo. "O espetáculo geral do nosso tempo": o caso Dreyfus e o antissemitismo moderno, a partir de Hannah Arendt. *Humanidades e Tecnologia* (FINOM), v. 31, n. 1, p. 05-24, 2021.

[21] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 237.

como que esta é subdividida em de informação, de circulação, religiosa, de escola, mas, neste artigo, a de informação é a que se deve destacar.

A liberdade em comento possui tanto o aspecto de informar as pessoas quanto a manifestação da ideia de uma pessoa[22], o que é encontrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que expressa que a liberdade de opinião e de expressão envolve procurar, transmitir, receber informações e, assim, ter opiniões. E, é possível associá-la a liberdade de expressão, justamente pelo fato de que esta tem como perspectiva o informar e o ser informado[23] .

A mídia colabora com a liberdade de informar e ser informado, uma vez que, pela mensagem e sua respectiva recepção, retrata cenários e situações atuais para os ouvintes e/ou leitores, ora destinatários. Assim, a ideia inicial é a de que ela auxilia na consolidação da democracia, mas, é notável que, por vezes, manipulações acontecem e a ferramenta que deveria auxiliar na compreensão de mundo, passa a ser uma forma de poder. Ou seja, ao invés de levar a informação de forma neutra e imparcial, distorce ou manipula fatos, tendo em vista sua opinião ou ponto de vista, o que pode gerar um controle social. Destaca-se, também, que, atualmente, as *Fake News* ganharam cada vez mais espaços e têm levado informações inverídicas para as pessoas que, acreditando nelas, passam a ter condutas incompatíveis e sem sentido, como o que aconteceu recentemente a respeito da vacina contra a Covid-19.

Nesse sentido, Francisco Fonseca alega que:

> Considerando que essa premissa não necessita ser aprofundada, é fato que a mídia – entendida como o complexo de meios de comunicação que envolve mensagem e recepção, por formas diversas, cuja manipulação dos elementos simbólicos é sua característica central (Eagleton, 1991) – representa uma forma de poder que, nas sociedades "de massa", possui papéis extremamente significativos, tais como: influir na formação das agendas públicas e governamentais; intermediar relações sociais entre grupos distintos (Capelato, 1988); influenciar a opinião de inúmeras pessoas sobre temas específicos; participar das contendas políticas, em sentido lato (defesa ou veto de uma causa, por exemplo) e estrito (apoio a governos, partidos ou candidatos); e atuar como "aparelhos ideológicos" capazes de organizar interesses. Quanto a esses, em determinadas circunstâncias atuam à guisa de "par-

22 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos.* 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 699.

23 SIMAO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. *A fundamentalidade do direito à liberdade de expressão:* as justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na constituição federal de 1988. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/72978/43857. Acesso: 05 out. 2020.

> tidos políticos" ou "intelectuais coletivos e orgânicos" de grupos específicos (Coutinho, 1994). Esses papéis são ocultados sob o lema do "dever da informação", que seria "neutra", "independente", "apartidária" e "a-ideológica", características invariavelmente alegadas pelos órgãos da mídia ao retratar, de forma cabotina, sua atuação. Dessa forma, a mídia, ao participar da esfera pública como "prestadora de serviços", isto é, como entidades de "comunicação social", teria uma função imprescindível nas democracias: informar sobre os acontecimentos levando às pessoas uma gama de dados que, sem esse serviço, não teriam condição de conhecer outras realidades que não as vivenciadas ou relatadas por pessoas próximas . Mais importante, os órgãos da mídia fariam a fiscalização do Estado, exercendo assim a forma mais bem acabada de "controle social": em relação ao dinheiro público, às ações públicas, numa palavra, aos negócios públicos[24].

A mídia sendo utilizada como instrumento de *lawfare* tem o objetivo de reforçar a condenação ao inimigo eleito, atingir ao grupo vulnerabilizado e/ou os direitos humanos sociais que devem ser atacados, como forma de convencimento e influência da população na verdade forjada na manipulação do sistema de justiça. Desse modo, o risco às bases democráticas e manipulação do direito à informação é iniciado desde do início do processo, alimentando-se a ideologia da população como ocorreu no caso Dreyfus na França em 1894 e acontece nos regimes políticos da América Latina nos dias atuais.

Em meio a era digital, as redes sociais, como por exemplo, Twitter, youtube, whatsApp, facebook, apresentam-se como canais propulsores e a mídia digital revela-se uma potente arma de guerra com poucos mecanismos de controle por parte da vítima que tem esse sistema manipulado pelo Estado ou por determinado grupo.

Isso porque no meio digital as ideias de convencimento circulam de forma disseminada e atingem de forma mais veloz diversos espaços e grupos diversos na sociedade simultaneamente. A ausência de possíveis mecanismos de combate, trazem a impossibilidade de defesa. Assim, antes que o inimigo possa exercitar o legítimo direito de defesa diante de uma devido processo legal ou busque legitimar um convencimento de sua inocência perante as massas, ele já estará condenado, o seu processo será oculto e ausência de provas de convencimento e a própria população o privará do instrumento assegurado pelo regime democrático de direito.

---

[24] FONSECA, Francisco. Mídia, poder e democracia: teoria e práxis dos meios de comunicação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 6. Brasília, julho - dezembro de 2011, pp. 41-69. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/6bCYRSVtShSg6wqwhQq6vQQ/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 10 set. 2021.

Da mesma forma, movimentos partidários e ideologias políticas de Direita vem reprimindo determinadas linhas de defesas como movimentos sociais, considerados de um ideologia identitária de esquerda. Nesse ambiente polarizado, os inimigos representativos de certos grupos sociais são colocados em um processo de criminalização cujo principal objetivo é considerá-lo inimigo do Estado como uma máquina de guerra para preservação de uma ideologia política que é oposta pelos donos do poder. Assim, movimentos sociais são facilmente alvos desse tipo de discurso, bem como atores sociais que representam determinado grupo ou minoria não protegida pelos ideários políticos ou em franca oposição à progressão dos Direitos Humanos que os protegem.

Um exemplo, é trazido por VAL, ao verificar o processo de contrarreforma que violam direitos sociais no âmbito da América Latina e vem combatendo a defesa dos movimento sociais, como típico instrumento de *lawfare*, no caso Milagro Sala:

Na Argentina, Milagro Sala, a líder indígena do movimento cooperativista Organização Barrial Túpac Amaru, foi detida em janeiro de 2016 por participar de uma manifestação em protesto contra cortes no financiamento de diversos programas sociais por parte do novo governo da província de Jujuy e encarcerada no presídio de Alto Comedero, onde permanece até hoje. De nada serviram os reiterados pedidos do secretário-geral do Mercosul, do Comitê da ONU, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos por sua liberação. A técnica do *lawfare* a mantém presa e sua saúde psíquica e física continua se deteriorando.[25]

No Paraguai, conforme entendimento de Val, depois de campanhas difamatórias sobre o presidente Fernando Lugo, envolvendo questões pessoais, seu governo foi derrubado[26]. Os atos diziam respeito do seu vínculo com movimentos sociais do país, com a falta de ação diante de invasões de terras, do seu "auxílio" na propagação de ondas de violência[27]. Muito embora o *impeachment* tenha sido considerado legítimo, alguns noticiários[28] dispõe que ele não teve tempo hábil para se defender, razão pela qual a lei foi utilizada de forma errônea, após o inserir como inimigo.

---

25 VAL, Eduardo Manuel. A (contra) reforma dos direitos humanos e sociais na América Latina. *Filantropia de justiça social, sociedade civil e movimentos sociais no Brasil*, v. 22640, p. 33, 2018.

26 VAL, Eduardo Manuel. A (contra) reforma dos direitos humanos e sociais na América Latina. *Filantropia de justiça social, sociedade civil e movimentos sociais no Brasil*, v. 22640, p. 37, 2018.

27 BBC News. Entenda as acusações feitas ao presidente do PAraguai. Disponivel em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/06/120621_acusacoes_lugo_mc. Acesso em: 12 set. 2021.

28 GLOBO. Mundo. *Mercosul suspende Paraguai e anuncia adesão da Venezuela*. Disponível em: http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/06/mercosul-suspende-paraguai-e-anuncia-adesao-da-venezuela.html. Acesso em: 12 set. 2021.

Em complemento, no Brasil, muito se fala da presença do *lawfare* em casos políticos, como o do *impeachment* de Dilma Rousseff. A princípio, movimentos sociais que visavam mais educação, saúde, o fim da corrupção, além de, obviamente, ser contra o aumento do transporte público, foram vistos em 2013. Muitos suscitam que este movimento foi responsável por instaurar tendências conservadoras presentes na época ditatorial e que isso ganhou um impulso das redes sociais e midiáticas, de tal forma que culminou no dito *impeachment* e deixou a população descrente com os políticos e as instituições, o que representa um grande problema para a democracia[29].

Outro fator são os presídios superlotados e a frase popular "bandido bom é bandido morto", que se tornou algo muito visto nas mais diversas sociedades, como a brasileira. Segundo dados lançados na mídia, após pesquisa como do Datafolha, cerca de 60% da população brasileira concorda com a frase mencionada anteriormente[30][31]. É certo que a mídia divulga aquilo que, por vezes, lhe dá ibope, daí o entendimento de que esta perspectiva elucidada pode ser fruto dos meios informativos e é algo que tem repercussões, tanto que a discussão sobre diminuição da menoridade foi e ainda é palco de discussões, justamente porque as vias de comunicação lançam diversas infrações cometidas por eles. À título comparativo, há o caso de Richard Jewell que encontrou uma bomba no Centenário, levou a informação para a polícia local, impediu danos maiores, mas, devido a uma notícia lançada pelo "Atlanta Journal and Constitution", apontando-o como suspeito, teve seus dias transformados[32], passando de herói a culpado. Verifica-se, aqui, a inserção, pela mídia, de indivíduos como inimigos que precisam ser combatidos.

Segundo Francisco Fonseca:

> Assim, a mídia, concebida como ator político/ideológico, é "(...) fundamentalmente como instrumento de manipulação de interesses e de intervenção na vida social"

---

29 TREVISAN, Maria Carolina. Violação de direitos em tempos de instabilidade. Como a crise deteriora políticas de direitos humanos e expõe defensores à violência. *In: Filantropia de justiça social, sociedade civil e movimentos sociais no Brasil,* v. 22640, p.41, 2018.

30 ESTADÃO. Notícias Geral. Pesquisa mostra que 6 em cada 10 brasileiros acham que bandido bom é bandido morto. Disponível em: https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,pesquisa-mostra-que--6-em-10-brasileiros-acham-que-bandido-bom-e-bandido-morto,10000086016. Acesso em: 12 set. 2021.

31 GLOBO. Para 57% dos brasileiros, bandido bom é bandido morto. Disponível em:http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/11/para-57-dos-brasileiros-bandido-bom-e-bandido-morto-diz-datafolha.html. Acesso em: 12 set. 2021.

32 FOLHA DE SÃO PAULO. Falso suspeito de Atlanta vive atormentado. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/7/27/mundo/9.html. Acesso em: 12 set. 2021.

> (Capelato e Prado, 1980, p. XIX), pois representa, por meio de seus órgãos, uma das instituições mais eficazes quanto à inculcação de ideias em relação a grupos estrategicamente reprodutores de opinião, caracterizando-se como pólos de poder. Tais grupos sociais são constituídos pelos estratos médios e superiores da hierarquia social brasileira. O fato de haver poucos leitores de periódicos no Brasil não é relevante, pois, como assevera Castells (2000), pautam a mídia televisiva e radiofônica e, de certa forma, a própria internet[33].

De Araújo et All, observam que ao determinado grupo ideológico, político ou econômico utilizar-se do aparelho jurídico, da máquina judiciária, como meio de perseguição do Estado para atingir determinado grupo, a democracia fica sob ameaça , constituindo um verdadeiro Estado de Exceção, uma fragilização do Estado de Direito e dos elementos mínimos que caracterizam as democracias representativas e deliberativa[34]

Neste sentido, ao analisar os processos políticos na última década e identificação de *Lawfare* não só no Brasil, como também no Equador e Argentina , VALENÇA ET AL, concluem que:

> O *Lawfare* deve ser compreendido a partir da formação social da América Latina, que nos informa a indisposição de suas elites locais quanto a possibilidade de constituição de um padrão de sociabilidade fundado no bem estar dos trabalhadores e em um ambiente democrático. É um equívoco, portanto, minimizar o fenômeno e atribuí-lo a determinado Juiz ou Corte Superior. Ele se constitui, dessa maneira, na forma contemporânea de impedimento do ambiente democrático em sociedades que, historicamente, a dominação sempre se materializou mediante a coercitividade estatal. Se antes as elites acionavam os quartéis, para assegurar melhor taxa de lucro na exploração da força de trabalho, agora se valem da ação articulada de setores do sistema de justiça e meios empresariais de comunicação[35]

---

33 FONSECA, Francisco. Mídia, poder e democracia: teoria e práxis dos meios de comunicação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 6. Brasília, julho - dezembro de 2011, pp. 41-69. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/6bCYRSVtShSg6wqwhQq6vQQ/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 10 set. 2021.

34 DE ARAUJO, Clara Skarlleth Lopes; JÚNIOR, José Gutembergue de Sousa Rodrigues. INTOLERÂNCIA, POLARIZAÇÃO E A MANIFESTAÇÃO DA EXCEÇÃO: A ESCOLHA DE "INIMIGOS" NA DEMOCRACIA (I) LIBERAL. *Democracia, Instituições Políticas e Políticas Públicas*, p. 41.

35 VALENÇA, Daniel Araújo; BARBOSA, Gustavo Henrique Freire. O FIM DA POLÍTICA. *Revista FIDES*, v. 9, n. 2, p. 9-22, 2018.

Como se observa o movimento do *lawfare*, já identificado em diversos países na América Latina, recentemente representa uma séria ameaça, em pleno Século XXI, ao pluralismo democrático e aos valores de Direitos Humanos consagrados e objetos de reivindicação constante de movimentos sociais legítimos, sendo de fato, um risco ao processo de uma democracia participativa e pluralista que se busca concretizar desde sempre.

A mídia, cujo papel é importantíssimo para a institucionalização da democracia, dependendo da forma como é utilizada, pode se transformar em um dos seus inimigos. Também é possível que ela insira pessoas como inimigos e ameaças que precisam ser repelidas, mediante o desvirtuamento de informações. Todavia, cabe enaltecer que seu papel é e sempre será fundamental, mas informações verídicas precisam ser inseridas, sem qualquer manipulação ou distorção, caso contrário, a própria democracia é inviabilizada.

Portanto, a presença do *lawfare*, principalmente em questões políticas, é ocorrente. A inserção do outro como inimigo, a fim de obter, até mesmo, uma vantagem política, é uma prática real. Com isso, é notável que a mídia, muito embora tenha um ilustre papel para assegurar a democracia e a liberdade de informação, direito fundamental que permite que outras liberdades sejam realizadas, é a que, por vezes, enseja situações de *lawfare* e, assim, corrompe situações e faz o direito não ser aplicado como deveria ser, levando a arbitrariedades, como as ditas anteriormente. A luta, portanto, é superar o *lawfare* e garantir o *fair trial.*

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode dizer que a mídia não tem um papel fundamental em um Estado Democrático de Direito. Os meios de comunicação, além de garantirem direitos fundamentais, como acesso ao direito à informação e a livre escolha, permitem a compreensão dos acontecimentos políticos, sociais e econômicos de um país. Acontece que nem sempre a via tão necessária é empregada desta forma.

Manipulações, desvios de informação, *fake news* são fatores muito presentes neste cenário. Tal circunstância faz com que o *lawfare*, percebido como uma arma de guerra e, posteriormente, como uma forma de manipular a lei para atingir certas pessoas inseridas como inimigos, seja, por vezes, elucidado pela mídia.

Com o escopo de reforçar a condenação de alguém visto como um inimigo ou para se atingir um determinado grupo, manipula-se a população para se ter apoio e, assim, realizar atos, o que leva a problemas democráticos, como o ocorrido no caso Dreyfus na França e na América Latina. Percebe-se, assim, como a *lawfare*,é ocorrente e que, as vias

de comunicação, podem ser seu novo espaço de se propagar, fazendo com que o direito propriamente dito não seja realizado e sim desvirtuado.

Portanto, a fim de evitar arbitrariedades e de se permitir a realização da democracia e da liberdade, a mídia necessita rever seus atos antes de publicá-los e propagá-los, justamente para que situações de *lawfare* não se iniciem através e por ela, bem como para que cumpra seu grande e ilustre papel na sociedade democrática de direito.

## REFERÊNCIAS

AZAR, I. R.; MOTTA, L. T. da. Violência de Gênero e *Lawfare*: uma análise dos casos Dilma Rousseff e Cristina Fernández de Kirchner. *Resenha Eleitoral*, Florianopolis, SC, v. 23, n. 1, p. 213–230, 2019. DOI: 10.53323/resenhaeleitoral.v23i1.117. Disponível em: https://revistaresenha.emnuvens.com.br/revista/article/view/117. Acesso em: 12 set. 2021.

BARBOSA, Ruy. *O processo do capitão Dreyfus*. EDIPRO, 2020.

BARROS FILHO, Geraldo Carreiro; FARIAS, Athena de Albuquerque; DE OLIVEIRA, Gislene Farias. Considerações sobre o Instituto do *Lawfare*. *Id on Line Rev. Psic.* V.10, N. 33. Supl. 2. Janeiro 2017. Disponível em: https://idonline.emnuvens.com.br/id. Acesso em: 12 set. 2021.

BBC News. Entenda as acusações feitas ao presidente do PAraguai. Disponivel em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/06/120621_acusacoes_lugo_mc. Acesso em: 12 set. 2021.

BEGLEY, Louis. *O caso Dreyfus*. Editora Companhia das Letras, 2010.

BRISKIEVICZ, Danilo Arnaldo. “O espetáculo geral do nosso tempo”: o caso Dreyfus e o antissemitismo moderno, a partir de Hannah Arendt. *Humanidades e Tecnologia* (FINOM), v. 31, n. 1, p. 05-24, 2021.

CORRÊA, Patrícia Alves Carvalho. *A verdade em marcha*: o caso Dreyfus. PESQUISAS E PRÁTICAS EM ENSINO DE FRANCÊS, p. 57.

COSTA, Fabrício Veiga; CAMPOS, Alisson Thiago de Assis. *LAWFARE* E PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: A CONSTRUÇÃO PARTICIPADA E RACIONAL DO MÉRITO PROCESSUAL. *Revista de Direito Brasileira Florianópolis*, SC, v. 27, n. 10, p. 178-200, Set.Dez.2020. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6883/5341. Acesso em: 12 set. 2021.

DE ARAUJO, Clara Skarlleth Lopes; JÚNIOR, José Gutembergue de Sousa Rodrigues. INTOLERÂNCIA, POLARIZAÇÃO E A MANIFESTAÇÃO DA EXCEÇÃO: A ESCOLHA DE “INIMIGOS” NA DEMOCRACIA (I) LIBERAL. *Democracia, Instituições Políticas e Políticas Públicas*, p. 41.

ESTADÃO. Notícias Geral. Pesquisa mostra que 6 em cada 10 brasileiros acham que bandido bom é bandido morto. Disponível em: https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,pesquisa-

-mostra-que-6-em-10-brasileiros-acham-que-bandido-bom-e-bandido-morto,10000086016. Acesso em: 12 set. 2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. Falso suspeito de Atlanta vive atormentado. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/7/27/mundo/9.html. Acesso em: 12 set. 021.

FONSECA, Francisco. Mídia, poder e democracia: teoria e práxis dos meios de comunicação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 6. Brasília, julho - dezembro de 2011, pp. 41-69. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/6bCYRSVtShSg6wqwhQq6vQQ/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 10 set. 2021.

GLOBO. Mundo. Mercosul suspende Paraguai e anuncia adesão da Venezuela. Disponível em: http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/06/mercosul-suspende-paraguai-e-anuncia-adesao--da-venezuela.html. Acesso em: 12 set. 2021.

GLOBO. Para 57% dos brasileiros, bandido bom é bandido morto. Disponível em:http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/11/para-57-dos-brasileiros-bandido-bom-e-bandido-morto-diz--datafolha.html. Acesso em: 12 set. 2021.

GÓMEZ, Hernán E. *Rui Barbosa, a imprensa europeia e a crença na opinião*.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 699.

SARTORI, Giovanni. *Homo Videns - Televisão e pós pensamento*. Ed. EDUSC. Florianópolis, 2001.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 237.

SIMAO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. *A fundamentalidade do direito à liberdade de expressão*: as justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/72978/43857. Acesso: 05 out. 2020.

TREVISAN, Maria Carolina. Violação de direitos em tempos de instabilidade. Como a crise deteriora políticas de direitos humanos e expõe defensores à violência. In: *Filantropia de justiça social, sociedade civil e movimentos sociais no Brasil*, v. 22640, p.41, 2018.

VAL, Eduardo Manuel. A (contra) reforma dos direitos humanos e sociais na América Latina. *Filantropia de justiça social, sociedade civil e movimentos sociais no Brasil*, v. 22640, p. 33, 2018.

VALENÇA, Daniel Araújo; BARBOSA, Gustavo Henrique Freire. O FIM DA POLÍTICA. *Revista FIDES*, v. 9, n. 2, p. 9-22, 2018.

ZOLA, Émile. *Eu acuso!* | *O processo do capitão Dreyfus*. hedra, 2007.

Capítulo 4

# O *LAWFARE* NA GUERRA AO TERROR: CRIMES DE GUERRA VINTE ANOS DEPOIS DA PRETENSÃO ESTADUNIDENSE DE MUDANÇA DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

*Isabela Chimelli Stacheski*[1]
*Rui Carlo Dissenha*[2]

## SUMARIO

INTRODUÇÃO; 1. CRIMES DE GUERRA COMO UM ESTÁVEL CONCEITO INTERNACIONAL; 2. O *LAWFARE* E AS PRETENSÕES DE MUDANÇA DO *JUS IN BELLO*: COMO A POLÍTICA DAS GUERRAS ASSIMÉTRICAS PRESSIONAVA POR UM CONCEITO MAIS MALEÁVEL DE CRIME DE GUERRA; 3. OS CRIMES DE GUERRA VINTE ANOS DEPOIS DO *LAWFARE:* A ESTABILIDADE DO CONCEITO PRODUZIDA PELO ESTATUTO DE ROMA E O IMPEDITIVO DE UMA POLÍTICA CASUÍSTICA DE ALTERAÇÃO; 4. CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.

---

1 Graduanda em Direito na Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (2020-2021). Aluna do Programa de Iniciação Científica da Universidade Federal do Paraná vinculada ao projeto de pesquisa *A internacionalização do poder punitivo e as perspectivas modificadoras do Direito Penal*.

2 Doutor em Direitos Humanos. Professor Adjunto da Universidade Federal do Paraná na graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) nas disciplinas de Direito Penal, Prática Penal e Direito Penal Internacional. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) do Centro Universitário Internacional – UNINTER. Pesquisador responsável pelo projeto de pesquisa *A internacionalização do poder punitivo e as perspectivas modificadoras do Direito Penal*. Advogado na cidade de Curitiba.

## INTRODUÇÃO

O presente texto pretende discutir, de forma livre e sem pretender esgotar o tema, se o *lawfare* que fundamentou a "Guerra ao Terror" no início do século XXI deixou marcas no conceito de crimes de guerra e as razões pela quais isso se possa ter dado. A hipótese fundamental é a de que embora tenha havido uma importante pressão sobre o conceito de crimes de guerra naquele período, oriundo das demandas ocasionais de luta contra grupos específicos de inimigos que não se adequavam perfeitamente aos conceitos clássicos de combatentes inimigos do Direito Internacional Humanitário (DIH), o conceito de crime de guerra permaneceu intacto nos últimos vinte anos.

Inicialmente, o artigo trata do histórico constitutivo dos crimes de guerra a partir de uma análise de como a coletividade internacional se moveu no sentido de construir um estável arcabouço normativo de controle da violência na guerra. Esse *continuum*, embora se tenha originado ainda no século XIX, afirmou-se de forma clara depois da Segunda Guerra Mundial, quando o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a criação de consensos internacionais mais evidentes nesse sentido. É certo, entretanto, que no final do século XX o conceito seguia forte e os tribunais penais internacionais criados nos anos noventa serviram a sedimentar os crimes de guerra como um conceito estável e pleno de aceitação internacional.

Em seguida, o texto passa à análise do movimento de pressão pelo qual passou o DIH no início do século XXI. O fenômeno da Guerra ao Terror criou um estado de conflito internacional que balançou as estruturas do Direito Internacional e foi nesse contexto que surgiu um intenso *lawfare* conduzido pelas maiores potências do globo para que se adaptassem as regras de controle da guerra às suas próprias demandas militares.

O artigo segue adiante discutindo como, apesar da pressão, o conceito não foi alterado e permanece, nos últimos vinte anos, incólume, concluindo-se que, embora se tenha tentado, o *lawfare* não foi capaz de alterar os limites dos crimes de guerra. Defende-se que a razão fundamental é baseada no inadequado *timing* desse *lawfare*: realizado em um contexto temporal logo posterior ao momento em que a comunidade internacional acabara de criar um Tribunal Penal Internacional permanente em cujo estatuto se plasmara o conceito de uma série de crimes universais, não havia espaço político para a mudança. A estabilidade de que gozava o consenso, porque inserta no texto há pouco criado, deu ao conceito de crimes de guerra a adamantina força que lhe garantiu a incolumidade até os dias de hoje.

## 1 CRIMES DE GUERRA COMO UM ESTÁVEL CONCEITO INTERNACIONAL

A guerra enquanto meio de solução de controvérsias e enquanto prerrogativa irrestrita e legítima da soberania estatal é substancialmente colocada em xeque a partir do século XIX e em especial no século XX. É a partir desse importante movimento internacional que tanto o direito de ir à guerra (*jus ad bellum*) quando o direito na guerra (*jus in bello*) passam a sofrer limitações importantes e, em certa medida, inclusive, passam a ser a base para a criminalização de condutas no que se vai materializar como o conteúdo do Direito Internacional Humanitário, ou o Direito Internacional de Guerra.

Nos últimos séculos, a brutalidade dos conflitos armados se potencializou substancialmente por conta do amplo desenvolvimento tecnológico e do deslocamento da guerra para dentro dos espaços urbanos. Esse movimento impulsionou o debate internacional que fez surgir, assim, os primeiros esforços internacionais para restringir o sofrimento desnecessário que acompanhava os conflitos armados, o que culminou com a criação de um arcabouço normativo essencial ao controle da violência, do qual as Convenções de Haia e Genebra talvez sejam os exemplos mais dignos.

O ideário de paz e humanização, visível desde a criação da Cruz Vermelha em 1863, inspira a Primeira Conferência Internacional de Haia (1899), que buscava ampliar a disciplina jurídica do *jus in bello* e estimular meios pacíficos de solução das controvérsias entre Estados. Em 1907, a Segunda Conferência de Haia ou Convenção *Drago-Porter* aprofundou a ideia de um pacifismo ativo e apontou à universalização do sistema internacional de controle dos conflitos armados.

A evolução desse sistema normativo, entretanto, é substancialmente lenta e penosa. Apesar das Convenções de Haia (1899 e 1907), que representaram grande avanço em matéria de direito humanitário e regulação da guerra, é apenas a partir da Segunda Guerra Mundial que se formou um conjunto de regras mais relevante, responsável, agora, também pelo reconhecimento da responsabilidade internacional individual. A experiência dos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e Tóquio com a inclusão expressa de crimes de guerra nos seus estatutos (naquele, no seu artigo 6[03]; neste, no artigo 5[04]) ainda estava longe de uma construção clara do conceito, mas firmava o interesse internacional em reprimi-lo.

---

3 Disponível em: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

4 Disponível em: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

É com as Convenções de Genebra (1949) que se assenta e estabiliza o Direito Internacional Humanitário. Com enfoque na proteção às pessoas que não participam das hostilidades, como civis, e às que deixaram de participar, como feridos, enfermos e prisioneiros de guerra[5], as Convenções de Genebra compõem o núcleo do Direito Internacional Humanitário, junto de seus Protocolos Adicionais[6]. Caracterizadas como um conjunto de quatro documentos fundamentais, cada qual com focos diferentes de proteção, as Convenções de Genebra representam tratados internacionais de essencial importância que materializam o estado evolutivo do *jus in bello* naquele momento histórico de oportuna inspiração universalizante.

A Convenção de Genebra I disciplina a melhoria da condição de feridos e enfermos das forças armadas durante a guerra terrestre, garantindo-lhes proteção e tratamento com humanidade. De forma semelhante, a Convenção de Genebra II protege e assegura humanidade aos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas durante a guerra marítima. A Convenção de Genebra III refere-se ao tratamento dos prisioneiros de guerra, protegendo-os contra ato ou omissão ilícita da Parte detentora que represente risco à sua vida ou à sua saúde. Por derradeiro, a Convenção de Genebra IV outorga proteção aos civis em tempo de guerra.

Destaque ao artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra que dispõe sobre conflitos armados de caráter não-internacional, estipulando normas fundamentais, inderrogáveis, que determinam o tratamento humano a todos os indivíduos em poder do inimigo, pessoas sem parte ativa nas hostilidades, incluindo membros rendidos das forças armadas e aqueles colocados *hors de combat.*

Assim sendo, sem prejuízo às demais regras que norteiam o Direito Internacional Humanitário e não foram aqui pormenorizadas, pode-se sintetizar que esse conjunto de regras é uma importante conquista da comunidade internacional no século XX e governa, desde então, qualquer situação de conflito armado, internacional ou não-internacional, buscando moderar seus efeitos negativos. Pessoas sob o poder da parte adversária no conflito ou no meio das hostilidades requerem proteção especial, motivo pelo qual tipicamente o DIH protege pessoas e objetos pertencentes a qualquer das partes envolvidas no conflito de certas condutas abusivas ou exageradamente destrutivas eventualmente praticadas pela parte adversária.

---

5 COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. Sítio oficial. Disponível em: https://www.icrc.org/pt/doc/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

6 Em 1977, adotaram-se os dois Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra, que fortalecem a proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais (Protocolo Adicional I) e não internacionais (Protocolo Adicional II). Em 2005, o terceiro Protocolo Adicional cria um emblema distintivo adicional.

Com as Convenções de Genebra o conceito de crimes de guerra passa a gozar de uma clareza que até então não estava reconhecida. Embora o conceito existisse e fosse, de certa forma, um reconhecido internacional bastante comum, a inexistência de um substrato normativo mais claro fazia com que o conceito precisasse se submeter a uma fantasmagórica categoria que pretendia condensar as "leis e costumes da guerra" em um único objeto. A criação das Convenções de Genebra, potencializada pelo reconhecimento efetivo da responsabilidade internacional dos indivíduos pela violação das regras do Direito Internacional, passa a permitir que os crimes de guerra se tornem uma real construção normativa que regula e controla conflitos armados internacionais e não-internacionais, integrando o corpo do que se convencionou ser o Direito Internacional Humanitário. A transgressão desse corpo de leis implica a responsabilidade penal individual embasada no costume e, agora, em tratados internacionais, além das eventualmente existentes, mas internacionalmente incontroláveis, legislações internas dos países que se interessem em criminalizar tais condutas.

Esse corpo normativo serve, também, à garantia da anterioridade da lei, pois salienta-se o imperativo do também internacionalmente reconhecido princípio da legalidade de que uma conduta só pode se constituir em um crime de guerra se, além de constituir uma violação do DIH, for criminalizada pelo Direito Internacional via tratados e/ou costume. A listagem das condutas proibidas, portanto, serve também à garantia dos eventuais acusados.

Por isso se pode entender que nem todas as violações daquele DIH constituem crimes de guerra, mas apenas aquelas violações do DIH que foram especificamente criminalizadas, o que se reserva, em geral, apenas às violações mais sérias[7]. Nada impede, como é óbvio, que a criminalização interna dos Estados reconheça figuras mais amplas de proteção penal segundo critérios nacionais dos países interessados. É nesse sentido que a definição desse DIH permitiu também um amplo desenvolvimento do Direito interno dos Estados e a construção mais eficiente de um Direito Penal militar especialmente naqueles países que tradicionalmente se veem envolvidos em conflitos armados.

Ainda que a persecução dos transgressores da lei da guerra tenha tido ímpar desenvolvimento com a criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (1945), e, depois, com as Convenções de Genebra, os julgamentos dos tribunais *ad hoc* para Ex-Iugoslávia (1993) e Ruanda (1994) são, certamente, as experiências mais significativas em termos de elucidação do conceito dos crimes de guerra, uma vez que já foram constituídos pautados no DIH consolidado a partir das Convenções de Genebra (1949), como refletem seus próprios estatutos.

---

7 TRIFFTERER, Otto; AMBOS, Kai. *The Rome Statute of the International Criminal Court:* A Commentary. Third Edition. München, Oxford, Baden-Baden: C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 305.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ex-Iugoslávia (1993) estabeleceu a competência material do tribunal para persecução de graves violações às Convenções de Genebra de 1949 (art. 2º) e violações das leis e costumes da guerra (art. 3º), cometidas no território da Ex-Iugoslávia de 1991 a 1993. Seguindo os mesmos passos, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994) determinou o processamento dos responsáveis por sérias violações do DIH cometidas no território de Ruanda e/ou por cidadãos ruandeses no território de Estados vizinhos em 1994, com jurisdição sobre violações ao artigo 3º comum às Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II.

A influência da jurisdição dessas cortes no conceito de crimes de guerra foi certamente importante. Elas foram capazes de produzir um remodelamento dos conceitos, adequando a persecução criminal a novos padrões e atualizando a casuística dessa espécie criminosa. Ressalta-se em especial o papel que teve o Tribunal Penal Internacional para Ex-Iugoslávia que estabeleceu os contornos importantes ao conceito, tais como a definição do que seja um conflito armado por excelência[8], quando ele tem um caráter internacional[9], quem são as figuras protegidas[10], etc...

A jurisprudência criada pelos tribunais *ad hoc* tornou-se, adiante, o paradigma de construção e definição do que seja a violação do DIH e, portanto, o coração do conceito de crimes de guerra. Não à toa, essa experiência foi completamente recebida no Estatuto de

---

8 UNITED NATIONS. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Prosecutor v. Duško Tadić. *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*. Case n. IT-94-1. Appeals Chamber. Decision of 2 October 1995, par. 70.

9 "*It is indisputable that an armed conflict is international if it takes place between two or more States. In addition, in case of an internal armed conflict breaking out on the territory of a State, it may become international (or, depending upon the circumstances, be international in character alongside an internal armed conflict) if (i) another State intervenes in that conflict through its troops, or alternatively if (ii) some of the participants in the internal armed conflict act on behalf of that other State*". UNITED NATIONS. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Prosecutor v. Duško Tadić. *Judgement.* Case n. IT-94-1. Appeals Chamber. Decision of 15 July 1999, par. 84.

10 Importa ainda lembrar que a jurisprudência internacional estendeu essa proteção ao seu máximo possível, pois são consideradas protegidas pelas Convenções de Genebra, especialmente a de número IV, todas as pessoas que, em caso de conflito ou ocupação, se encontrem em poder de uma Parte no conflito da qual não sejam nacionais, assegurando-lhes proteção e tratamento com humanidade. Essa é a posição da jurisprudência criada pelo caso *Tadic* do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia: pessoas protegidas são aquelas que não gozam de proteção diplomática e não são objeto de aliança ou controle do Estado em cujas mãos encontram-se. Ver: UNITED NATIONS. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Prosecutor v. Duško Tadić. *Judgement.* Case n. IT-94-1. Appeals Chamber. Decision of 15 July 1999, par. 168.

Roma do Tribunal Penal Internacional que, criado em 1998, incluiu no seu texto a definição dos crimes de guerra de forma, agora, unificada e clara.

Esse novo tribunal, capaz de julgar crimes internacionais cometidos a partir de julho de 2002 e com jurisdição complementar às nacionais, tem atual competência para tratar dos crimes de guerra (artigo 8º[11]), entendendo-os de forma ampla como as violações graves às Convenções de Genebra de 1949 (art. 8º, 2, 'a') e outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional (art. 8º, 2, 'b'). As alíneas 'c' e 'e' deste dispositivo legal descrevem os atos considerados crimes de guerra em conflitos que não sejam de índole internacional, como violações graves do art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra (art. 8º, 2, 'c') e outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos que não têm caráter internacional (art. 8º, 2, 'e'[12]). A longa definição do crime de guerra no Estatuto de Roma é sinônimo da pretensão internacional de reconhecimento da amplitude desse conceito e a simples leitura do texto do artigo 8º dá conta da demanda internacional de uma contenção da violência dos conflitos armados tão ampla quanto possível.

É bastante interessante notar que o Estatuto de Roma, entretanto, não traz grandes novidades nesse tema para além de uma melhor sistematização da matéria. De fato, as críticas ao texto do Estatuto são muito mais direcionadas ao que ficou de fora do conceito, tal como a ausência de criminalização da negativa de repatriação de prisioneiros de guerra ou do uso de armas que causem sofrimento desnecessário, tais como armas nucleares, armas *laser*, minas pessoais, etc. Ao mesmo tempo, todavia, esse é um claro sinal da estabilidade do conceito de crimes de guerra: depois da sua atualização pelas experiências dos tribunais *ad hoc*, havia pouco a se modificar naquela espécie. Embora o jogo político e a movimentação de grupos de interesse possam ter impedido um alcance maior do conceito, é certo que sua estabilidade deixa clara a ampla aceitação da espécie como materializada no Estatuto de Roma – a epítome da delimitação do que se pode reconhecer como crimes universais. Atesta-se, dessa forma, o consenso internacional formado em torno dessa matéria, ou seja, de quais condutas são lícitas na guerra conforme o *ius in bello* construído historicamente.

---

[11] Para todas as ofensas listadas no art. 8º, parágrafo 2º, alíneas 'a', 'b', 'c' e 'e' do Estatuto de Roma, é necessária a presença de um nexo causal entre o ato incriminado e o conflito armado, sendo que o requisito mental difere a depender do crime de guerra em questão. Ver: NERLICH, Volker. *War Crimes* (International Armed Conflicts). In: CASSESE, Antonio. *The Oxford Companion to International Criminal Justice.* New York: Oxford University Press, 2009, p. 568.

[12] Segundo alínea 'f' do referido artigo, a alínea 'e' aplica-se também a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado quando exista um conflito armado prolongado entre autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre esses grupos.

## 2 O *LAWFARE* E AS PRETENSÕES DE MUDANÇA DO *JUS IN BELLO*: COMO A POLÍTICA DAS GUERRAS ASSIMÉTRICAS PRESSIONAVA POR UM CONCEITO MAIS MALEÁVEL DE CRIME DE GUERRA

(i) Demandas políticas, entretanto, fazem o seu jogo e no plano internacional elas desempenham um papel de excepcional significância.

A estabilidade histórica dos conceitos inerentes ao DIH, especialmente aquela referente aos crimes de guerra, passou a sofrer pressão por alterações no início do século XXI. Isso se deu por conta da importante mudança do contexto internacional provocada pelo surgimento da chamada "Guerra ao Terror" movida, especialmente, pelos Estados Unidos e seus aliados. Na esteira do ataque terrorista conduzido pelo grupo terrorista Al-Qaeda às Torres Gêmeas e outros alvos no dia 11 de setembro de 2001, iniciou-se um movimento internacional de repressão ao terrorismo de grandes proporções e alcance global.

A formação do grupo terrorista Al-Qaeda[13], de orientação islâmica e violência inspirada pela *jihad*, então instalado especialmente dentro do Afeganistão, e a facilitação do crime produzida pelas novidades tecnológicas, foi exemplo evidente de um novo contexto em que essa espécie de crime se poderia dar e das dificuldades que essas novas condições viriam a ensejar para a comunidade internacional.

Em resposta, as demandas de combate ao terrorismo passam a ser realizadas em duas frentes: interna, na definição de regras nacionais de controle de atos que pudessem ter qualquer ligação com o terrorismo[14], e externa, com a opção estadunidense de ataques

---

[13] O próprio surgimento desse grupo remonta ao apoio e financiamento estadunidense aos *mujahidin*, grupo de resistência fundamentalista, na Guerra do Afeganistão, de 1979, Mais sobre esse tema, ver: MOHAMEDOU, Mohammad-Mahmoud Ould. The Rise and Fall of Al Qaeda: Lessons in Post-September 11 Transnational Terrorism. In: *GCSP Geneva Papers,* Research Series nº 3, sept. 2011. Disponível em: https://www.files.ethz.ch/isn/131483/Geneva%20Paper%203%20-%20Research%20Series.pdf, visitado em 17.10.21.

[14] Várias alterações na legislação interna dos Estados Unidos foram realizadas em nome da segurança coletiva, com destaque ao *USA Patriot Act*, inclusive com restrição de liberdades de nacionais. Exemplificando, veja-se que "*os governos federal e local se aproveitaram do temor do público depois do 11 de setembro para permitir um grau maior de invasão da privacidade, quer por meios eletrônicos, quer recorrendo a informantes e infiltração, não apenas na esfera da inteligência internacional, mas, igualmente, em casos criminais e contra os ativistas políticos nacionais. Atualmente, admite-se que o governo use ordens judiciais do United States Foreign Intelligence Court (tribunal de recursos da inteligência internacional) em crimes domésticos. Um dos artigos do USA Patriot Act, sancionado logo após o 11 de setembro, estipula que esse tribunal pode autorizar escutas telefônicas, tanto em investigações domésticas quanto nas estrangeiras. Esse dispositivo era quase invisível no texto da lei,*

militares contra alvos em diversos lugares do mundo. De fato, uma semana após o ataque às Torres Gêmeas, em 18 de setembro de 2001, o Congresso estadunidense aprovou a *Authorization for the Use of Military Force* (PL 107-40) contra os responsáveis pelos ataques lançados contra os Estados Unidos. O discurso inicial do presidente dos Estados Unidos George W. Bush pós-onze de setembro declarou guerra aos terroristas com um alcance global: o campo de guerra era em qualquer lugar do planeta.

O primeiro alvo foi o Afeganistão. Após os ataques de 11/9, a pressão estadunidense sobre o Talibã para entregar Bin Laden, então apontado como o mentor dos ataques, aumentou extraordinariamente e, em resposta à negativa do regime, a Operação Liberdade Duradoura foi lançada em 07 de outubro de 2001. Em 13 de novembro de 2001, o Talibã foi deposto do poder no Afeganistão, apesar de que nem seus principais líderes, nem Bin Laden, foram encontrados[15].

A rápida vitória dos Estados Unidos no Afeganistão contribuiu à expansão dos objetivos estadunidenses[16]. Assim, em 2002 foi lançado o plano de defesa nominado "Estratégia de Segurança Nacional", apontando uma lista de *rogue countries*[17] que representavam risco de ataques terroristas aos Estados Unidos. Dentre esses países, o Iraque era apontado como o maior produtor de armas de destruição em massa, com "evidente risco internacional". Entretanto, diferentemente do ataque empreendido contra o Afeganistão, ao qual não houve grande resistência da comunidade internacional[18], o ataque ao Iraque não

*pois foi preciso alterar apenas duas palavras da legislação anterior, que permitia a escuta telefônica para fins do serviço de inteligência internacional. O Foreign Intelligence Court também pode ser utilizado para fins mais gerais de espionagem política. O USA Patriot Act permite ao tribunal conceder ordens judiciais para a produção de documentos relacionados a uma investigação*". CHEVIGNY, Paul. A repressão nos Estados Unidos após o atentado de 11 de setembro. *In: SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 1, nº 1, 2004, p. 153-154.

15 GOMES, Aureo de Toledo; MIKHAEL, Michelle Mitri. Terror or Terrorism? Al-Qaeda and the Islamic State in Comparative Perspective. *In: Brazilian Political Science Review,* 12 (1), 2018, p. 11.

16 JERVIS, Robert. Understanding the Bush Doctrine. The Academy of Political Science. *In: Political Science Quarterly*, vol. 118, nº 3, 2003 (p. 365-388), p. 381.

17 "*As Bush said in his West Point address of 1 June 2002: 'Today our enemies see weapons of mass destruction as weapons of choice. For rogue states these weapons are tools of intimidation and military aggression against their neighbors. These weapons may also allow these states to attempt to blackmail the U.S. and our allies to prevent us from deterring or repelling the aggressive behavior of rogue states. Such states also see these weapons as their best means of overcoming the conventional superiority of the U.S.*". Idem, p. 369.

18 Mesmo o Conselho de Segurança, na Resolução n. 1368 de 12/09/2001, manifestou-se no sentido de se reconhecer expressamente um direito individual ou coletivo de autodefesa em reação aos atentados terroristas.

teve aprovação tampouco consenso sobre a necessidade e a conveniência, tanto no âmbito interno estadunidense quanto internacional. Daí a necessidade de novas interpretações à normatividade internacional que permitissem e justificassem as ações agressivas.

Nesse contexto, as forças agressoras encontraram ao menos dois grandes problemas jurídicos a se enfrentar. O primeiro deles centrava-se na justificativa para os atos de agressão então praticados, especialmente no caso do Iraque. O segundo, mais complexo, referia-se às dificuldades enfrentadas pelas forças invasoras no combate aos inimigos nos campos de batalha diante de uma nova forma de conflito internacional de "*slow approach*" que, aparentemente, surpreendeu os exércitos regulares.

Quanto ao primeiro problema, que não é o foco do presente artigo, convém apenas mencionar que foi necessária uma nova e perigosa interpretação das tradicionais regras do *jus ad bellum* para justificar uma campanha militar contra um país que era considerado uma 'ameaça' em longo prazo. Reino Unido e Estados Unidos passaram a construir essas novas intepretações cada um à sua maneira: enquanto o Reino Unido ampliou a interpretação e o alcance de Resoluções do Conselho de Segurança desenhadas para a primeira Guerra do Golfo, de 1990, a fim de justificar as suas medidas agressivas, os Estados Unidos foram mais além e simplesmente criaram um novo instituto jurídico internacional, as *pre-emptive measures*, uma ampliação do direito de autodefesa que era reconhecido internacionalmente[19].

A segunda questão, mais preciosa para o conteúdo do presente trabalho, cingia-se às dificuldades que a nova forma de guerra que então se manifestava produzia para as pretensões estadunidenses. A ocupação de um inóspito território estrangeiro, dominado por pequenos grupos guerrilheiros que lutavam sua *jihad* e que não atendiam ao modelo de combatente inimigo como desenhado pelas Convenções de Genebra, provou-se um obstáculo formidável às forças aliadas que ocupavam o território afegão, já que constrangidas por uma série de obrigações que não eram seguidas pelo inimigo. Porque se trata justamente do movimento que põe em xeque o conceito de crimes de guerra, é o elemento que será explorado neste texto.

(ii) É fato que a forma de fazer a guerra como empreendida pelos combatentes inimigos encontrados pelos EUA no Afeganistão caracterizou-se como um ponto de inflexão importante dos conflitos armados. Embora não se trate propriamente de um novo modelo de guerra[20], é apenas quando passa a constranger as potências dominantes

---

[19] Sobre o tema, ver: DISSENHA, Rui Carlo. Do Iraque ao Iraque novamente: o jus ad bellum no contexto internacional depois de 10 anos da invasão iraquiana. *In: Revista Jurídica (FIC)*, v. 4, p. 225-248, 2014, especialmente p. 235-236.

[20] FISCHER, Horst, The Status of Unlawful Combatants. In: HEERE, Wybo (ed.), *Terrorism and the Military – International Legal Implications.* Utrecht: TMC Asser Press, 2003, at 101.

globalmente e quando deixa o espaço do controle nacional da beligerância, algo que se dá nos anos oitenta[21], que esse fenômeno passa a despertar efeitos no plano normativo internacional.

Nessa nova forma de fazer a guerra, a proposta é diversa daquele contexto dentro do qual as Convenções de Genebra foram idealizadas, caracterizado por exércitos oficiais uniformizados que usam armas padronizadas e que lutam entre si desviando os danos dos civis que encontram pelo caminho. O modelo do inimigo afegão de fazer a guerra era uma proposta lenta e barata de condução do conflito, levada a cabo em todos os lugares, mediante técnicas de guerrilha e sem respeito ao tradicional *ius in bello*. Como exemplo, note-se que esse novo combatente se mistura à população civil e dela não se separa, o que termina por romper de forma drástica com a linha divisória clássica entre civis e combatentes, limite essencial ao funcionamento das regras do DIH.

Nesse cenário, o Estado perde seu monopólio sobre a guerra, pois as forças armadas combatem inimigos não mais estatais. A própria definição clássica de conflito armado resta defasada, pois não se trata mais de algo que se possa acomodar sob o conceito indicado no artigo 2º das Convenções de Genebra, comum a todas as quatro:

> *In addition to the provisions which shall be implemented in peacetime, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them*.

É assim que o conceito de guerra assimétrica toma um novo contorno. O senso comum leva em consideração o conceito de assimetria de um conflito quando uma das partes é imensamente mais potente do que a outra – daí a assimetria de forças que poderia levar à conclusão de que o conflito seria facilmente vencido pelas formas mais poderosas, ao que se pode chamar de uma *assimetria soberana*. Essa condição, entretanto, faz com que a parte menos poderosa precise adotar técnicas de guerra diversas, justamente aquelas descritas anteriormente que escapam ao tradicional Direito de Guerra e materializam um conflito por extenuação com altos danos às forças dominantes.

Esse movimento conduz à segunda dimensão de assimetria da guerra, a *assimetria dissidente*, que faz com que as regras do *jus in bello* se tornem uma barreira para as potências dominantes. De fato, apenas o exército oficial fica sujeito às regras do DIH, pois as forças dissidentes rejeitam a sua aplicação. Em outras palavras: as regras do jogo (Con-

---

21 HERRMANN, Irene; PALMIERI, Daniel. Les nouveaux conflits: une modernité achaïque?. *In: International Review of the Red Cross* (March 2003), vol. 85, n. 849, at 42.

venções de Genebra e demais regras dos conflitos armados) são obrigatórias apenas a um dos envolvidos no conflito, enquanto a outra parte, porque não oficial, pode ignorar aquelas regras e conduzir o conflito de forma absolutamente livre de limites.

Porque a assimetria soberana é virtualmente anulada pela assimetria dissidente, surgiu a demanda, entre Estados poderosos, mas especialmente a partir dos EUA, de se reduzir o alcance do DIH pela negação de sua aplicação no bojo de guerras assimétricas, equalizando-se, assim, os novos conflitos. Segundo PFANNER, "*to level the battlefield, the military wise stronger party is tempted to resort as well to unconventional warfare and covert operations*[22]". É aí que o *lawfare* passa a produzir a pressão sobre o conceito de crimes de guerra: com a readequação do DIH para essa nova forma assimétrica de conflito, reduz-se substancialmente o alcance dessa espécie de crime universal, pois um bom tanto das possíveis vítimas do delito deixa de sê-lo e são colocadas em um limbo normativo que escancara a pretensão de se construir o novo *homo sacer*.

Em suma, as pretensões estadunidenses nesse período, justificadas como demandas do combate ao terrorismo, se confirmadas internacionalmente, fariam quase desaparecer o conceito de crimes de guerra nesses novos conflitos. A nova racionalização da guerra justificaria uma interpretação unilateral dos históricos conceitos do Direito Internacional Humanitário[23], agora sob um novo substrato moral: as construções normativas que sustentavam o conceito de crime de guerra, porque baseadas em uma lógica de igualdade entre as partes do conflito, seriam inaplicáveis nesta nova forma de cruzada moral contra o terror, em que apenas uma das partes está com a razão e a outra é de ser tratada como pária por não aceitar as regras do jogo.

O sedutor discurso de combate ao terrorismo serve, portanto, a sustentar moralmente a pretensão de alteração das regras do Direito de Guerra. Setores militares estadunidenses passam a criticar a *idolatria* das regras de DIH e a defender ser essencial para a

---

22 PFANNER, Toni. Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action. *In: International Review of Red Cross* (March 2005), vol. 87, number 857, p. 163.

23 Essa tendência remonta ao Bombardeiro ao Kosovo, de 1999, quando a OTAN agiu sem qualquer autorização internacional justificando a sua ação como uma "guerra humanitária". Embora rejeitada a medida na sua origem, terminou aceita pelo Direito Internacional no que se pode chamar de uma "virada à ética", pela qual "(...) o sistema se abre. Lentamente vão se permitindo interpretações às regras do Direito Internacional – e mesmo à tradicionalista e delicada regulamentação do Direito da Guerra – ao ponto de se incluir, como nessa questão, uma fundamentação ética substituível à fundamentação legal". O maior fruto dessa flexibilização do sistema é notavelmente a Guerra ao Terror. Sobre o tema, ver: DISSENHA, Rui Carlo. Do Iraque ao Iraque outra vez: o jus ad bellum no contexto internacional depois de 10 anos da invasão iraquiana. *Revista Jurídica (FIC),* v. 4, p. 225-248, 2014.

gestão dos novos conflitos que se adote uma perspectiva mais "realista" do *jus in bello*[24]. É com esse raciocínio, por exemplo, que se passa a justificar as prisões sem acusações formais, a tortura contra prisioneiros de guerra e outras graves violações ao DIH levadas a cabo, justificadamente, pelos EUA e suas potências apoiadoras naquele período. No anseio do combate do inimigo de "igual para igual", as conquistas humanitárias da comunidade internacional são desprezadas.

Guantánamo é, nesse sentido, a epítome do abandono do *jus in bello* na Guerra ao Terror. A transferência de centenas de membros da Al-Qaeda e do Talibã para a base estadunidense na ilha de Cuba porque possuíam "*significant intelligence value*" ou representavam uma contínua ameaça aos Estados Unidos[25] não encontrava substrato normativo internacional algum. Ora, os membros do Talibã capturados no Afeganistão pertenciam à categoria descrita ao art. 4ª (3) da Convenção de Genebra III. Os membros da Al-Qaeda, por sua vez, por lutarem ao lado de membros das forças armadas de um beligerante no conflito, deveriam ter sido considerados protegidos até que seu *status* fosse determinado[26], conforme art. 5º da Convenção de Genebra III. Por tudo isso, precisariam ser tratados como prisioneiros de guerra e beneficiados com as regras de DIH. Porém, como isso seria impeditivo das demandas estadunidenses, foi necessário tratar esses prisioneiros como *unlawful combatants* e, assim, retirar-lhes qualquer proteção que lhes era garantida pelo Direito Internacional atirando-se no que se convencionou chamar de "*legal black hole*[27]".

Mais grave do que isso, as condições sob as quais eram mantidos os acusados de terrorismo não lhes garantiam quaisquer dos vários direitos reconhecidos nas Convenções de Genebra. Chegou-se ao extremo de submetê-los à tortura, renomeada como "técnicas aprimoradas de interrogatório"[28] aprovadas por Donald Rumsfeld, Secretário da Defesa estadunidense, e aplicadas no interrogatório dos detentos na Baía de Guantánamo a partir de

---

24 STEPHENS, Dale; LEWIS, Michael W. The Law of Armed Conflict – a Contemporary Critique. *In: Melbourne Journal of International Law* (2005), vol. 6, Issue 1, p. 55-85.

25 BORELLI, Silvia. Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the "war on terror". *In: International Review of the Red Cross*, vol. 87, nº 857, 2005 (p. 39-68), p. 42-43.

26 Idem, p. 50.

27 STEYN, Johan. Guantanamo Bay: the legal black hole. *In: The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, No. 1 (Jan., 2004), pp. 1-15.

28 O programa de tortura criado pelo Departamento de Justiça e pela Casa Branca continha, para além de dez técnicas de tortura aprovadas, outras técnicas ou atos que nunca foram aprovados, mas mesmo assim realizados, como uso de drogas, abuso sexual, hidratação e alimentação retal, e ameaças. Para mais, ver: DENBEAUX, Mark. *et al*. How America Tortures. *In: Seton Hall Public Law Research Paper Forthcoming,* p. 57-61. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3494533. Acesso em: 17 out. 2021.

2002[29]. Essa condição foi amplamente reconhecida nacional[30] e internacionalmente[31], mas permaneceu inalterada por muito tempo.

(iii) A ampliação e a ressignificação do fugidio conceito de terrorista serviram de fundamento para as pressões por mudança do Direito de Guerra. Embora historicamente fosse óbvio que necessidades militares não serviriam a justificar violações do DIH[32], a lógica defendida se sustentava na ideia de que o antigo corpo normativo que constituía o Direito de Genebra – e, portanto, o centro do conceito de crimes de guerra – estava desatualizado e não se prestava mais à luta contra o fenômeno do terrorismo. A alteração do DIH, seria, inclusive, um imperativo da proteção de direitos humanos.

É nesse sentido que passa a se desenvolver, internacionalmente, a importante campanha pela alteração do *jus in bello* que se caracterizou como o *lawfare* contra os crimes de guerra. O termo *lawfare* foi cunhado por DUNLAP em 2001, que o definiu como "*the use of law as a weapon of war*" e "*a method of warfare where law is used as a means of realizing a military objective*"[33]. Referiu-se Dunlap ao desejo crescente de evitar violações

---

29 Essas técnicas utilizadas contra os prisioneiros de guerra incluíam: "(…) *the persistent conditioning techniques—Nudity, Dietary Manipulation, and Sleep Deprivation—were used to reduce detainees to a "baseline, dependent state" where the detainee understands that he has no control over basic human needs. (…)The techniques that use physical contact—the Insult Slap, Abdominal Slap, Facial Hold, and Attention Grasp—are used to shock detainees and to contribute to an atmosphere in which the detainee is acutely aware that he has no control over what happens to him. (…) Coercive Techniques—Walling, Water Dousing, Stress Positions, Wall Standing, and Cramped Confinement—are techniques meant to cause more "physical and psychological stress" than the "Corrective Techniques," and are considered more effective for that reason*". Ver: DENBEAUX, Mark. *et al*. How America Tortures. *In: Seton Hall Public Law Research Paper Forthcoming*, p. 57-61. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3494533. Acesso em: 17 out. 2021.

30 Em 2006, a própria Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o artigo 3º comum às Convenções de Genebra é aplicável ao tratamento dos prisioneiros sob custódia dos Estados Unidos e que tortura e outras violações são delitos passíveis de persecução. Ver: UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.,* 548 U.S. 557 (2006), No. 05.184, 29 June 2006. Disponível em http://www.supremecourt.gov. Acesso em: 17 out. 2021.

31 Veja-se a Declaração 57/219, da Assembleia Geral, de 2003, segundo a qual: "*States must ensure that any measure taken to combat terrorism complies with their obligations under international law, in particular international human rights, refugee and humanitarian law".*

32 TRIFFTERER, Otto; AMBOS, Kai. *The Rome Statute of the International Criminal Court:* A Commentary. Third Edition. München, Oxford, Baden-Baden: C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 305.

33 DUNLAP JR, Charles. Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts. Paper delivered at the *Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference at the Carr Center for Human Rights*, Kennedy School of Government, Harvard University, Washington DC, 29 November 2001, p. 2. Disponível em: https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

às normas do Direito Internacional, preocupando-se que o "*lawfare – using information about violations – could have a constraining effect on the US military by undermining public support for warfare*"[34].

Esse exercício de pressão é um instrumento de Estado que pode ter importantes efeitos na estável pretensão internacional de proteção dos direitos humanos, mas não é propriamente novo. Segundo HAJJAR, esse movimento teve como pioneiro o Estado de Israel, que pretendeu alterar as previsões de aplicabilidade do DIH nos territórios conquistados da Cisjordânia e de Gaza[35]. Em lugar de ignorar as leis internacionais inconvenientes, Israel forjou interpretações originais, desafiando o consenso internacional, para projetar a legalidade das práticas de Estado[36], lançando o argumento jurídico na arena política do debate internacional.

Não é difícil perceber que, na declarada Guerra ao Terror pós-onze de setembro, alguns elementos-chave do *state lawfare* israelense foram imitados pela administração de Bush. Quando foi decidido pelo governo estadunidense que as Convenções de Genebra eram inaplicáveis à conduta dos Estados Unidos na guerra contra inimigos não-estatais, tratados como "*unlawful combatants*", a posição do *lawfare* fica clara: foi literalmente criada uma exceção à estável normatividade do DIH para eximir agentes estatais de futura responsabilização por violações, ou seja, para garantir e justificar quaisquer de seus meios na guerra, ainda que a análise às Convenções de Genebra deixasse claro não haver qualquer exceção de aplicabilidade ao conflito armado travado no Afeganistão e no Iraque[37].

---

34 DUNLAP JR, Charles. Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts. Paper delivered at the *Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference at the Carr Center for Human Rights*, Kennedy School of Government, Harvard University, Washington DC, 29 November 2001, p. 4. Disponível em: https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

35 As justificativas doutrinárias para esse movimento são várias, como em KIEVAL: "*Israel, threatened continuously by terrorist attacks, has been beset by hostile violence since before its inception. Attacks have violated international law in many ways: using children not merely as soldiers but as "martyrs"; deliberately targeting civilians; manufacturing weapons to cause both maximum destruction and maximum suffering, as by the inclusion of nails, screws, and anticoagulants; using ambulances to smuggle explosives; using Palestinian civilians as human shields; using violence to derail peace negotiations rather than in self-defense; and most sinisterly, having "ethnic cleansing" as a goal*". KIEVAL, Michael Y. Be reasonable! Thoughts on the effectiveness of state criticism in enforcing international law. *In: Michigan Journal of International Law*, n. 26, issue 3, 2005 (p. 869-898), p. 886.

36 Ibidem, p. 8.

37 "*Despite different views expressed by some of the protagonists, the rules of IHL regulating international armed conflict (and military occupation) were applicable in full to the conflicts in Iraq and Afghanistan. (…) US declared that, although in principle the Geneva Conventions applied to members of the Taliban, Taliban soldiers taken prisoner in Afghanistan could not be considered prisoners of war under the Third*

Enfim, como se vê, o *lawfare* estadunidense levado a cabo pela administração Bush encontrou campo fértil para se desenvolver diante do pavor que assolou a comunidade internacional depois dos ataques do 11 de Setembro. A paranoica reação internacional diante do fenômeno do terrorismo tornou propícia a abertura para o debate e questões que outrora seriam discutidas entre juristas passaram a ser debatidas no espaço político, pois uma nova regulação da questão passou a ser defendida em nome da necessidade de combate a "certo mal que escapa à normalidade"[38].

## 3 OS CRIMES DE GUERRA VINTE ANOS DEPOIS DO *LAWFARE:* A ESTABILIDADE DO CONCEITO PRODUZIDA PELO ESTATUTO DE ROMA E O IMPEDITIVO DE UMA POLÍTICA CASUÍSTICA DE ALTERAÇÃO

Duas décadas depois desse movimento de *lawfare* que pressionou o DIH no sentido do seu substancial esvaziamento, é de se perguntar que marcas permaneceram na prática internacional e nas normativas que tratam do tema. Houve, de fato, alguma modificação efetiva dos estáveis conceitos que são essenciais na compreensão e na definição dos crimes de guerra?

A resposta parece ser negativa. Isso não significa dizer que a pressão internacional sobre o DIH do início do século não tenha produzido efeitos preocupantes. O desespero internacional em torno do fenômeno do terrorismo serviu ao desenvolvimento de uma série de documentos internacionais sobre a questão cuja assinatura, pelos países, implicou a criação de uma rede normativa importante de repressão ao terrorismo, tanto interna quanto externamente. No plano externo, tratados bilaterais e multilaterais contribuíram para a facilitação da cooperação penal internacional, por exemplo, no combate ao terror com medidas de extradição, colaboração investigativa, congelamento de ativos, etc. No plano interno,

*Geneva Convention, as they were "unlawful combatants" in that they did not satisfy the requirements of Article 4 thereof. With respect to the other "war" fought on Afghan territory, that against al Qaeda, the administration's position was that "none of the provisions of Geneva [sic] apply to our conflict with al Qaeda in Afghanistan or elsewhere throughout the world because, among other reasons, al Qaeda is not a High Contracting Party to Geneva," consequently, members of al Qaeda could not qualify as prisoners of war. According to the US administration, all persons captured during the conflict in Afghanistan were therefore "unlawful combatants" who did not "have any rights under the Geneva Convention*". BORELLI, Silvia. Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the "war on terror". *In: International Review of the Red Cross,* vol. 87, nº 857, 2005 (p. 39-68), p. 46-47.

38 DISSENHA, Rui Carlo; SANTOS, Larissa. Crimes de Guerra: sobre as dificuldades do conceito diante da nova configuração dos conflitos armados. *In: Direito Militar*, v. 107, 2014 (p. 23-27), p. 26.

vários países viram-se obrigados à criação de tipos penais específicos para criminalizar as condutas terroristas de forma a se adaptarem aos tratados internacionais que assinaram.

O problema, em certa medida, é justamente esse. A ampla criminalização do terrorismo – fenômeno pouco claro e de fortes conotações políticas – demanda ajustes normativos internos que podem comprometer sistemas de garantia de direitos humanos, especialmente quando feitos às pressas. O caso brasileiro é notório, pois a legislação anti-terror, no caso, a Lei n. 13.260/2016, é amplamente criticável pelo espaço que cria para a criminalização de atos preparatórios que, por si só, carecem de potencial lesivo a bens jurídicos e justamente por isso implica riscos à gestão democrática do poder punitivo. Outro exemplo interessante é o problemático o tratamento da questão como realizada no espaço comum europeu e as aparentes limitações à proteção de direitos humanos produzidas no contexto de sistemas jurídicos historicamente garantistas[39].

Entretanto, e paradoxalmente, apesar da ampla modificação produzida pela "guerra ao terror" no plano interno ou cooperativo, o conceito de crimes de guerra, que é o foco do presente estudo, permaneceu estável e inalterado. Para além de eventuais obscuros acordos bilaterais celebrados entre alguns países, não há qualquer alteração do conteúdo das Convenções de Genebra ou do Direito Costumeiro da Guerra. Embora alguma alteração hesitante do *jus ad bellum* poder ser mencionada na forma de uma "virada à ética", como mencionada por KOSKENNIEMI[40], o *jus in bello* permeneceu um corpo estável e coeso nos últimos vinte anos, apesar de toda a pressão do grupo liderado pelos Estados Unidos. O que teria dado tanto vigor ao conceito de crime de guerra, portanto, que parece ter resistido muito bem ao ataque do *lawfare* da virada do século?

A resposta se pode encontrar, na hipótese que aqui se defende, em uma importante instituição internacional que surgiu concomitantemente aos movimentos de pressão pela mudança do DIH, qual seja, o Tribunal Penal Internacional do Estatuto de Roma de 1998. O *lawfare* que pretendeu, em certa medida, reduzir, senão esvaziar, o conteúdo do conceito de crimes de guerra pela modificação do DIH, desenvolveu-se em momento muito pouco propício a isso, pois alguns poucos anos antes o consenso internacional se havia manifestado na criação do Estatuto de Roma, quando se reafirmou o conceito de crimes de guerra no total do seu esplendor.

---

39 CAVALIERE, Antonio. A influência do direito penal europeu das organizações criminais sobre o ordenamento italiano. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como Crítica da Pena.* Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 53-74.

40 KOSKENNIEMI, Martii. 'The Lady Doth Protest too Much': Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law. *In: The Modern Law Review,* vol. 65, n. 2, March 2002, p. 159-175.

De fato, o Estatuto de Roma não apenas reiterou o conteúdo dos crimes de guerra, reafirmando o conceito no contexto do DIH, como também o sistematizou, em certa medida, ao reorganizá-lo segundo a forma mais próxima possível da experiência dos tribunais penais internacionais *ad hoc* dos anos noventa. Como se sabe, a partir da jurisprudência do caso *Tadic*, o conceito de crime de guerra fica melhor definido como a *violação do DIH*, ou seja, como a violação quer do Direito de Genebra, quer do Direito de Haia, e, ainda, do que restar dessa regulação da norma das violações das leis e costumes da guerra[41]. O Estatuto de Roma absorveu essa experiência prévia e já delimitou sob a rubrica de *crimes de*

---

41 "*A literal interpretation of Article 3 shows that: (i) it refers to a broad category of offences, namely all "violations of the laws or customs of war"; and (ii) the enumeration of some of these violations provided in Article 3 is merely illustrative, not exhaustive. To identify the content of the class of offences falling under Article 3, attention should be drawn to an important fact. The expression "violations of the laws or customs of war" is a traditional term of art used in the past, when the concepts of "war" and "laws of warfare" still prevailed, before they were largely replaced by two broader notions: (i) that of "armed conflict", essentially introduced by the 1949 Geneva Conventions; and (ii) the correlative notion of "international law of armed conflict", or the more recent and comprehensive notion of "international humanitarian law", which has emerged as a result of the influence of human rights doctrines on the law of armed conflict. As stated above, it is clear from the Report of the Secretary-General that the old-fashioned expression referred to above was used in Article 3 of the Statute primarily to make reference to the 1907 Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and the Regulations annexed thereto (Report of the Secretary-General, at para. 41). However, as the Report indicates, the Hague Convention, considered qua customary law, constitutes an important area of humanitarian international law. (Id.) In other words, the Secretary-General himself concedes that the traditional laws of warfare are now more correctly termed "international humanitarian law" and that the so-called "Hague Regulations" constitute an important segment of such law. Furthermore, the Secretary-General has also correctly admitted that the Hague Regulations have a broader scope than the Geneva Conventions, in that they cover not only the protection of victims of armed violence (civilians) or of those who no longer take part in hostilities (prisoners of war), the wounded and the sick) but also the conduct of hostilities; in the words of the Report: "The Hague Regulations cover aspects of international humanitarian law which are also covered by the 1949 Geneva Conventions." (Id., at para. 43.) These comments suggest that Article 3 is intended to cover both Geneva and Hague rules law. On the other hand, the Secretary-General's subsequent comments indicate that the violations explicitly listed in Article 3 relate to Hague law not contained in the Geneva Conventions (id., at paras. 43-4). As pointed out above, this list is, however, merely illustrative: indeed, Article 3, before enumerating the violations provides that they "shall include but not be limited to" the list of offences. Considering this list in the general context of the Secretary-General's discussion of the Hague Regulations and international humanitarian law, we conclude that this list may be construed to include other infringements of international humanitarian law. The only limitation is that such infringements must not be already covered by Article 2 (lest this latter provision should become superfluous). Article 3 may be taken to cover all violations of international humanitarian law other than the "grave breaches" of the four Geneva Conventions falling under Article 2 (or, for that matter, the violations covered by Articles 4 and 5, to the extent that Articles 3, 4 and 5 overlap)*". UNITED NATIONS. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Prosecutor

*guerra* essa ampla conceituação definida anteriormente, o que potencializou o movimento de consenso internacional sobre a espécie.

Assim, quando o *lawfare* liderado pelos Estados Unidos pretendeu constranger o DIH e readequá-lo aos seus interesses, encontrou ouvidos moucos na coletividade internacional que acabara, havia poucos anos antes, de se assentar no sentido contrário. Não havia espaço para se voltar atrás, sobretudo diante da ampla aceitação internacional que caracterizou a rápida entrada em vigor do Estatuto de Roma, em julho de 2002. O adensamento normativo criado por essa corte, portanto, caracterizou-se como o maior entrave à política deslegitimadora do DIH como conduzida pelo *lawfare* estadunidense.

Aqui, vale lembrar da análise que faz KOSKENNIEMI sobre a norma internacional. Como se sabe, a norma internacional na compreensão do jurista finlandês tem em sua constituição um importante componente político responsável, inclusive, pela sua aceitação internacional. A norma internacional, tradicionalmente construída em um contexto de oposições, precisa encontrar alguma maleabilidade entre a concretude e a normatividade para poder solucionar os conflitos aos quais se aplica. É nesse movimento do Direito Internacional que ele tradicionalmente transita entre uma maior aderência à soberania estatal, por vezes, e às fontes normativas internacionais, por outras[42], em um compromisso do viável para a solução do conflito sustentado na política como elemento central – mas tomada aqui não como uma forma de degeneração do Direito e, sim, como sua "condição de possibilidade". É aí que reside a profunda indeterminação da norma internacional[43], segredo de seu sucesso e da sua capacidade de solução de conflitos internacionais.

É por isso que, nas palavras de JOUANNET, "as soluções adotadas e decisões tomadas não mais têm suas justificações definitivas na linguagem formal da lei; na verdade, elas pertencem ao mundo real da política – que é aquele da determinação e do comprometimento, tanto quanto é o da manipulação e da exploração"[44], o que torna impossível decisões materiais diante da norma internacional que não impliquem decisões também políticas[45].

---

v. Duško Tadić. *Decision on the Defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction.* Case n. IT-94-1. Appeals Chamber. Decision of 2 October 1995*,* par. 87.

42 KOSKENNIEMI, Martii. *From Apology to Utopia:* The Structure of International Legal Argument. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 575.

43 KOSKENNIEMI, Martii. *From Apology to Utopia:* The Structure of International Legal Argument. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 590 e seguintes.

44 JOUANNET, E. Koskenniemi: A Critical Introduction. *In:* KOSKENNIEMI, Martii. *The Politics of International Law* (p. 01-32). Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011, p. 12 (tradução livre).

45 KOSKENNIEMI, Martii. The Politics of International Law. *In: European Journal of International Law* (p. 04-32), n. 1 (1990), p. 31.

Ora, a comunidade internacional havia pouco decidira o destino dos crimes de guerra e, portanto, adotada uma posição política em torno desse conceito. Ainda que a pressão do *lawfare* estadunidense tenha sido formidável, é certo que encontrou um consenso adamantino sobre a questão que chegara a se manifestar na forma, inclusive, de um crime internacional plasmado em um texto que a Civil Law poderia classificar de *tipificado*, com todas as consequências de estabilidade que se reconhece ao conceito de "tipo" penal.

Importa esclarecer que não se acredita que a existência de um tribunal penal internacional, por si só, seja capaz de evitar o *lawfare* – como de fato não o foi –, mas a criação do Estatuto de Roma representou um ponto de inflexão importante sobre o consenso internacional em torno de alguns conceitos. Precisamente os conceitos que os EUA queriam ver alterados. Por isso, ainda que não fosse esse o foco do Estatuto de Roma, a criação do TPI foi oportuna e representou um *tour de force* do Direito Internacional contra o *lawfare* estadunidense. Curiosamente, embora a pretensão do Estatuto de Roma fosse muito mais a de controlar as ações de indivíduos que atuassem contra o DIH, um importante resultado que produziu foi o controle dos interesses políticos estatais contrários à estabilidade dos crimes de guerra.

A estabilização do conceito de crime de guerra e de um Direito Internacional Humanitário representaram, nesse sentido, uma das maiores conquistas internacionais desde as Convenções de Genebra e implicaram não ser possível voltar atrás para concordar com as pretensões estadunidenses. O *lawfare*, assim, perdeu vigor aos poucos. A pressão por mudanças permaneceu enquanto as forças políticas internas dos Estados Unidos sustentavam uma racionalidade de poder que precisava daquela mudança. Alterado o contexto político interno, ficou mais fácil abandonar a pretensão de mudança do DIH. Nesse sentido, o elemento político materializado no consenso internacional presente no Estatuto de Roma sobre os crimes de guerra representou uma força magnífica contra a política do *lawfare* de um punhado de países interessados em fazer da guerra ao terror o espaço de mudanças históricas do *jus in bello*.

## 4 CONCLUSÕES

O presente estudo pretendeu discutir alguns dos efeitos do *lawfare* que, no início do século XXI, quis pôr em xeque o conteúdo e o conceito de crimes de guerra como resultado de uma construção internacional.

A discussão tentou demonstrar que esse conceito se sustenta na importante construção normativa de controle da guerra que se convencionou chamar de Direito Internacional Humanitário. De raízes fincadas ainda no século XIX, esse sistema de Direito aprendeu com o sofrimento humano a criar limites à condução das guerras. E assim fazendo,

plantou as bases do que viria a ser o crime de guerra: uma violação das normas tidas como obrigatórias a toda a coletividade internacional dentro de um conflito armado.

Concomitantemente **à** experiência da universalização dos direitos humanos no pós-Segunda Guerra, o adensamento normativo produzido pelas Convenções de Genebra gozou de ampla aceitação internacional ao ponto de figurar nas muito peculiares cortes penais internacionais *ad hoc* criadas pelas Nações Unidas nos anos noventa que iriam ser responsáveis, também, por atualizações pontuais desse ramo do Direito. O passo final de estabilidade do tema seria dado na experiência do Estatuto de Roma, de 1998, que sedimentou, de uma vez por todas, o conceito de crime de guerra em uma clara e bem-feita definição normativa.

O que este texto quer concluir é que talvez tenha sido justamente essa a feliz ação internacional capaz de impedir uma alteração profunda das regras de controle da guerra. Afinal, foi logo após a estabilização desse conceito no estatuto do Tribunal Penal Internacional que se iniciou um movimento político violento de contrariedade às tais regras do *jus in bello*. Atentados terroristas e a consequente resposta internacional, capitaneada pelos Estados Unidos e alguns outros países poderosos, pretenderam minar a estabilidade dos crimes de guerra pela alteração das próprias regras de Genebra – tudo em atenção às demandas circunstanciais de um mundo que respondeu de forma formidável e figadal aos movimentos terroristas. Entretanto, vinte anos depois, o conceito de crime de guerra continua impávido, ativo, sem alterações e gozando de ampla aceitação internacional, como demonstra o grande número de países que se vincula ao Estatuto de Roma.

Acredita-se que embora a pressão produzida pelo *lawfare* estadunidense tenha sido enorme, veio, felizmente, em hora errada, pois exercida contra um recém-constituído esforço universal de reafirmação do DIH. A lição que fica é a de que se é verdade que a política internacional é responsável pela intensa maleabilidade das normas internacionais, consensos universais que se orientem em torno de valores muito importantes, tais como a proteção de direitos humanos, precisam ser mesmo plasmados em textos normativos com a maior amplitude possível, pois essa condição permite estabilizar uma *opinio juris* universal e, assim, garantir que pretensões políticas ocasionais – como ocorre com frequência com o uso do *lawfare* – não sejam capazes de diminuir os efeitos positivos do consenso.

Nesse sentido, é emprestar aos instrumentos normativos internacionais aquilo que, no plano penal, é entendido por alguns autores como a função essencial do conjunto de normas: controlar o poder punitivo[46]. Mais do que regular condutas dos cidadãos na

[46] ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro:* primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 108-109.

sua individualidade, as normas criadas pelo Direito Penal servem para controlar o Estado e dar-lhe limites claros no exercício da violência institucionalizada. Foi precisamente o que aconteceu no caso, pois, mais do que servir à criminalização de condutas no contexto em que se discute aqui (embora também a isso tenha servido, como demonstra a ampla jurisprudência dos tribunais penais internacionais), a definição clara e estável do conceito de crimes de guerra serviu a impedir que o poder instituído (punitivo ou militar, que nessa história se confundem) mudasse as regras do jogo por demandas meramente políticas.

Não é à toa que o genial Tobias Barreto já sabia disso há mais de cem anos, justamente quando aproximou a análise do poder punitivo com a guerra: "quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra"[47].

## REFERÊNCIAS

ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro:* primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Segunda edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. *In: Estudos de direito.* Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editora, 1892 (p. 131-179). Republicado em *Revista dos Tribunais,* ano 85, volume n. 727, maio de 1996 (p. 639-650).

BORELLI, Silvia. Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the "war on terror". *In: International Review of the Red Cross,* vol. 87, nº 857, 2005 (p. 39-68).

CAVALIERE, Antonio. A influência do direito penal europeu das organizações criminais sobre o ordenamento italiano. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como Crítica da Pena.* Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012.

CHEVIGNY, Paul. A repressão nos Estados Unidos após o atentado de 11 de setembro. I*n: SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 1, nº 1, 2004.

DENBEAUX, Mark. *et al*. How America Tortures. *In: Seton Hall Public Law Research Paper Forthcoming*, p. 57-61. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3494533. Acesso em: 17 out. 2021.

[47] BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. *In: Estudos de direito.* Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editora, 1892 (p. 131-179). Republicado em *Revista dos Tribunais*, ano 85, volume n. 727, maio de 1996 (p. 639-650), p. 650.

DISSENHA, Rui Carlo. Do Iraque ao Iraque outra vez: o jus ad bellum no contexto internacional depois de 10 anos da invasão iraquiana. *Revista Jurídica (FIC)*, v. 4, p. 225-248, 2014.

DISSENHA, Rui Carlo; SANTOS, Larissa. Crimes de Guerra: sobre as dificuldades do conceito diante da nova configuração dos conflitos armados. *In: Direito Militar*, v. 107, 2014 (p. 23-27).

DUNLAP JR, Charles. Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts. Paper delivered at the *Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference at the Carr Center for Human Rights*, Kennedy School of Government, Harvard University, Washington DC, 29 November 2001, p. 2. Disponível em: https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

FISCHER, Horst, The Status of Unlawful Combatants. *In:* HEERE, Wybo (ed.), *Terrorism and the Military – International Legal Implications.* Utrecht: TMC Asser Press, 2003.

GOMES, Aureo de Toledo; MIKHAEL, Michelle Mitri. Terror or Terrorism? Al-Qaeda and the Islamic State in Comparative Perspective. *In: Brazilian Political Science Review*, 12 (1), 2018.

HERRMANN, Irene; PALMIERI, Daniel. Les nouveaux conflits: une modernité achaïque?. *In: International Review of the Red Cross* (March 2003), vol. 85, n. 849.

JERVIS, Robert. Understanding the Bush Doctrine. The Academy of Political Science. *In: Political Science Quarterly*, vol. 118, nº 3, 2003 (p. 365-388).

KIEVAL, Michael Y. Be reasonable! Thoughts on the effectiveness of state criticism in enforcing international law. *In: Michigan Journal of International Law*, n. 26, issue 3, 2005 (p. 869-898).

KOSKENNIEMI, Martii. The Politics of International Law. *In: European Journal of International Law* (p. 04-32), n. 1 (1990).

KOSKENNIEMI, Martii. *From Apology to Utopia:* The Structure of International Legal Argument. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

KOSKENNIEMI, Martii. 'The Lady Doth Protest too Much': Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law. *In: The Modern Law Review*, vol. 65, n. 2, March 2002, p. 159-175.

JOUANNET, E. Koskenniemi: A Critical Introduction. In: KOSKENNIEMI, Martii. *The Politics of International Law* (p. 01-32). Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011.

MOHAMEDOU, Mohammad-Mahmoud Ould. The Rise and Fall of Al Qaeda: Lessons in Post--September 11 Transnational Terrorism. *In: GCSP Geneva Papers,* Research Series nº 3, sept. 2011. Disponível em: https://www.files.ethz.ch/isn/131483/Geneva%20Paper%203%20-%20Research%20Series.pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

NERLICH, Volker. *War Crimes* (International Armed Conflicts). In: CASSESE, Antonio. *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. New York: Oxford University Press, 2009.

PFANNER, Toni. Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action. *In: International Review of Red Cross* (March 2005), vol. 87, number 857.

STEPHENS, Dale; LEWIS, Michael W. The Law of Armed Conflict – a Contemporary Critique. *In: Melbourne Journal of International Law* (2005), vol. 6, Issue 1, p. 55-85.

STEYN, Johan. Guantanamo Bay: the legal black hole. *In: The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, No. 1 (Jan., 2004), p. 1-15.

TRIFFTERER, Otto; AMBOS, Kai. *The Rome Statute of the International Criminal Court:* A Commentary. Third Edition. München, Oxford, Baden-Baden: C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016.

UNITED NATIONS. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Prosecutor v. Duško Tadić. *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*. Case n. IT-94-1. Appeals Chamber. Decision of 2 October 1995.

UNITED NATIONS. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Prosecutor v. Duško Tadić. *Judgement.* Case n. IT-94-1. Appeals Chamber. Decision of 15 July 1999.

UNITED NATIONS. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. PROSECUTOR v. Mladen NALETILIC, aka "TUTA" And Vinko MARTINOVIC, aka "ŠTELA". *Judgement.* Case n. IT-98-34. Trial Chamber. Decision of 31 March 2003.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.*, 548 U.S. 557 (2006), No. 05.184, 29 June 2006. Disponível em: http://www.supremecourt.gov. Acesso em: 17 out. 2021.

Capítulo 5

# ENTRE POPULISMOS E INVESTIMENTOS: A DISPUTA ENTRE ARGENTINA E URUGUAI SOBRE O USO DO RIO URUGUAI NA ERA DE *LAWFARE*

*Tatiana Cardoso Squeff*[1]
*Thales Romano Coelho*[2]

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. A ESTRATÉGIA DO *LAWFARE;* 2. A QUESTÃO DAS PAPELEIRAS E O OBJETO DAS AÇÕES NO MERCOSUL E NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA; 3. O CONTEXTO DA DISPUTA EM TORNO DAS PAPELEIRAS: UMA QUESTÃO DE *LAWFARE*?; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: *LAWFARE* COMO INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

A máxima axiomática dentre os estudiosos de Direito Internacional é de que a razão máxima do Direito está alinhada à manutenção da ordem e à prevenção da resolução de

1 Professora da Graduação e do Mestrado em Direito da UFU. Estagiária de pós-doutorado em direitos e garantias fundamentais na FDV. Doutora em Direito Internacional pela UFRGS, com período junto à University of Ottawa. Mestre em Direito pela Unisinos, com bolsa CAPES e período de estudos junto à University of Toronto. Pesquisadora do NETI-USP. E-mail: tatiana.squeff@ufu.br

2 Graduado pela Universidade Federal de Santa Maria. Alumni da Hague Academy of International Law. Advogado. E-mail: thalesrcoelho@gmail.com.

conflitos por meios violentos. Nasce, portanto, junto com o desenvolvimento do Direito uma tática de batalha não violenta (mas que em diversas situações acompanha uma disputa violenta) e que se apresenta como alternativa ou ferramenta em muitos enfrentamentos de direcionamento de opinião pública e obtenção de poder moral, a qual chama-se *Lawfare.*

Com base nisso, ao analisar-se o embate internacional que envolveu a instalação de papeleiras no Uruguai, às margens do rio homônimo, e que culminou no notório *Pulp Mills Case* perante a Corte Internacional de Justiça, percebe-se que os comportamentos que permeavam os embates jurídicos fizeram com que a situação muito se amoldasse à uma tática de *Lawfare,* sobretudo, por parte do governo Argentino. Isso porque as "salas de audiências" internacionais se mostraram muito convenientes não só aos interesses nacionais, mas também aos seus governantes, que viram surgir a possibilidade de embate a fim de legitimar seu ponto de vista.

Desta maneira, considerando o conceito relevante, a disputa em si (e não só a contenciosa), verifica-se a necessidade de revisitar o que acontecia naquele momento entre os Estados para melhor se entender a significância e os verdadeiros interesses por trás das argumentações que acabaram por ser submetidas à instâncias judiciais tanto no âmbito do Mercosul quanto no âmbito da Corte Internacional de Justiça. Outrossim, tem-se que a limitação da análise também não pode ficar adstrita à disputa em si, eis que os indícios do envolvimento dos interesses dos representantes dos países se mostraram especialmente relevantes.

Nesse passo, este texto se volta primeiramente à análise de *Lawfare* enquanto tática para então adentrar na análise da conduta das partes durante os embates. Em consequência disso, as considerações finais expostas ao final, decorrem de lógica dedutiva, fruto da análise de fatos a partir de conceitos previamente estabelecidos.

## 1 A ESTRATÉGIA DO *LAWFARE*

O termo *Lawfare*, apesar de não ser tão novo, tem as suas definições e aplicações em constante desenvolvimento, de forma que *Lawfare* passou a ser usado de maneira mais ampla em razão do seu funcionamento. Contudo, para melhor entender o que é e como se situa o *status* atual da *Lawfare,* é indispensável buscar o histórico do conceito cuja denominação teria surgido no âmbito da discussão de que as sociedades se tornavam cada vez mais litigiosas.[3]

[3] CARLSON, John. YEOMANS, Neville. *Whiter Goeth the Law*. The Way Out – Radical Alternatives in Australia. 1975. Melbourne/AUS. Lansdowne Press. Disponível em: http://www.laceweb.org.au/whi.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

Desde o princípio dos conflitos bélicos, lideranças de quaisquer partes envolvidas perceberam que para alcançar o sucesso no campo de batalha, nem sempre o melhor guerreiro aliado ao melhor armamento seria o suficiente para a dominação do oponente. Os Romanos, por exemplo, reassentavam povos conquistados para dificultar insurgências mesmo que tivessem superioridade bélica; já Napoleão instituiu um bloqueio comercial continental na Europa para enfraquecer a Inglaterra e seus Aliados, da mesma forma que a Alemanha não anexou a Áustria em 1938 sem antes organizar um teatral plebiscito.

Essa noção, de forma indireta de conflito, auxiliar ao campo de batalha, encontra histórica acomodação no Direito Internacional dos Conflitos Armados, intimamente relacionados a reger países em conflito de forma que os civis fossem ao máximo resguardados. É nesse contexto que o termo *Lawfare* começa a ser estabelecido como um conceito, razão pela qual passa a ser definido como o uso do Direito como uma arma de guerra, pois atores internacionais militarmente mais fracos conseguiam se amparar em argumentos de violação de normas de Direito Internacional dos Conflitos Armados para tomar a opinião pública a seu favor e prejudicar o adversário militarmente mais forte.[4]

A premissa para tal argumento vem de exemplos da Primeira Guerra do Golfo, em que uma casamata situada em Bagdá fora bombardeada pela coalização patrocinada pelos Estados Unidos e Nações Unidas[5], de forma que as imagens dos corpos de pessoas sendo retirados dos escombros impressionaram o mundo e fizeram com que os líderes da coalizão ficassem reticentes em ter de lidar com um desastre de opinião pública que seria causado por bombardear Bagdá novamente.[6] Isto é, a ideia de que tal ataque supostamente violasse o Direito Internacional dos Conflitos Armados gerava tamanha repercussão negativa que fez com que a defesa antiaérea da capital iraquiana fosse alcançada politicamente ao invés de militarmente mesmo que o ataque fosse formalmente legal.[7]

---

4 DUNLAP JR, Charles J. *Law and Military Interventions*: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts. Prepared for the Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference. Carr Center for Human Rights Policy. Kennedy School of Government. Boston: Harvard University, 2001, p. 4. Disponível em: https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf. Acesso em: 02 set. 2021.

5 Por meio da Resolução 678 de 29 de novembro de 1990, o Conselho de Segurança da ONU autorizou que Estados em cooperação com o Governo do Kuwait restaurassem a segurança e a paz internacional. Documento da ONU S/RES/678(1990) disponível em: https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/575/28/PDF/NR057528.pdf?OpenElement. Acesso em: 02 set. 2021.

6 DUNLAP JR, Charles J. *Law and Military Interventions:* Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts. Prepared for the Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference. Carr Center for Human Rights Policy. Kennedy School of Government. Boston: Harvard University, 2001, p. 5. Disponível em: https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf. Acesso em: 02 set. 2021.

7 DUNLAP JR, Charles J. *Law and Military Interventions:* Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts. Prepared for the Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference. Carr Center for Human

É nesta mesma linha de raciocínio que Dale Stephens, na obra "The Age of *Lawfare*", tece suas considerações de que *Lawfare* seria uma instrumentalização ou politização do Direito para alcançar uma vantagem tática ou estratégica que poderia ser implementada pelos atores internacionais que tivessem poder o suficiente de influenciar a opinião pública de alguma maneira.[8] Tal elemento se mostrara verdadeiro no incidente de 'Mai-Lai' durante a Guerra do Vietnã, em que um ataque do exército dos Estados Unidos culminou na morte de mais civis do que combatentes inimigos, ocasionando uma crise de relações públicas tanto perante outros Estados, como perante a própria sociedade estadunidense, razão pela qual a observância do Direito Internacional dos Conflitos Armados e seu impacto na opinião pública passou a ganhar grande relevância.[9]

É possível depreender que, ainda no âmbito dos Conflitos Armados, a *Lawfare* é muito mais o Direito como arma, um meio, algo que mesmo que legalmente infundado possa ser suficiente para fundamentar uma luta por amor à causa e ao debate. Nesse sentido se posiciona David Kennedy ao descrever *Lawfare* de forma semelhante, ao registrar que o Direito é um ativo disponível aos Estados que podem trazer vantagens frente aos adversários se utilizado corretamente.[10] Ou seja, o Direito se posiciona como parte do conflito ao invés de uma resolução material em si própria. Não é o Direito que trará a resposta, mas servirá como mais um capítulo em disputas que envolvem conflitos que não necessariamente se resolvem pela busca de solução jurídica.

Se a guerra enquanto beligerância através da violência direta entre dois ou mais Estados é algo cada vez menos comum, os enfrentamentos passaram a ocorrer de formas diversas, descentralizadas, envolvendo cada vez mais a sociedade contemporânea[11] eis que desde restrições de aplicativos de redes sociais[12] até medidas sanitárias tornaram-se

---

Rights Policy. Kennedy School of Government. Boston: Harvard University, 2001, p. 5. Disponível em: https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf. Acesso em: 02 set. 2021.

8 STEPHENS, Dale. The Age of *Lawfare*. *In:* PEDROZO, Raul. WOLLSCHLAEGER, Daria P. *International Law Studies* – v. 87. International Law and the Changing Character of War (Eds.). U.S. Naval War College, 2011, p. 327.

9 STEPHENS, Dale. The Age of *Lawfare*. *In:* PEDROZO, Raul. WOLLSCHLAEGER, Daria P. *International Law Studies* – v. 87. International Law and the Changing Character of War (Eds.). U.S. Naval War College, 2011, p. 346.

10 KENNEDY, David. *Lawfare* and Warfare. *In:* CRAWFORD, James. KOSKENNIEMI, Martti. (Eds.) *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 160.

11 ENNEDY, David. *Lawfare* and Warfare. *In:* CRAWFORD, James. KOSKENNIEMI, Martti. (Eds.) *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 162.

12 CHESNEY, Robert. *TikTok and the Law:* A Primer. *In: Lawfare* Blog. 2020. Disponível em: https://www.lawfareblog.com/tiktok-and-law-primer-case-you-need-explain-things-your-teenager. Acesso em: 02 set. 2021.

objeto de política internacional[13] e disputa de opinião pública. É a simbologia de ver como o Qatar se dispõe a restabelecer o aeroporto de uma cidade controlada por fundamentalistas afegãos do talibã e passa a colher frutos como um Ator Internacional com proeminência na questão do Afeganistão.[14]

Nessa toada, nota-se que os conflitos passam a ser travados num terreno formado por diversas áreas do Direito, sejam questões constitucionais, administrativas, privadas, ambientais, sociais, possessórias, sanitárias, financeiras, marítimas ou até mesmo de nacionalidade. *Lawfare,* ainda que não seja a forma mais objetiva de se atingir um fim, cada vez mais, é vista como uma forma de confrontar em meio a uma guerra (violenta ou não) maior do que uma disputa judicial.

Além disso, se em um conflito armado tradicional, o papel de regência das relações internacionais, notadamente daquelas nações situadas ao Norte, fazem com que estas detenham certa vantagem forte em grande influência política internacional, note-se que o uso do *Lawfare*, permite a diminuição de tal desigualdade, iluminando, por vezes, situações que não favorecem aqueles Estados, admitindo-se dizer que o seu emprego poderia ser considerado, quiçá, até mesmo uma ferramenta libertadora (no sentido pós/decolonial) para aqueles tradicionalmente oprimidos.

E tal aspecto possibilita depreender que *Lawfare* não fica limitada ao âmbito do Direito Internacional dos Conflitos Armados e à utilização como instrumento auxiliar no campo de batalha. O emprego de uma tática de *Lawfare* pode ter resultados tanto em uma disputa comercial, como em disputas familiares, criminais, em âmbitos nacionais ou internacionais, para que o adversário tenha a sua posição afetada e se veja obrigado a dar-se por vencido em uma batalha pela moral pública.

Utilizar da opinião pública para atingir um fim (qualquer que seja este) é atrativo a quem quer que consiga se valer de tal medida, alcançada sobretudo pelo emprego das mais variadas táticas. Desta forma, consolidada a utilização de *Lawfare* como efetiva ferramenta de direcionamento de opinião pública, é que se ambiciona que conflitos venham a ter Direito escrito neles como forma de embate político e ético ao invés de mero substituto de escolhas políticas e decisões éticas, afastando a necessidade de recurso à violência e idealizando o Direito Internacional como o "verdadeiro" campo para que se desenrolem essas batalhas.[15]

---

13 HABIBI, R. et al. Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak. *The Lancet*. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3bpqczK. Acesso em: 02 set. 2021.

14 BATRAWY, Aya. Qatar emerges as key player in Afghanistan after US pullout. *Associated Press.* 2021. Disponível em: https://apnews.com/article/middle-east-afghanistan-qatar-6c1e9e4ef1a9f0c3d19ea-c20b9321339. Acesso em: 02 set. 2021.

15 KENNEDY, David. *Lawfare* and Warfare. *In:* CRAWFORD, James. KOSKENNIEMI, Martti. (Eds.) *The Cambride Companion to International Law.* Cambridge: Cambridge University Press. 2012, p. 182-183.

Disso, se pode depreender que, do conceito inicial de *Lawfare* no âmbito do Direito Internacional dos Conflitos Armados, teriam surgido novas formas de se empregar uma tática de *Lawfare*, no âmbito de qualquer que seja o ramo do Direito relevante à disputa: i. Como forma acessória a uma questão, buscando legitimidade em uma disputa e um respaldo legais para um ponto de vista e (como a situação que se passa a analisar veio a indicar); ii. Como forma de embate favorável aos próprios interlocutores, de forma defensiva a fim de resguardar um ponto de vista sem que sejam necessários recursos violentos ou gravosos à preservação da vida. Essa diferenciação torna-se melhor de abordar diante de exemplos, como se passa a expor.

A primeira forma pode ser verificada na estratégia atualmente adotada pela Ucrânia contra a Federação Russa, no conflito envolvendo a intervenção, sucessão e anexação da Crimeia pelo Estado Russo em 2014. Tal qual intentou a Georgia também contra a Federação Russa no conflito envolvendo a Ossétia do Sul e a Abkázia, a Ucrânia emprega a *Lawfare* como forma de deslegitimar a conduta Russa e fortalecer seu posicionamento como Estado-vítima, objeto de injusta agressão e atentado de soberania, especialmente porque a Ucrânia não conseguiu obter vantagem nos campos de batalha militares inaugurados com a disputa, tal como é o próprio exemplo da situação da Criméia acima avultada.[16] Forte nisso, a expectativa é de que através da tática escolhida, o Estado militarmente mais forte seja desmoralizado de continuar a lutar.

A segunda forma, pode ser verificada quando os interlocutores empregam a tática de *Lawfare* não necessariamente para atingir um adversário, mas para marcar seu posicionamento, regendo a opinião pública aos próprios interesses dos governantes ou aos grupos que buscam agradar, como na conduta de Governos Populistas (ou de características populistas-nacionalistas) da América Latina. É nessa situação, inclusive, que o presente texto se direciona a ponderar. Afinal, Uruguai e Argentina, enquanto ambos tinham seu poder executivo chefiado por figuras eminentemente ligadas à esquerda e populismo Latino Americano, travaram aguerrido embate quando o Uruguai assegurou o interesse da instalação de industrias papeleiras às margens do Rio Uruguai no início dos anos 2000.

A disputa foi marcada por atingir diversos interesses, desde rivalidades históricas, ao interesse econômico, ambiental e foi levada tanto a um Tribunal Ad Hoc do Mercosul como à Corte Internacional de Justiça. Contudo, o que é marcante, e é objeto do presente escrito, é como a utilização da *Lawfare* enquanto ferramenta de regência da opinião pública veio a ser utilizada pelos Governos de ambas partes.

---

[16] MARCHUK, Iryna. From Warfare to '*Lawfare*': Increased litigation and rise of parallel proceedings in international courts: a case study of Ukraine's and Georgia's action against the Russian Federation. *In:* KENT, Avidan. SKOUTARIS, Nikos. TRINIDAD, Jamie. (Eds). The Future of International Courts Regional, Institutional and Procedural Challenges. New York: Routledge, 2019.

## 2 A QUESTÃO DAS PAPELEIRAS E O OBJETO DAS AÇÕES NO MERCOSUL E NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

A questão das papeleiras é considerada um caso emblemático no escopo político-jurídico do Mercosul, haja vista que uma única situação gerou uma enorme problemática em torno de dois países membros do bloco. Inclusive, as tensões entre a Argentina e o Uruguai foram tamanhas, que a controvérsia não restou solucionada dentro do espaço do Mercosul, sendo levada Corte Internacional de Justiça.

A questão teve início quando Argentina e Uruguai, separados pelo Rio Uruguai, parceiros no Mercosul, mas historicamente rivais por influência na região, empreenderam intensa disputa quando o Uruguai recebeu investimento estrangeiro significativo que resultaria da instalação de indústrias papeleiras em local próximo às margens do rio que separa os dois Estados. Pontualmente, o entrave diplomático nascera com a intenção uruguaia em autorizar a instalação de duas grandes fábricas de papel e celulose em seu território, nas margens do Rio Uruguai, o qual divide essa nação com a Argentina.

Os investimentos externos aproximados para a construção das plantas de papel e celulose ultrapassara a casa de um bilhão de dólares, o que geraria um aumento estimado de até 5% no Produto Interno Bruto (PIB) uruguaio, sendo consideradas os maiores projetos na história deste país. Por isso, a implantação das papeleiras era realmente vital para essa nação. Por outro lado, argumentavam os argentinos que a implantação das papeleiras na região acabaria poluindo o Rio Uruguai, o que poderia gerar um dano ambiental imensurável e atingir, consequentemente, os setores do turismo e da agricultura de seu país.[17]

Afinal, a região é próxima das cidades de Frey Bentos, no lado uruguaio, e de Gualeguaychu, situada no lado argentino, a qual é um grande centro turístico e um importante ponto de acesso de mercadorias entre os países. Por isso, os argentinos solicitaram para que o Uruguai negasse a autorização da construção das fábricas, levantando a necessidade de um Estudo de Impacto Ambiental (EIA) mais aprofundado.[18]

A intenção era de construir duas plantas no Uruguai, uma por uma empresa espanhola, a ENCE, e a outra por uma empresa finlandesa, a BOTNIA. Todavia, apenas um projeto saiu do papel. Apesar de ter conseguido a autorização ambiental prévia do gover-

---

[17] CARDOSO, Tatiana. O Caso das Papeleiras: a (im)possibilidade do Meio Ambiente como tema principal do litígio Argentina-Uruguai. In MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca Raizer B.; WINTER, Luiz Alexandre Carta. *Direito internacional*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 300.

[18] CARDOSO, Tatiana. O Caso das Papeleiras: a (im)possibilidade do Meio Ambiente como tema principal do litígio Argentina-Uruguai. *In:* MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca Raizer B.; WINTER, Luiz Alexandre Carta. *Direito internacional*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 300.

no uruguaio, em 21.09.2006 a empresa espanhola decidiu não seguir com o projeto. Já o segundo empreendimento, chamado de Orion, obteve autorização prévia uruguaia em 14.02.2005, foi finalizado e está em pleno funcionamento desde 9.11.2007 às margens do Rio Uruguai, que banha as duas nações.[19]

Ocorre que quando a papeleira Orion estava sendo construída, inúmeros protestos desenvolveram-se nessa região fronteiriça. Impulsionados pelo governo da região de Entre Ríos e com a indulgência do então presidente Néstor Kirchner (2003-2007), moradores argentinos montaram barricadas e fecharam a principal o acesso ao Uruguai, a ponte General San Martín, protestando contra a implantação da fábrica. O propósito destas manifestações era exatamente em dificultar a circulação de madeira, a matéria-prima necessária para a fábrica de celulose, o que poderia resultar no fechamento da papeleira (o que nunca veio a acontecer).[20]

O grande problema é que tais bloqueios acabaram impedindo a livre circulação de mercadorias na região, o que é uma violação frontal ao artigo primeiro do Tratado de Assunção de 1991 – fonte primária do Mercosul. Em vista disso, o Uruguai por várias vezes manifestou-se a respeito desses bloqueios ilegítimos, cujos prejuízos giraram em torno de US$ 400 milhões. A Argentina, por seu turno, não reagiu contra seus moradores no sentido de reestabelecer o livre acesso na fronteira, alegando que a manutenção da planta de papel e celulose nas margens do Rio Uruguai era realmente poluente e que causaria danos diretos à saúde, ao meio ambiente e à economia local.[21]

Por esse motivo é que as relações entre os países estremeceram, fazendo com que o caso chegasse a Corte Internacional de Justiça, fugindo do seu foro de natural de solução de controvérsias[22], qual seja, um Tribunal Ad Hoc no âmbito do Mercosul, conforme

---

19 CARDOSO, Tatiana. O Caso das Papeleiras: a (im)possibilidade do Meio Ambiente como tema principal do litígio Argentina-Uruguai. *In:* MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca Raizer B.; WINTER, Luiz Alexandre Carta. *Direito internacional.* Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 300-301.

20 CARDOSO, Tatiana. O Caso das Papeleiras: a (im)possibilidade do Meio Ambiente como tema principal do litígio Argentina-Uruguai. *In:* MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca Raizer B.; WINTER, Luiz Alexandre Carta. *Direito internacional.* Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 301.

21 CARDOSO, Tatiana. O Caso das Papeleiras: a (im)possibilidade do Meio Ambiente como tema principal do litígio Argentina-Uruguai. *In:* MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca Raizer B.; WINTER, Luiz Alexandre Carta. *Direito internacional.* Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 301-302.

22 Por oportuno, importa salientar que muito se esperava que o Brasil interviesse na situação oferecendo seus bons ofícios ou outra forma de solução diplomática de controvérsias, o que, aliás, se alinhava à política externa ativa e altiva daquele momento. O ápice de tal expectativa deu-se em por ocasião da 16ª Cúpula Ibero-Americana de Chefes de Estado, ocorrida em novembro de 2006 em Montevidéu, Uruguai. Ocorre que o então presidente brasileiro, Luiz Inácio Lula da Silva, não compareceu ao encontro. O Brasil não tomou nenhuma iniciativa frente à situação, mesmo quando consultado pelo Uruguai, motivo pelo qual foi ventilado por Kirchner em tal encontro que Juan Carlos I, Rei da Espanha, mediasse o impasse entre os dois Estados - o que tampouco se materializou. Recorda-se que uma das fábricas

previa o Protocolo de Olivos de 2002, na impossibilidade de negociações diretas entre os parceiros do bloco florescerem.

O caso que primeiro foi resolvido foi aquele instituído pelo Uruguai no âmbito do Mercosul, sem relação específica com o rio Uruguai ou a legalidade de conceder as autorizações para a instalação das papeleiras, mas em decorrência do bloqueio de pontes e vias de acesso por argentinos e a omissão do governo argentino em liberar a livre circulação característica do Mercosul.[23] O principal contraponto argentino era de que não só a livre circulação já fora reestabelecida como resguardava o direito à livre expressão e manifestação de seu povo.[24] Contudo, as pretensões do Uruguai foram atendidas e as interrupções foram vistas como bloqueios impeditivos à livre circulação.[25]

Apesar disso, poucos meses antes de ser aberto o processo arbitral no Mercosul, a Argentina instituiu procedimentos contra o Uruguai perante a Corte Internacional de Justiça alegando violações do Estatuto do Rio Uruguai assinado em 1975 que estabelecia uma forma de cooperação para o uso do Rio e que estaria sendo violado por conta da autorização unilateral concedida pelo Uruguai para a construção de duas papeleiras às margens do rio. A Argentina alegava não só que a autorização unilateral era uma violação, como as

---

de celulose que seria instalada em Frey Bentos e que desistira por força dos protestos realizados pelos cidadãos argentinos, a ENCE, era espanhola, o que poderia prejudicar ainda mais a situação entre os dois Estados caso o Rei espanhol, ao intervir, pendesse para o lado uruguaio. Sobre o tema, *cf.* ROSSI, Clóvis. Nem mediação deve resolver caso de papeleiras. *Folha de São Paulo,* 11 nov. 2006. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1111200625.htm. Acesso em: 16 set. 2021.

23 MERCOSUL. *Laudo Arbitral do Tribunal "AD HOC" MERCOSUL* – constituído para entender a controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Argentina sobre "Omissão do Governo argentino para adotar as medidas adequadas para prevenir e/ou cessar os obstáculos à livre circulação decorrentes de bloqueios em território argentino de vias de acesso às pontes internacionais "Gral. San Martín" e "Gral. Artigas" que unem a. República Argentina com a República Oriental do Uruguai. 6 de setembro de 2006, para.16 a 32.

24 MERCOSUL. *Laudo Arbitral do Tribunal "AD HOC" MERCOSUL* – constituído para entender a controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Argentina sobre "Omissão do Governo argentino para adotar as medidas adequadas para prevenir e/ou cessar os obstáculos à livre circulação decorrentes de bloqueios em território argentino de vias de acesso às pontes internacionais "Gral. San Martín" e "Gral. Artigas" que unem a. República Argentina com a República Oriental do Uruguai. 6 de setembro de 2006, para. 34 a 62.

25 MERCOSUL. *Laudo Arbitral do Tribunal "AD HOC" MERCOSUL* – constituído para entender a controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Argentina sobre "Omissão do Governo argentino para adotar as medidas adequadas para prevenir e/ou cessar os obstáculos à livre circulação decorrentes de bloqueios em território argentino de vias de acesso às pontes internacionais "Gral. San Martín" e "Gral. Artigas" que unem a. República Argentina com a República Oriental do Uruguai. 6 de setembro de 2006, para. 37.

prováveis consequências da instalação das indústrias seria lesiva ao meio ambiente.[26] Ambos estados solicitaram *provisional measures,* a Argentina solicitou a imediata suspensão das autorizações e o Uruguai que a Argentina fosse obrigada a adotar medidas a evitar os bloqueios das pontes entre os dois países.[27]

No julgamento, a Corte entendeu que o Uruguai havia falhado em notificar a comissão administradora do Rio Uruguai dos projetos antes de conceder a licença ambiental. Ao mesmo tempo, entendeu inexistir evidência que o Uruguai tivesse deixado de agir de forma diligente em apurar e mitigar impactos ambientais, sejam na qualidade da água, seja no balanço ecológico.[28] A decisão, portanto, indicou que a violação do Estatuto, apesar de existente, não havia gerado danos.

Todavia, é relevante destacar que a magnitude que tais disputas alcançaram decorrem significantemente da preocupação das partes, sobretudo, da Argentina, em reger a opinião pública para seu lado e como as medidas jurídicas foram instrumentos para tal fim.

## 3 O CONTEXTO DA DISPUTA EM TORNO DAS PAPELEIRAS: UMA QUESTÃO DE *LAWFARE*?

À época da disputa, a Argentina era presidida por Néstor Kirchner, ideologicamente peronista e figura chave do que se chama de Kirchnerismo, essencialmente nacionalista e que construiu um culto ao seu nome, seja por aliados saudosistas ao peronismo, seja pelos oponentes que o pintavam como uma assombração de tempos passados.[29] Na Argentina, a autorização para instalação das papeleiras pelo governo Uruguaio foi recebida como uma

---

26 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case Concerning the Pulp Mills on the River Uruguay*. Application Instituting Proceedings. 4 de maio de 2006.

27 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case Concerning the Pulp Mills on the River Uruguay*. Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by Uruguay. 30 de novembro de 2006; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case Concerning the Pulp Mills on the River Uruguay*. Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by Argentina. 4 de maio de 2006.

28 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case Concerning the Pulp Mills on the River Uruguay*. Judgement of 20 April 2010. 20 de abril de 2010, para. 292.

29 KAUFMAN, Alejandro. What's in a name: the death and legacy of Néstor Kirchner. Journal of Latin American Cultural Studies, Vol 20, n. 1. 2011, p. 4

afronta aos interesses soberanos argentinos[30-31-32], ocasião em que seria posta à prova a firmeza o discurso nacionalista.

Néstor Kirchner nunca conseguiu manter sua vida pública longe de investigações de irregularidades, corrupção e, especialmente, de enfrentamentos com a mídia e o jornalismo investigativo.[33] Seu governo visto por diversos setores como progressista, apresentava-se sempre com narrativa do bem maior, dos interesses de Estado, do politicamente correto e do patriotismo.[34]

Na história Argentina, não era sem precedentes recentes a busca de um conflito para legitimar e amenizar a opinião pública quanto às demais crises enfrentadas pelo governo. Em meio às graves crises econômicas e políticas do início dos anos 1980, o presidente argentino Leopoldo Fortunato Galtieri se valeu do sentimento nacionalista já nutrido por empreitada de jovens argentinos nos anos de 1960[35] ao promover a invasão e ocupação das ilhas Falklands/Malvinas em conduta que conseguiu (ao menos enquanto durou o conflito) ser vista como unificadora dos debates políticos e que tirava seu governo dos holofotes das reportagens investigativas da época.[36]

---

30 La Argentina y Uruguay, duros em sus posturas ante el conflicto. *La Nación,* Buenos Aires/ARG, 14 de julho de 2005. Disponível em: https://www.lanacion.com.ar/politica/la-argentina-y-uruguay-duros-en--sus-posturas-ante-el-conflicto-nid721292/. Acesso em: 05 set. 2021.

31 VILLALONGA, Juan Carlos. El Impacto de las papeleras. *La Nación*, Buenos Aires/ARG, 13 de setembro de 2005. Disponível em: https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-impacto-de-las-papeleras--nid738280/. Acesso em: 05 set. 2021.

32 CRONOLOGIA del Conflito. *La Nación*, Buenos Aires/ARG, 18 de abril de 2007. Disponível em: https://www.lanacion.com.ar/politica/cronologia-del-conflicto-nid901203/. Acesso em: 05 set. 2021.

33 KAUFMAN, Alejandro. What's in a name: the death and legacy of Néstor Kirchner. *Journal of Latin American Cultural Studies*, v. 20, n. 1. 2011, p. 3.

34 SVAMPA, Maristella. La década kirchnerista: Populismo, clases médias y revolución passiva. *Lasa Fórum*, v. XLIV, n. 4, 2013, p. 14-15.

35 Em 1966, um grupo de jovens argentinos, nacionalistas, sequestraram um avião e voaram até *Port Stanley*, capital das ilhas Falklands/Malvinas para retomar a ilha com as próprias mãos. Em que pese o governo Argentino da época não os tenha apoiado, se tornaram símbolos da luta patriótica no imaginário Argentino, conforme se lê em: DA SILVA, Maurineide Alves. *Trinta e três anos de guerra*: Malvinas e o embate entre intelectuais, veteranos, familiares de caídos e narrativas fílmicas no campo da construção de memórias (1982-2015). Brasília. 2016. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21514/1/2016_MaurineideAlvesdaSilva.pdf. Acesso em: 10 set. 2021, p. 68-70

36 HENRIQUE, Amilson Barbosa. *Guerra das Malvinas*: Uma abordagem dos antecedentes, motivos e desfecho. 2002. Disponível em: https://monografias.brasilescola.uol.com.br/historia/guerra-das-malvinas--uma-abordagem-dos-antecedentes-.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

As polêmicas que envolviam não só Néstor Kirchner como sua esposa, e sucessora no comando da Argentina, Cristina Kirchner (2007-2015) se amontoavam entre acusações de organização de esquemas de corrupção e enriquecimento enquanto o país empobrecia e que, até mesmo, vieram a tona sobretudo após o falecimento de Néstor.[37] Assim, o interesse do governo Argentino em tomar a bandeira contra o recebimento das papeleiras pelo Uruguai ia muito além de resguardar o interesse argentino na proteção do meio ambiente.

Disputar era uma oportunidade de ouro para tentar reger a moral pública e sobretudo alimentar a mídia com manchetes de jornal que substituiriam as críticas ao governo. O governo argentino, inclusive, não escondia suas pretensões e embates midiáticos, tanto é que intensificou seu de controle da mídia através da famosa "Ley de Medios".[38] Desta forma, se mostrava como uma grande oportunidade de angariar capital político e moral, embater com seu rival histórico.

Assim, é possível elencar diversas razões que permitam depreender o porque do caso ter sido submetido à Corte Internacional de Justiça e a preocupação ambiental não está tão alta dentre elas. O primeiro aspecto polêmico relacionado ao caso das papeleiras e que possivelmente fora um dos motivos principais para desviar a atenção do meio ambiente é, portanto, exatamente a questão dos investimentos estrangeiros diretos (IED) – mesmo que esses não tenham sido citados nos processos existentes tanto dentro do escopo do Mercosul quanto no da Corte Internacional de Justiça.

Isso, pois, embora a tensão bilateral entre Argentina e Uruguai tenha se agravado pelo fato do Uruguai não ter disponibilizado um Estudo de Impacto Ambiental (EIA) mais detalhado à Argentina antes da concessão das autorizações prévias para a construção das papeleiras, é possível analisar este caso sob um outro viés: o econômico e político. Afinal, não só os fluxos de IED vinham aumentando significativamente em virtude da globalização econômica, fazendo com que o interesse dos países crescesse consideravelmente em relação aos investimentos[39], como o conflito em si gerava uma oportunidade política de fortalecimento. A Argentina, que já era destinatária de mui-

[37] PALACIOS, Ariel. Cleptocracia: Governo Kirchner teria sofisticado o sistema de corrupção argentino. *Estadão*, São Paulo, 21 de outubro de 2011. Disponível em: https://internacional.estadao.com.br/blogs/ariel-palacios/cleptocracia-governo-kirchner-teria-sofisticado-o-sistema-de-corrupcao-argentino/. Acesso em: 11 set. 2021.

[38] REPOLL, Jerónimo. Política y medios de comunicación en Argentina. Kirchner, Clarín y la Ley. *Andamios*: Revista de Investigacion Social, v. 7, n. 14, 2010.

[39] De forma ilustrativa, cabe apresentar os números trazidos por CHUDNOVISKY e LÓPEZ, que na década de 1990, a América Latina recebera em torno de US$ 6 bilhões de IED, num acréscimo de mais de US$ 3 bilhões se comparados à década anterior (CHUDNOVSKY, D.; LÓPEZ, A. Inversión extranjera directa y desarrollo: la experiencia del Mercosur. *Revista de la CEPAL*. n. 92, ago., 2007, p. 20-21).

tos fluxos de IED, principalmente com indústria papeleira, se viu vencida pelo vizinho menor e, no cerne das razões, é possível depreender as preocupações ambientais da Argentina teriam surgido só após a sua insatisfação com o recebimento do cobiçado investimento por seu vizinho.

Dentre os países do Mercosul, a Argentina é o que historicamente mais atraiu IEDs. Já o Uruguai apresenta um papel pouco relevante ao volume do bloco no que tange investimentos provenientes do exterior. Na década de 1990, enquanto a Argentina acumulava em média US$ 22 bilhões, no Uruguai o fluxo de IED girava em torno de US$ 107 milhões.[40] Com efeito, apesar das disputas de incentivos fiscais para atrair os investidores estrangeiros, a Argentina acabou sempre recebendo a maioria desses fluxos de investimentos, o que justifica possuir em seu território aproximadamente 30 fábricas de papel e celulose[41]. Entretanto, em virtude de uma profunda modificação estrutural na política externa, a qual visava um aumento em IEDs, e com a adoção de uma "lei florestal que oferece amplos estímulos para incrementar o plantio de bosques", o Uruguai passou a ser uma ótima alternativa[42].

Nesse sentido, haja vista as atrativas políticas de reflorestamento que geram além de uma maior produção de madeira, a redução de custos deste insumo em especial, corroborada, ainda, com a ausência de adequada regulamentação do capital estrangeiro investido no âmbito do Mercosul[43], o setor de papel e celulose no Uruguai cresceu.[44] Por isso, a escolha deste Estado, em detrimento da Argentina.

Assim, considerando que o IED "torna-se ferramenta importante para, principalmente, aumentar a eficiência das economias e o financiamento de projetos no setor industrial, de infraestrutura, de serviços entre outros" nos países em desenvolvimento, como

---

40 CHUDNOVSKY, D.; LÓPEZ, A. Inversión extranjera directa y desarrollo: la experiencia del Mercosur. *Revista de la CEPAL*. n. 92, ago., 2007, p. 16.

41 VALENTE, M. *Paraguai acusa Argentina por contaminação do rio Paraná*. São Paulo: Agência Envolverde, 2006. Disponível em: http://www.ecoinforme.com.br. Acesso em: 10 jun., 2013.

42 MAGALHÃES, B. O papel do Mercosul: a crise das papeleras e o processo de integração regional sul-americano. *Observador On-Line*. v.1, n.6. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas, 2006, p. 3.

43 Por óbvio que a falta de regras claras que regulassem o investimento estrangeiro na região afetaram esse caso, sobretudo acerca da concorrência entre essas duas nações, na tentativa de puxar o IED para dentro de seus territórios. Ressalta-se que existe um protocolo no âmbito regional que aborda esse assunto, qual seja, o Protocolo de Buenos Aires, porém, que não fora adotado pelos Estados-membros (FLÔRES JUNIOR, R.G. Investimento Direito Estrangeiro no Mercosul: uma visão geral. *Ensaios Econômicos*. n. 598, ago., Escola de Pós-Graduação em Economia – FGV, 2005).

44 FALEIROS, M.; PERECIN, L. Uruguai dá boas-vindas à celulose. *Revista o Papel.* A. LXIX, n. 9, Set. São Paulo: ABTCP, 2008.

é o caso da Argentina, perder um investimento grandioso como o da papeleira finlandesa BOTNIA, significa perder muito mais do que mais uma planta, pois significa não criar novos empregos, não abrir novas indústrias secundárias, não movimentar matéria-prima dentro do país e nem ter o capital gerado reinvestido no Estado.[45] Seja econômica ou politicamente, o governo Argentino se viu derrotado.

É dentro dessa ótica que persistem dúvidas legítimas sobre a real intenção argentina sobre a implantação das fábricas de papel e celulose na região ribeirinha, pois, ao ver o Uruguai como receptor da instalação das papeleiras, a Argentina começou a desviar a atenção para a questão do meio ambiente, na tentativa de barrar a implantação das fábricas em território uruguaio – uma medida, ao fundo, lotada de cunho econômico.

Isso, pois, com as manifestações ocorridas na província de Entre Ríos, no lado argentino, promovida pelos habitantes locais em prol do meio ambiente e contra a possível poluição que as fábricas poderiam causar, inúmeros caminhões que continham materiais necessários para a construção das plantas restou retido nos bloqueios das pontes e rodovias locais.[46] Tal fato, portanto, só reforça a ideia de que a questão ambiental foi pensada em segundo plano, como forma de boicotar a implantação das fábricas de celulose, visto que caso a questão ambiental fosse realmente o epicentro da disputa, ela teria sido abordada antes mesmo da oferta de condições e vantagens às empresas que queriam se instalar na localidade as margens do Rio Uruguai.

Outro aspecto que colabora com essa tese é que, naquele mesmo momento, a Argentina, por seu turno, estava sendo acusada pelo Paraguai pela poluição do Rio Paraná, situado ao norte do país, aonde se encontram uma dezena de fábricas papeleiras. Segundo um EIA realizado naquele local, os químicos poluentes mais expressivos derivam diretamente da indústria de celulose argentina. Na mesma banda, empresas argentinas foram fechadas preventivamente pela falta de tratamento de seus efluentes e há casos sendo investigados pelo Ministério do Meio Ambiente do Paraguai.[47]

---

45 MACHADO, L. F. *Brasil e Investimentos Internacionais:* Os acordos sobre IED Firmados pelo País. Pelotas: Ed. UFPEL, 2005.

46 CLÉMENT, Z. D. El Diferendo de las Celulósticas de Fray Bentos a luz del Derecho Internacional. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 06, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 12

47 VALENTE, M. *Paraguai acusa Argentina por contaminação do rio Paraná*. São Paulo: Agência Envolverde, 2006. Disponível em: http://www.ecoinforme.com.br. Acesso em: 10 jun. 2013; DIARIO ABC COLOR. Preocupa probable poluición del Paraná. *ABC Digital*: Sección Locales, 10 fev. 2006. Disponível em: http://archivo.abc.com.py. Acesso em: 12 jun. 2013; LÍNEA CAPITAL. Paraguay verifica si el Paraná está contaminado por celulosas de Argentina. *La Región*, 16 fev. 2006. Disponível em: http://www.lineacapital.com.ar. Acesso em: 12 jun. 2013.

Nesse diapasão, zelar pela aplicação das normas internacionais de proteção ao meio ambiente apenas ao seu favor, não demonstra o comprometimento argentino para com a questão ambiental, mas tão somente para com sua economia e política. Ainda, impende ressaltar que apesar da existência de acordos que abordam a matéria ambiental no Mercosul, tais não foram levantados no escopo jurisdicional regional – o que é mais um exemplo da preocupação puramente econômica e política argentina.

Para a Argentina, entretanto, ao optar por não exteriorizar a proteção do meio ambiente dentro do bloco, mantendo-a apenas presente nas manifestações de seus habitantes nos bloqueios das pontes e rodovias locais, acreditava reforçar a teoria de que o caso em tela não abrangeria as normas regionais, mas apenas uma disputa bilateral, em que o tratado do Estatuto do Rio Uruguai estaria em cena – afastando quaisquer medidas prejudiciais de cunho vinculante que poderiam surgir no âmbito do Mercosul, as quais afetariam as demais papeleiras existentes sob sua jurisdição.

Logo, apesar do conflito existente entre desenvolvimento econômico e o meio ambiente não ter sido abertamente suscitado, é evidente que ele existiu. Também, não restam dúvidas que o meio ambiente foi um ótimo meio utilizado, para protestar contra o recebimento de IEDs e a consequente construção das fábricas de celulose no Uruguai. Curioso, portanto, é que no plano integracionista, mais especificamente no âmbito do Mercosul, a abordagem do meio ambiente não ocorreu nas vias judiciais, apesar da existência de provas de que a indústria papeleira pode, sim, causar danos ao meio ambiente como se averiguou no Rio Paraná, restando a disputa apenas no que tange o direito à Livre Circulação no bloco.

Na esfera internacional, por sua vez, interessante foi que a Argentina, apesar de levar ao escopo da Corte Internacional de Justiça a questão ambiental, ela fora abordada de forma subsidiária a falta de informação no tocante ao repasse do EIA, ou seja, decorrente apenas do inadimplemento do Estatuto do Rio Uruguai. Dessa forma, em que pese à importância da análise das questões abordadas no judiciário para visualizar que o meio ambiente realmente restou em segundo plano nessa disputa entre Argentina e Uruguai.

E é justamente esse fato de que os interesses por trás das disputa eram tão diversos daqueles levados à Corte Internacional de Justiça que se evidencia a tática de *Lawfare*. Afinal, a Argentina entrou com argumentos legalmente fundamentados, ainda que desprovidos de expressa pretensão resistida ou interesse – levando em consideração que a própria Argentina tem papeleiras às margens do Rio Paraná e que sempre tratou a questão ambiental como secundária – e objetivamente saiu da disputa de forma semelhante à qual entrou, se não for considerado o enfrentamento, o custo e a projeção midiática e moral que a crise tomou.

O Uruguai, que começou a disputa sob o comando do presidente centrista e tradicional Jorge Batlle (2000-2005) e passou o restante dos enfrentamentos – e a parte mais significativa destes – sob o comando de presidentes de esquerda (e correligionários), Tabaré Vazquez (2005-2010) e José Mujica (2010-2015) e que, apesar das diferenças políticas entre estes e aquele, tiveram como um grande feito ter assegurado enorme fatia de investimentos estrangeiros, abraçou a isca lançada pelos Argentinos quando submeteu a questão do fechamento de fronteiras ao Mercosul. Não que poderiam ter feito diferente, afinal o Uruguai sofria injusta penalização, mas que respondeu na forma que a própria estratégia Argentina lhes condicionou.

Outrossim, vale dizer que o Uruguai também se utilizou de argumentos que não se materializaram como gostariam para justificar uma postura politicamente correta, vez que o investimento estrangeiro não gerou todos os empregos prometidos.[48] Não apenas isso, a construção das papeleiras também não é isenta de críticas no âmbito da política interna do Estado uruguaio na medida em que as isenções oferecidas às papeleiras não reverteram em somas para o Estado aplicar em políticas sociais e os acordos foram apenas tornados públicos quando assinados, fazendo com que não houvesse um escrutínio da sociedade em relação aos mesmos, em especial diante da transformação do ecossistema do país – hoje tomado por florestas de eucaliptos de propriedade de corporações transnacionais.[49]

De toda sorte, com base no exposto, tem-se que as medidas judiciais não serviram para resolver o propósito real da disputa. As discordâncias, o sentimento de inveja pelos fluxos de IED ao Uruguai, as pressões internas, todos estes aspectos se mostram mais críveis do que uma preocupação ambiental genuína argentina para ter motivado tão gravosa disputa.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: *LAWFARE* COMO INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO

A disputa em torno das papeleiras é, sem dúvidas, um caso emblemático do direito internacional, haja vista a pluralidade de jurisdições movimentadas para tentar sanar as

[48] PEREZ, Leticia. ¿Qué impacto real tuvieron las papeleras en el empleo, salud y la forestación en Uruguay? Em Montevideo Portal. Ed de 11 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.montevideo.com.uy/Noticias/-Que-impacto-real-tuvieron-las-papeleras-en-el-empleo-salud-y-la-forestacion-en--Uruguay--uc738277. Acesso em: 13 set. 2021.

[49] Para estas críticas, inclusive, em torno da construção de uma terceira fábrica de celulose, *cf*. WORLD RAINFOREST MOVEMENT. Uruguay: the threat of a third mega pulp mill. *WRM*, 29 abr. 2018. Disponível em: https://wrm.org.uy/articles-from-the-wrm-bulletin/section1/uruguay-the-threat-of-a-third-mega--pulp-mill/. Acesso em: 18 set. 2021.

controvérsias entre os Estados no tocante à implantação de fábricas de papel nas margens do Rio Uruguai. Os desdobramentos das duas decisões submetidas à apreciação de duas cortes distintas, porém, apesar de aparentemente terem como ponto central a preocupação ambiental para com a poluição que poderia ser gerada pelas papeleiras se instaladas às margens uruguaias, na verdade, mostraram-se mais inclinadas ao debate econômico e, especialmente, político.

Da mesma forma em que a integração regional impulsionou a entrada de empresas estrangeiras na Argentina por anos, o Uruguai teve pela primeira vez a oportunidade de celebrar um contrato de expressivo valor monetário – o que levou àquela nação a uma insatisfatória posição de ser preterida, criando tamanho um desgosto ao governo, que, por sua vez, viu-se diante de uma situação que poderia reverter a situação política interna turbulenta pela qual perpassava, atraindo a atenção do público para outra situação, no caso, a conduta uruguaia.

Nesse sentido, ações como a propositura de uma ação na Corte Internacional de Justiça e a sua omissão quando do fechamento por parte de seus habitantes dos pontos de entrada e saída entre ambos os países envolvidos (a qual ficou obstruída, diga-se, até junho de 2010[50]) substituíam as críticas ao governo, servindo, portanto, aos próprios interlocutores – no caso aos Kirchner, os quais obtiveram respostas positivas no cenário político interno argentino quando das eleições de 'meio de mandato' de 2005, que fizeram de

[50] Importa dizer que, durante os protestos em 2006, os mesmos eram defendidos como sendo manifestações democráticas pelo governo de Nestor Kirchner. Outrossim, o desbloqueio veio a partir de uma medida do próprio governo de Cristina Kirchner, a qual buscou as cortes domésticas para processar criminalmente os manifestantes (ARGENTINOS suspendem bloqueio de 3 anos em acesso ao Uruguai. *Portal Terra*, 17 jun. 2010. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/mundo/america-latina/argentinos-suspendem-bloqueio-de-3-anos-em-acesso-ao-uruguai.html. Acesso em: 15 set. 2021). Ademais, registra-se que, em 2010, José Mujica já havia sido empossado presidente uruguaio, com quem os Kirchner mantinham boas relações, inclusive tendo apoiado a sua candidatura (ARGENTINA apoia pré-candidatura de Mujica à presidência do Uruguai. *Jornal do Brasil,* 05 fev. 2009. Disponível em: https://www.jb.com.br/internacional/noticias/2009/02/05/argentina-apoia-pre-candidatura-de-mujica-a-presidencia-do-uruguai.html. Acesso em: 15 set. 2021). Apesar disso, discussões posteriores acerca da autorização uruguaia para um aumento da produção de uma das fábricas que foram abertas em Frey Bentos, concedida pelo governo Mujica, fizeram com que não só a relação entre este e Cristina Kirchner restasse fragilizada, mas que o próprio imbróglio ressurgisse ao final de 2013, com ameaças por parte dos argentinos em levar o caso novamente à Haia (PEREGIL, Francisco. A Argentina denunciará o Uruguai em Haia devido a uma empresa de papel. *El País*, 14 jun. 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/06/14/internacional/1402716145_631271.html. Acesso em: 15 set. 2021) – momento em que, aliás, já se caminhava para o final do mandato de Cristina Kirchner, a qual, posteriormente, viu seu candidato, Daniel Scioli, perder as eleições de 2015 para Mauricio Macri.

Cristina Senadora por Buenos Aires, e, posteriormente, Presidente nas eleições de 2007 –, logo, incorrendo em uma típica ação de *Lawfare*.

Por isso, aliás, é que se pode afirmar que a tática de *Lawfare* é também uma ferramenta de afirmação (governamental e/ou estatal) voltada a reger a opinião pública em direção a interesses próprios, eis que os Argentinos, mesmo derrotados em suas pretensões judiciais, se viram como vitoriosos. Não diferente é o caso uruguaio, em que pese menos atenção tenha sido dada a análise no presente texto à conjuntura deste, visto que o governo Uruguaio restou satisfeito com o massivo investimento estrangeiro, reverberando em seu PIB, fazendo-o se destacar no âmbito do Mercosul[51].

Assim, evidente que ambos utilizaram de diversas formas e instâncias de resolução de controvérsias internacionais e saíram satisfeitos de certa forma, o que permite dizer que a *Lawfare* acaba ganhando espaço para além da própria arena internacional, sendo igualmente utilizada para fins domésticos, materializando, talvez, o que Burke-White e Slaughter teceram em seu conhecido texto de 2006 em que pregam que o futuro do direito internacional é doméstico.[52] Muito embora os professores tenham feito uma discussão distinta daquela que se traz neste escrito, em tal oportunidade, aduziram que o direito internacional poderia ser "mau-utilizado" pelos governos nacionais a fim de servirem os seus próprios interesses.[53] Pois bem, não é que no caso em tela o uso de instâncias judiciais internacionais sem um fundamento autêntico central serviram à propósitos internos?

Como última reflexão, portanto, tem-se que através do *Lawfare*, o direito internacional foi, enfim, abertamente instrumentalizado, tornando-se um meio que não necessariamente serve à justiça internacional (ou, ao menos, que não apresenta esse elemento como sendo seu objetivo central), o qual, apesar disso, está ao alcance de todos.

---

51 A variação anual do PIB uruguaio em 2003 alcançou 2,3%, enquanto a da Argentina era de 9,0%; já em 2006, a variação uruguaia alcançou a marca de 4,3%, enquanto a argentina restou em 8,5%; e em 2010, o Uruguai atingiu o valor de 8,5%, enquanto a argentina mantinha-se estável, em 9,2%. *Cf*. LEO, Sergio. Guimarães quer mais recursos para fundo do Mercosul. *Valor Econômico*, 27 set. 2011. Disponível em: https://valor.globo.com/brasil/coluna/guimaraes-quer-mais-recursos-para-fundo-do-mercosul.ghtml. Acesso em: 16 set. 2021.

52 BURKE-WHITE, William W; SLAUGHTER, Anne-Marie. The Future of International Law is Domestic (or e of International Law is Domestic (or, The E , The European Way of Law). *Harvard International Law Journal*, v. 47, n. 2, pp. 327-352, 2006.

53 BURKE-WHITE, William W; SLAUGHTER, Anne-Marie. The Future of International Law is Domestic (or e of International Law is Domestic (or, The E , The European Way of Law). *Harvard International Law Journal*, v. 47, n. 2, pp. 327-352, 2006, p. 347.

## REFERÊNCIAS

ARGENTINA apoia pré-candidatura de Mujica à presidência do Uruguai. *Jornal do Brasil*, 05 fev. 2009. Disponível em: https://www.jb.com.br/internacional/noticias/2009/02/05/argentina--apoia-pre-candidatura-de-mujica-a-presidencia-do-uruguai.html. Acesso em: 15 set. 2021

ARGENTINOS suspendem bloqueio de 3 anos em acesso ao Uruguai. *Portal Terra*, 17 jun. 2010. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/mundo/america-latina/argentinos-suspendem-bloqueio-de-3-anos-em-acesso-ao-uruguai,0eb9be14db92b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html. Acesso em: 15 set. 2021

BATRAWY, Aya. Qatar emerges as key player in Afghanistan after US pullout. *Associated Press.* 2021. Disponível em: https://apnews.com/article/middle-east-afghanistan-qatar-6c1e9e4ef1a9f0c3d19eac20b9321339. Acesso em: 02 set. 2021.

BURKE-WHITE, William W; SLAUGHTER, Anne-Marie. The Future of International Law is Domestic (or e of International Law is Domestic (or, The E , The European Way of Law). *Harvard International Law Journal*, v. 47, n. 2, pp. 327-352, 2006

CARDOSO, Tatiana. O Caso das Papeleiras: a (im)possibilidade do Meio Ambiente como tema principal do litígio Argentina-Uruguai. *In:* MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca Raizer B.; WINTER, Luiz Alexandre Carta. *Direito internacional*. Florianópolis: FUNJAB, 2013

CARLSON, John. YEOMANS, Neville. *Whiter Goeth the Law. The Way Out – Radical Alternatives in Australia*. Melbourne: Lansdowne Press, 1975. Disponível em: http://www.laceweb.org.au/whi.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

CHESNEY, Robert. TikTok and the Law: A Primer. In: *Lawfare Blog*. 2020. Disponível em: https://www.lawfareblog.com/tiktok-and-law-primer-case-you-need-explain-things-your-teenager. Acesso em 02 set. 2021.

CHUDNOVSKY, D.; LÓPEZ, A. Inversión extranjera directa y desarrollo: la experiencia del Mercosur. *Revista de la CEPAL*. n. 92, ago., 2007.

CLÉMENT, Z. D. El Diferendo de las Celulósticas de Fray Bentos a luz del Derecho Internacional. *Revista de derecho Ambiental*, n. 06, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case Concerning the Pulp Mills on the River Uruguay*. Application Instituting Proceedings. 4 de maio de 2006.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case Concerning the Pulp Mills on the River Uruguay*. Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by Argentina. 4 de maio de 2006.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case Concerning the Pulp Mills on the River Uruguay*. Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by Uruguay. 30 de novembro de 2006.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case Concerning the Pulp Mills on the River Uruguay*. Judgement of 20 April 2010. 20 de abril de 2010.

CRONOLOGIA del Conflito. *La Nación*, Buenos Aires/ARG, 18 de abril de 2007. Disponível em: https://www.lanacion.com.ar/politica/cronologia-del-conflicto-nid901203/. Acesso em: 05 set. 2021.

DA SILVA, Maurineide Alves. *Trinta e três anos de guerra*: Malvinas e o embate entre intelectuais, veteranos, familiares de caídos e narrativas fílmicas no campo da construção de memórias (1982-2015). Brasília. 2016. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21514/1/2016_MaurineideAlvesdaSilva.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

DIARIO ABC COLOR. Preocupa probable poluición del Paraná. *ABC Digital*: Sección Locales, 10 fev. 2006. Disponível em: http://archivo.abc.com.py. Acesso em: 12 jun. 2013.

DUNLAP JR, Charles J. *Law and Military Interventions*: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts. Prepared for the Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference. Carr Center for Human Rights Policy. Kennedy School of Government. Boston: Harvard University, 2001. Disponível em: https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf. Acesso em: 02 set. 2021.

FALEIROS, M.; PERECIN, L. Uruguai dá boas-vindas à celulose. *Revista o Papel*, a. LXIX, n. 9, Set. São Paulo: ABTCP, 2008.

HABIBI, R. et al. Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak. *The Lancet.* 2020. Disponível em: https://bit.ly/3bpqczK Acesso em: 02 set. 2021.

HENRIQUE, Amilson Barbosa. *Guerra das Malvinas*: Uma abordagem dos antecedentes, motivos e desfecho. 2002. Disponível em: https://monografias.brasilescola.uol.com.br/historia/guerra-das-malvinas-uma-abordagem-dos-antecedentes-.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

KAUFMAN, Alejandro. What's in a name: the death and legacy of Néstor Kirchner. *Journal of Latin American Cultural Studies*, v. 20, n. 1. 2011.

KENNEDY, David. *Lawfare* and Warfare. In CRAWFORD, James. KOSKENNIEMI, Martti. (Ed.) *The Cambride Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

LA Argentina y Uruguay, duros em sus posturas ante el conflicto. *La Nación*, Buenos Aires, 14 de julho de 2005. Disponível em: https://www.lanacion.com.ar/politica/la-argentina-y-uruguay-duros-en-sus-posturas-ante-el-conflicto-nid721292/. Acesso em: 05 set. 2021.

LEO, Sergio. Guimarães quer mais recursos para fundo do Mercosul. *Valor Econômico*, 27 set. 2011. Disponível em: https://valor.globo.com/brasil/coluna/guimaraes-quer-mais-recursos-para-fundo-do-mercosul.ghtml. Acesso em: 16 set. 2021

LÍNEA CAPITAL. Paraguay verifica si el Paraná está contaminado por celulosas de Argentina. *La Región*, 16 fev. 2006. Disponível em:http://www.lineacapital.com.ar. Acesso em: 12 jun. 2013.

MACHADO, L. F. *Brasil e Investimentos Internacionais*: Os acordos sobre IED Firmados pelo País. Pelotas: Ed. UFPEL, 2005.

MAGALHÃES, B. O papel do Mercosul: a crise das papeleras e o processo de integração regional sul-americano. *Observador On-Line*. v.1, n.6. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas, 2006

MARCHUK, Iryna. From Warfare to '*Lawfare*': Increased litigation and rise of parallel proceedings in international courts: a case study of Ukraine's and Georgia's action against the Russian Federation. In KENT, Avidan. SKOUTARIS, Nikos. TRINIDAD, Jamie. (Eds.). *The Future of International Courts Regional, Institutional and Procedural Challenges*. New York: Routledge, 2019.

MERCOSUL. *Laudo Arbitral do Tribunal "AD HOC" MERCOSUL* – constituído para entender a controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Argentina sobre "Omissão do Governo argentino para adotar as medidas adequadas para prevenir e/ou cessar os obstáculos à livre circulação decorrentes de bloqueios em território argentino de vias de acesso às pontes internacionais "Gral. San Martín" e "Gral. Artigas" que unem a. República Argentina com a República Oriental do Uruguai. 6 de setembro de 2006

ONU. *S/RES/678*. 1990. Disponível em: https://documents-dds ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/575/28/PDF/NR057528.pdf?OpenElement. Acesso em: 02 set. 2021.

PALACIOS, Ariel. Cleptocracia: Governo Kirchner teria sofisticado o sistema de corrupção argentino. *Estadão*, 21 de outubro de 2011. Disponível em: https://internacional.estadao.com.br/blogs/ariel-palacios/cleptocracia-governo-kirchner-teria-sofisticado-o-sistema-de-corrupcao--argentino/. Acesso em: 11 set. 2021.

PEREGIL, Francisco. A Argentina denunciará o Uruguai em Haia devido a uma empresa de papel. *El País*, 14 jun. 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/06/14/internacional/1402716145_631271.html. Acesso em: 15 set. 2021

PEREZ, Leticia. *¿Qué impacto real tuvieron las papeleras en el empleo, salud y la forestación en Uruguay?* Em Montevideo Portal. Ed de 11 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.montevideo.com.uy/Noticias/-Que-impacto-real-tuvieron-las-papeleras-en-el-empleo-salud-y--la-forestacion-en-Uruguay--uc738277. Acesso em: 13 set. 2021.

REPOLL, Jerónimo. Política y medios de comunicación en Argentina. Kirchner Clarín y la Ley. *Andamios: Revista de Investigacion Social*, v. 7, n. 14, 2010.

ROSSI, Clóvis. Nem mediação deve resolver caso de papeleiras. *Folha de São Paulo*, 11 nov. 2006. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1111200625.htm. Acesso em: 16 set. 2021.

STEPHENS, Dale. The Age of *Lawfare*. In PEDROZO, Raul. WOLLSCHLAEGER, Daria P. *International Law Studies* – v. 87. International Law and the Changing Character of War (Eds.). U.S. Naval War College, 2011.

SVAMPA, Maristella. *La década kirchnerista*: Populismo, clases médias y revolución passiva. *Lasa Forum*, v. XLIV, n. 4, 2013.

VALENTE, M. *Paraguai acusa Argentina por contaminação do rio Paraná*. São Paulo: Agência Envolverde, 2006. Disponível em: http://www.ecoinforme.com.br. Acesso em: 10 jun. 2013.

VILLALONGA, Juan Carlos. El Impacto de las papeleras. *La Nación*, Buenos Aires, 13 de setembro de 2005. Disponível em: https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-impacto-de-las-papeleras--nid738280/. Acesso em: 05set. 2021.

WORLD RAINFOREST MOVEMENT. Uruguay: the threat of a third mega pulp mill. *WRM*, 29 abr. 2018. Disponível em: https://wrm.org.uy/articles-from-the-wrm-bulletin/section1/uruguay-the--threat-of-a-third-mega-pulp-mill/. Acesso em: 18 set. 2021.

CAPÍTULO 6

# O DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO E O ACESSO À JUSTIÇA

*Wagner Menezes*[1]

*Trabalho escrito em homenagem à Professora* ***Tatyana Friedrich*** *por ocasião da celebração de sua titularidade na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, expressando minha admiração e recordando nossa amizade iniciada nos tempos de movimento estudantil universitário, quando já se mostrava uma profissional combativa, crítica e determinada e que hoje se confirma em seu sucesso acadêmico como Professora Titular de uma das mais importantes instituições de Ensino Superior do país.*

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. O DIREITO INTERNACIONAL CLÁSSICO E A CONCEPÇÃO DE NÃO INGERÊNCIA EM ASSUNTOS DOMÉSTICOS; 2. A EMERSÃO DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO E OS NOVOS MECANISMOS DE REINVINDICAÇÃO DE DIREITOS; 3. A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL: A ASCENSÃO DO HOMEM PÚBLICO; 4. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E A MUDANÇA DE PARADIGMA; 5. ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO INTERNACIONAL: CONCEITO E EXTENSÃO; 6. FOROS INTERNACIONAIS COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA INTERNACIONAL E PROTEÇÃO CONTRA VIOLAÇÃO DE DIREITOS ELEMENTARES; 7. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

---

1 Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Fellow Professor na Universidade da Califórnia – Berkeley (EUA); Doutor e livre-docente; Presidente da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI).

## INTRODUÇÃO

A sociedade internacional na contemporaneidade tem se caracterizado por um processo de institucionalização com a crescente presença e influência de organizações internacionais e o estabelecimento de diferentes foros e sujeitos que produzem preceitos normativos a serem observados por Estados e povos.

O Direito Internacional clássico, que era marcado pela centralidade do Estado e com fundamento voluntarista pautado na soberania que disciplinava apenas relações normativas *vis-à-vis* entre Estados, vai aos poucos cedendo espaço a outros sujeitos e repercutindo em uma modificação profunda das relações normativas entre Estados, organizações internacionais e o ser humano, impactando em um Direito Internacional mais próximo dos indivíduos, especialmente a partir de 1945.

A transformação do Direito Internacional foi oportunizada por dois fenômenos importantes que se comunicam axiologicamente: a humanização e a institucionalização. A humanização do Direito Internacional, processo reflexo da influência humanista no fundamento do Direito e sua referência interpretativa, especialmente com aceitação pelos Estados, no sentido de limitar seus direitos soberanos em favor da dignidade humana, sujeitando todo o sistema jurídico à centralidade do ser humano. A institucionalização do Direito Internacional como fenômeno associativo entre Estados com a criação de entidades internacionais com personalidade própria e objetivos delimitados, que passam a servir como foro político deliberativo sobre temas que compõem uma agenda comum, levando a um deslocamento, para o plano internacional, de temas que eram tratados apenas internamente pelos Estados.

Organismos internacionais, criados sob os mais variados modelos institucionais, se multiplicam com o consentimento dos Estados e, à medida que vão aprimorando seu desenho institucional, ampliam crescentemente suas competências e tornam-se centros de deliberação política para orientar ação daqueles. Outras vezes tribunais internacionais e instituições para promoção de justiça internacional oportunizam mecanismos de apreciação de Direitos não só dos Estados, mas dos Estados para proteção de Direitos Individuais.

Esse processo leva a uma expansão e adensamento do tecido normativo do Direito Internacional que passa a abarcar novas relações jurídicas e disciplinar temas que, até então, não lhe cabiam, mas impactando substancialmente na ampliação de mecanismos de acesso à justiça dos Estados, indivíduos e povos.

Temas como Direitos Humanos, democracia, direitos individuais e políticos, até então tratados exclusivamente como assunto interno dos Estados, são levados para deliberações de foros internacionais como estratégia de discussão de direitos e como mecanismo de acesso à justiça, especialmente quando violados pelos Estados e seus agentes no plano

doméstico, abrindo espaço integrado para defesa em foros internacionais para proteção dos Direitos individuais.

Nesse contexto, partindo da hipótese de abertura de canais e foros internacionais para discussão de direitos individuais e políticos, o presente artigo pretende, por meio do método analítico, de forma crítica, vislumbrar a sedimentação de um sistema jurídico internacional conectado a outros ramos do Direito que pode ser instrumentalizado como mecanismo de violações de direitos e que pode ser utilizado como reação para violação de direitos com a utilização de *lawfare* por agentes políticos.

O artigo pretende responder a questionamentos como quais são os principais foros internacionais, como podem ser buscados, e como se enquadram teoricamente na estrutura do estudo do Direito internacional, bem como sua legitimidade e o que compõe sua problematização e a partir de sua reflexão chegar a conclusões que possibilitem leitura segura do fenômeno.

Espera-se, assim, como objetivo final, contribuir com discussão acadêmica para o estudo e aprofundamento do papel que as institucionais internacionais exercem como mecanismos de acesso à justiça e a importância de serem consideradas em eventuais estratégias de discussão sobre a proteção de Direitos.

## 1 O DIREITO INTERNACIONAL CLÁSSICO E A CONCEPÇÃO DE NÃO INGERÊNCIA EM ASSUNTOS DOMÉSTICOS

O marco de recorte temporal no qual se desenvolve o Direito Internacional clássico e no qual está sedimentada a sua concepção teórica voluntarista reside entre os anos de 1648, com a assinatura dos tratados da paz de Westfalia[2], que colocaram fim à Guerra dos 30 Anos, estabelecendo princípios de igualdade entre os Estados europeus, até o desencadeamento da Segunda Grande Guerra, no ano de 1939.

---

[2] A propósito, Brierly defende que: "A doutrina da soberania tal como Bodin a defendeu não levantou problemas especiais para o Direito Internacional. Para ele, a soberania era um princípio essencial da ordem política interna. E ficaria certamente surpreendido se pudesse prever que, mais tarde, ela viria a ser falsamente transformada num princípio de desordem internacional e invocada para demonstrar que os estados estavam, por natureza, acima da lei. É evidente que Bodin não pensava assim, pois incluiu na República normas relativas à conduta dos Estados, a partir das quais os outros autores contemporâneos principiaram a construir a nova ciência do Direito Internacional. Nunca lhe terá ocorrido que a sua doutrina da soberania pudesse implicar a destruição de tais normas". (BRIERLY, James Leslie. *Direito internacional*. Trad. de M. R. Crucho de Almeida. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 10).

Naquele tempo, o Direito internacional adotou suas feições tradicionais que permeiam, parcialmente, sua interpretação doutrinária até aos dias atuais, como uma disciplina jurídica pautada na soberania como autoridade referencial da vontade dos Estados, aliada a uma perspectiva contratualista, assentada sobre o princípio do *pacta sunt servanda*.

Por Direito Internacional Clássico deve-se entender o sistema jurídico assentado sobre a soberania absoluta e indivisível dos Estados que se consubstancia na sua vontade de contrair ou não, livremente, obrigações no plano internacional, não reconhecendo nenhuma autoridade superior à sua, imprimindo, em razão disso, uma relação de coordenação horizontal com outras soberanias. O Estado era concebido como a autoridade jurisdicional central, em que somente ele poderia resolver definitivamente os conflitos ocorridos em seu território. As normas de Direito Internacional deveriam ser instrumentalizadas para a coexistência mínima entre os entes soberanos estatais.

Esse cenário levou a um Direito Internacional com exacerbação do conceito de soberania que repercutiu no estudo e pesquisa de um conjunto de normas limitadas à produção de tratados e costume, com papel secundário de outras fontes e em conjunto de normas que orbitaria apenas em um espaço de coexistência entre Estados com repercussão apenas nesse ambiente.

Tal concepção forneceu as bases doutrinárias do Direito Internacional repercutindo em muitas das suas concepções teóricas, princípios e normas, que são aplicadas até os dias atuais e com as quais se acostumaram os intérpretes do Direito, levando à existência, ainda atualmente, de perspectiva equivocada e conservadora das funções do Direito Internacional. Outras vezes, não se percebe as mudanças estruturais pela qual passa o Direito Internacional na atualidade, ignorando mecanismos que estão fornecendo novos olhares, mecanismos e institutos que podem ser operacionalizados.

Assim, o Direito Internacional Clássico, estudado atualmente nas escolas e faculdades, é um Direito evidentemente fruto de uma outra realidade internacional, conservador, pouco dinâmico e previsível, com regras que só seriam colocadas em prática após aceitação formal dos Estados e ampla negociação, consolidando a conceitualização de Direito Internacional como aquele que regula as relações no plano internacional entre Estados soberanos e organizações internacionais.

Uma dessas perspectivas é a visão tradicional do Estado cujas bases residem no ambiente do Direito Internacional clássico e que consagra diversos princípios nas relações internacionais.

A Convenção de Montevidéu de 1933 é Documento reflexo desse tempo e que marca a posição entre os Estados no quadro da codificação do Direito Internacional, dando

norte para o tratamento e compreensão do fenômeno Estatal nas relações Internacionais, sendo importante documento na configuração conceitual normativa para reconhecimento e pressupostos de exercício de direitos no plano internacional. A Convenção fixa os requisitos para que o Estado, como sujeito internacional, possa ser assim reconhecido segundo os seguintes elementos: a) População permanente; b) Território determinado; c) Governo e, d) Capacidade de entrar em relações com os demais Estados.

Também é na Convenção que se estabelece a compreensão de que a existência política do Estado é independente do seu reconhecimento pelos demais Estados, tendo o direito de, mesmo antes de ser reconhecido, defender sua integridade e independência, prover a sua conservação e prosperidade, e organizar-se como achar conveniente, legislar com base em seus interesses, administrar seus serviços e determinar a jurisdição e competência dos seus tribunais.

Sob a perspectiva de que os direitos fundamentais dos Estados não são suscetíveis de ser atingidos sob qualquer forma e que nenhum Estado possui o direito de intervir em assuntos internos ou externos de outro, acaba por influenciar no reconhecimento de outros princípios como a não intervenção e autodeterminação dos povos, mais tarde consagrados na Carta das Nações Unidas.

No que tange aos direitos e deveres dos Estados e mesmo no contexto da contemporaneidade, a Carta das Nações Unidas reconhece os princípios da não intervenção e da autodeterminação dos povos, e, também, em Assembleia Geral, proclamou, em 24 de outubro de maio de 1970, a Resolução 2625 (XVII), a *"Declaração Sobre os Princípios de Direito Internacional Relativos às Relações Amistosas e à cooperação entre os Estados"* que fixa os valores referencias que devem ser observados nas relações entre os Estados.

Para a Declaração, a autodeterminação dos Estados envolve a compreensão de que todos os povos têm o direito de determinar livremente, sem interferência externa, no contexto da organização estatal, o seu status político e de buscar seu desenvolvimento econômico, social, cultural e religioso. O Estado deve respeitar que a população de outros Estados conduza suas controvérsias internas de acordo com as concepções da sociedade e faça livremente suas escolhas ideológicas, culturais, políticas e religiosas.

No que toca ao princípio do dever de não intervir em assuntos dentro da jurisdição nacional de qualquer Estado, nenhum Estado ou grupo de Estados tem o direito de intervir, direta ou indiretamente, por qualquer razão, nos assuntos internos ou externos de qualquer outro Estado, no sentido de empreender a intervenção armada e todas as outras formas de interferência ou tentativa de ameaça contra a personalidade do Estado ou contra seus elementos políticos, econômicos e culturais, pois trata-se de um direito inalienável dos Estados a escolha de seus sistemas políticos.

A consolidação de tais princípios no contexto de importantes documentos internacionais, reforçado pela concepção tradicional do Direito Internacional parece consolidar o entendimento de que o Direito Internacional não tolerará nenhum tipo de ingerência em assuntos domésticos e, a princípio, é isso mesmo, mas **é possível perceber que** tal cenário está sendo modificado em razão de valores e princípios que são consagrados pelos Estados, especialmente no contexto de organismos internacionais, como se verá a seguir.

## 2 A EMERSÃO DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO E OS NOVOS MECANISMOS DE REINVINDICAÇÃO DE DIREITOS

A história da ordem internacional contemporânea começa com as reformas implementadas pelos países após o fim da Guerra, em 1945, que tiveram ampla repercussão no campo do Direito Internacional, caracteristicamente marcado por um institucionalismo maior e protagonismo atribuído às organizações internacionais e ao reconhecimento aos indivíduos de direitos no plano internacional e ao fortalecimento dos Direitos Humanos.

A construção de um novo cenário internacional a partir do final da Segunda Grande Guerra pode ser creditada a três acontecimentos que, ao seu modo e dialogando no mesmo teatro, foram sistematizados pelos países aliados: a) a criação da Organização das Nações Unidas e a gravitação em torno dela de vários organismos internacionais; b) a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos como corolário ideológico da comunidade internacional; e c) a internacionalização da ordem econômica.

Cada um desses elementos, ao seu modo e segundo suas características, produziu repercussões no campo do direito e são os vetores do conjunto de relações jurídicas que se desenvolveram desde então e influenciam diretamente na expansão teórica e prática do Direito Internacional, no surgimento de novos sujeitos, na ascensão do indivíduo como figura central a ser protegida pelos Estados, no desencadeamento de um processo de judicialização e jurisdicionalização, na participação crescente da sociedade civil nas discussões de foros internacionais, na atuação dos agentes econômicos e empresas transnacionais que passam a induzir posições a serem tomadas pelos Estados em foros globais, na criação de novos espaços regionais de jurisdição, no fortalecimento da ideia de sociedade internacional e desenvolvimento de discurso universalista no campo normativo internacional.

A criação da ONU, a gravitação de Organizações Internacionais em torno dela e sua atuação dinâmica, fez com que se firmassem como sujeitos importantes do Direito Internacional. Sua multiplicação contribuiu para o deslocamento do debate de temas até então discutidos localmente para o plano mundial, para foros globais, estabelecendo e

dinamizando uma nova forma de diálogo entre os povos, utilizando-se não só dos tratados e dos mecanismos políticos, mas com instrumentos importantes de coordenação de ação de *Soft Law* como regras propositivas e nova fonte do Direito Internacional[3].

A criação da ONU, portanto, marca a construção da sociedade internacional contemporânea que foi desenhada a partir de transformações estruturais pela qual passou o mundo após a Segunda Guerra Mundial, estabelecendo, com isso, uma ordem global baseada em pressupostos jurídicos que desencadearam um processo modelador de um novo sistema normativo internacional e um ambiente propício para trocas culturais, normativas, econômicas e ideológicas entre o plano global e o local e vice-versa[4].

É de se destacar que já no preâmbulo da Carta das Nações Unidas os signatários firmam seu compromisso de observar o Direito Internacional, reconhecendo sua primazia, no sentido de estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional pudessem ser mantidos. Existiu ali, concretamente, o resgate do primeiro sentido da existência do Direito Internacional perdido, levando a crer que os Estados reconheciam que suas ações estariam limitadas ao Direito Internacional.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, que em um primeiro momento reconheceu o compromisso dos Estados no sentido de pautar sua ação internacional e observar os Direitos individuais e sociais dos indivíduos, gerou, com isso, principiologia do homem como centro das preocupações jurídicas estatais. Mas, em razão de sua própria

---

3 Como observa Antônio Augusto Cançado Trindade: "A atuação dos organismos internacionais, em setores os mais diversos, se externaliza habitualmente através de resoluções de relevância e significação variáveis: algumas servem de instrumento de exortação, outras enunciam princípios gerais, e outras requerem determinado tipo de ação, visando resultados específicos. Se apreciarmos certas resoluções de um organismo internacional sobre determinado tema, como intimamente vinculadas entre si, como partes de um processo contínuo no tempo, poderemos vir a nelas identificar um conteúdo mais específico, refletindo uma *opinio juris* de consenso generalizado, como correu nos últimos anos com as questões da descolonização, do reconhecimento do direito de autodeterminação dos povos, e da soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais. A atuação das organizações internacionais tem contribuído para a formação de normas do direito internacional de modos distintos. O mais comum e frequente é através da adoção de Resoluções, conforme já acentuado. Os debates precedendo à adoção de resoluções, em que têm os Estados participantes a oportunidade de externalizar seus pontos de vista, são importantes para a verificação da existência ou não de uma *opinio* júris". (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1981, p. 27).

4 BOEREFIJN, Ineke. *United Nations*. Netherlands Quarterly of Human Rights. Cambridge, v. 21. n. 4, p. 697-734, Dec. 2003; DUGARD, John. *Recognition and the United Nations.* Cambridge: Grotius Publications, 1987, p. 141-142.

evolução, trouxe novos temas para a agenda internacional, como o Direito Ambiental, a bioética e questões ligadas à condição humana, à humanidade e oportunizou o surgimento de atores de ação, como as ONGs internacionais, que passaram a defender sua causa. Permitiu, também, a criação do Tribunal Penal Internacional para julgar crimes contra a humanidade, mas, substancialmente, através de um conjunto de institutos e do desenvolvimento de um sistema, influenciou na teoria do Direito Internacional contemporâneo, no desenvolvimento da tese da protagonização do homem como sujeito ativo do Direito Internacional[5].

Por sua vez, a internacionalização da ordem econômica com a institucionalização do tripé de *Bretton Woods* – FMI, BIRD, GATT/OMC, serviu para estabelecer o fortalecimento da presença internacional do capital transnacional que, com isso, levou a uma fragmentação do poder de soberania estatal e oportunizou para o Direito Internacional o surgimento de atores como as empresas transnacionais, e de novos temas como o direito do desenvolvimento e o ressurgimento de uma nova roupagem da *lex mercatória*. A ordem econômica internacional aos poucos corrói as fronteiras dos Estados, pois o Estado deixa de ser o detentor soberano para legislar sobre grande parte das regras econômicas, porque outrora permitiu a internacionalização do sistema. A internacionalização do capital fortaleceu as economias capitalistas centrais e tornou dependentes as economias menos desenvolvidas e periféricas. Neste aspecto, as normas internacionais na área de Direito Econômico passam a ser impostas e geridas por instituições internacionais e em foros internacionais, gerando um sistema multifacetado, exigindo dos Estados adequação de sua economia e normativas internas ao padrão normativo estandardizado no plano internacional[6].

---

5 Norberto Bobbio ensina que: "a afirmação dos direitos humanos é ao mesmo tempo universal e positiva. Universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens e positiva no sentido de que põe em movimentos um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado" (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* 2. ed. São Paulo: Campus Elsevier, 2004, p. 30).

6 Wolfgang Friedmann faz a seguinte reflexão sobre a internacionalização dos interesses econômicos e seus efeitos sobre as transformações do Direito Internacional: "A internacionalização cada vez maior da indústria, comércio e dos negócios nos estágios adiantados da Revolução Industrial e a consequente internacionalização das atividades da empresa moderna estão desafiando o monopólio legal e político do Estado. Eles criam, no direito e nas relações internacionais contemporâneas, novos problemas de tensão entre a organização política ainda predominante no mundo em estados nacionais soberanos, e a internacionalização dos interesses e atividades econômicas. O estado nacional ainda reivindica lealdade legal, política e emocional, conforme é demonstrado pela atitude da grande maioria dos cidadãos na ocorrência da guerra. [...] Mas a internacionalização de interesses econômicos criou importantes reivindicações antagônicas que, às vezes, entram em conflito com as lealdades ao Estado, à medida que a organização dos interesses econômicos se difunde além das fronteiras nacionais" (FRIEDMANN,

Tal reestruturação, a partir dos referidos pilares, teve novo impulso decisivo após 1989 que, com o fim da "Guerra Fria", teve circunstâncias favoráveis para a emersão de um novo desenho político para a comunidade internacional, com o desencadeamento da globalização que se caracterizou pela ampliação dos canais de comunicação entre Estados e povos, pela liberalização da economia como modelo[7;8;9]. É no contexto da globalização que emerge uma série de transformações na sociedade internacional, facilitadas por esta amplificação dos canais de comunicação entre os Estados, das interrelações humanas entre indivíduos de diferentes países, do avanço do capitalismo e do comércio internacio-

Wolfgang. *Mudança da estrutura do Direito Internacional.* Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1971, p. 25-26).

7 HIGGINS, R. International law and the avoidance, containment and resolution of disputes. General course on public international law. *Recueil des Cours*, v. 230, n. V. p. 9-341, p. 229-237, 1991; ANAND, R.P. Sovereign equality of states in international law. *In: Recueil des Cours*, v. 197, n. II. p. 9-228, p. 31-50; 122-127, 1986.

8 "*In general, the so-called "cold war" between East and West was not a favourable time for the idea of judicial settlement of disputes. Furthermore, the ICJ showed little sensitivity for the concerns of Third World countries when in 1966 it ruled that the application brought by Ethiopia and Liberia against South Africa regarding the situation of Namibia was inadmissible, the two nations lacking an individual right of action. For a couple of years afterwards, the flow of cases to the ICJ almost dried up. However, the picture changed progressively after the ICJ had found, in an advisory opinion requested by the UN Security Council, that the administration of Namibia by South Africa had become unlawful by virtue of the denunciation of the League of Nations mandate by the UN General Assembly and the subsequent adoption by the Security Council of resolution (1970)*". (TOMUSCHAT, Christian. International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century: general course on public international law. *Recueil des cours*, v. 281, p. 9-438, 1999).

9 KIRKPATRICK, Jeane. Beyond the cold war. *Foreign Affairs*. New York, v. 69, n. 1. p. 1-16, 1989-1990; MORAL, Ignacio de la Rasilla del. International law in the historical present tense. *Leiden Journal of International Law*, v. 22, p. 629-649, 2009; BUNDY, McGeorge. From cold war toward trusting peace. *Foreign Affairs*. New York, v. 69, n. 1. p. 197-212, 1989-1990; BELLO, Judith H.; HOLMER, Alan F. After the cold war: whither international economic law? *Harvard International Law Journal*. Cambridge, v. 32, n. 2. p. 323-329, 1991; COSSMAN, Brenda. Reform, revolution or retrenchment? International Human Rights in the Post-Cold War Era. *Harvard International Law Journal*. Cambridge, v. 32, n. 2. p. 339-352, 1991; DANILENKO, Gennady M. The changing structure of the international community: constitutional implications. *Harvard International Law Journal.* Cambridge, v. 32, n. 2. p. 353-361, 1991; ROSTOW, Nicholas. The international use of force after the cold war. *Harvard International Law Journal*. Cambridge, v. 32, n. 2. p. 411-421, 1991; BERGSTEN, C. Fred. The world economy after the cold war. *Foreign affairs*. New York, v. 69, n. 3, p. 96-112, 1990; GADDIS, John Lewis. Toward the post-cold war world. *Foreign affairs*. New York, v. 70, n. 2. p. 102-122, 1991; LEBOW, Richard Ned. The long peace, the end of the coldwar, and the of realism. *International Organization*. Cambridge, v. 48, n. 1. p. 249-277, 1994; MILES, Edward L. U.S. security interests in post-cold war world and the law of the sea. *Columbia Journal of Transnational Law.* New York, v. 36, n.1-2. p. 373-397, 1997.

nal, aliadas a outros fatores científicos, culturais e sociais que induzem a um pluralismo de ideias cujo processo conjunto desenha o entendimento de vanguarda da contemporaneidade[10]. A globalização oportunizou uma maior interrelação entre as nações no campo social, político, econômico e comercial, científico, cultural e tecnológico. Desenvolveu, com isso, um cenário de encontros por onde correntes transculturais utilizam-se de uma linguagem universal e desenvolvem uma mentalidade global em toda a sociedade humana, antes adstrita aos limites territoriais de seu Estado[11;12].

Estes novos temas colocaram em xeque o sistema Westfaliano de sociedade de Estados e do próprio sistema do Direito Internacional Clássico, até então concebido, emergindo um sistema diferenciado, com novos mecanismos jurídicos, temas, paradigmas e novas preocupações da comunidade internacional que repercutem na titularidade subjetiva dos direitos regulados, e no sistema de representação e invocação de tais direitos, especialmente no que tange aos interesses de indivíduos quando discutidos em cortes e tribunais internacionais, seja como protagonista, interveniente, ou mesmo como interessado, direta ou indiretamente.

Essa nova realidade é fruto de um processo de amadurecimento do papel do Direito Internacional e dos mecanismos de solução que ele instrumentaliza à sociedade internacional para resolução de seus conflitos. Ao mesmo tempo, desenvolve-se a consciência o amadurecimento civilizacional, decorrente de sua capacidade criativa em submeter as rela-

---

10 SASSEN, Saskia. *Sociologia da globalização*. Trad. de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010.

11 VERGOPOULOS, Kostas. *Globalização, o fim de um ciclo*: ensaio sobre a instabilidade internacional. Trad. de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

12 SLAUGHTER, Anne Marie. The real new world order. *Foreign affairs*. New York, v. 76, n. 5, p. 183-197, sept./oct. 1997; CARRASCO, Enrique; GORDON, Ruth; ANAYA, S. James; HOM, Sharon K. Multiple visions of international law's future. *Proceedings of the American Society of International Law*. Washington D.C., v. 92, n.1/4. p. 92-106, apr. 1998; VALENCIA RESTREPO, Hernán. Derecho internacional, globalización y transversalidad. *Estudios de Derecho*. Medellin, v. 58. n. 131/132, p. 137-187, dec. 1999; KALIR, Doron M. Taking globalization seriously: towards general jurisprudence. *Columbia Journal of Transnational Law*. New York, v. 39, n. 3. p. 785-821, 2001; GAMBLE, John King; HUNNICUTT, Charles A. Reconceptualizing international law in the information age lexus: Olive Trees; globalization; professors Henkin, Jessup, Lachs. *Proceedings of the American Society of International Law*. Washington, v. 96, p. 238-249, mar. 2002; BERMAN, Paul Schiff. From international law to law and globalization. *Columbia Journal of Transnational Law*. Columbia, v. 43, n. 2. p. 485-556, 2005; VICUÑA, Francisco Orrego. The challenges of globalization for international economic law: new issues. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. Brazilian Yearbook of International Law. Annuaire Brésilien de Droit International. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 190-241, 2006.

ções entre Estados ao império do direito, e em que as normas internacionais servem cada vez mais, e crescentemente, aos indivíduos, aos povos e ao seu senso de universalidade.[13]

Esta realidade nova faz emergir um novo Direito Internacional, com tecido normativo mais espesso e que em razão disso, necessita estabelecer estruturas jurisdicionais para disciplinar as relações internacionais, semelhantes aos modelos desenvolvidos pelo Direito Interno por ser sua fonte mais próxima. Além disso, os Estados buscam regulamentar, de forma segmentada e temática, campos específicos das suas relações, tornando-as mais

---

13 *"Globalization, a phenomenon which can be described as inter-connectivity between regions, peoples, ethnic, social, cultural and commercial interests across the globe, has affected different legal fields, one of which is international law. Reshaped by the potent forces of globalization, international law has transformed itself from a set of legal rules governing inter-state relations, to a complex web of transnational documents, providing a normative framework for all sorts of different actors on the international legal scene. Phenomena which used to belong to domestic realms are now examined and monitored through the international legal lens. Our planet is "shrinking" because issues such as the environment, nuclear weapons, disease and terrorism have become of global concern, and are thus measured by international law parameters. Domestic law has lost its omnipotent, "sovereign" power and is now supplemented, corrected, and watched over by international law. Thus, international law has undergone an evolutionary process over the recent decades, transforming itself from an inter-state conflict resolution instrument, to a powerful global tool, present in every-day life and influential of many state actors' and non-state entities' decisions and policies. […] Moreover, to add to this globalization puzzle, international legal norms seem no longer to be created mainly by state actors; rather, today we deal with a world of transnational law-making, cross-border activity and interaction, where state and non-state actors together "disseminate alternative normative systems across a diffuse and constantly shifting global landscape". The phenomena worth describing brought about by the globalization of international law include the proliferation of actors, norms, and organizations in international law, as well as the expansion of traditional international jurisdictional concepts […] Traditionally, international law involved state actors and inter-state relations. Individuals, organizations, regional bodies, non-governmental institutions and the like were left outside the reach of international law. The United Nations was a forum open exclusively to state parties. The International Court of Justice ("ICJ"), as well as its predecessor, the Permanent Court of International Justice, were for a reserved for state grievances only. It was inconceivable that an individual would come before such tribunals, or that international law would govern anything but relations among state parties. Today, the converse is true. International law, in its transformed or globalized version, governs all sorts of relations, including those implicating states, regional bodies, NGOs, trade organizations, commercial actors, and private individuals. It spreads into legal fields such as environmental law, labor law, trade regulations, antitrust, health, and insurance law, inter alia. Non-state actors play increasingly important roles in such fields. Examples of such non-state actors that have assumed player roles in globalized international law involve regional organizations, specialized bodies such as trade organizations, NGO's, as well as private individuals".* (STERIO, Milena. The evolution of international law. Cleveland State University, Cleveland-Marshall College of Law. *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 31, n. 2, p. 213-256, 2008).

especializadas, levando, por isso, o Direito Internacional a uma pluralização expansiva de seu campo teórico.[14]

A pluralização expansiva, que atinge o corpo normativo do Direito Internacional comporta diversificação do temas e mecanismos jurídicos como resultado, da multiplicação de preocupações da sociedade internacional, que ampliando sua agenda, impôs a necessidade de administrar outros temas diferentes daqueles que tradicionalmente regulava, como Meio Ambiente, Comércio, Direitos Humanos, Integração Regional e Econômica, Política Internacional, Direitos Sociais, Criminalidade Internacional e democracia[15].

Um ambiente internacional globalizado induz, naturalmente, a uma pluralização das relações internacionais e, por conseguinte, expansão normativa do Direito Internacional. Há, por assim dizer, no atual cenário contemporâneo, um pluralismo jurídico[16], diversificado que leva à pluralização das expressões normativas, sobretudo pela interpenetração dos direitos.

Para Michel Rosenfeld, apesar das aparentes contradições e da falta de harmonia entre os sistemas legais, baseado em análises da contemporaneidade, da existência de uma filosofia do pluralismo e da convergência dos dois, é possível reconciliar o pluralismo legal e ideológico a partir do abandono da hierarquia e das inconsistências num nível mais alto e seg-

---

14 A proliferação de organismos internacionais judiciais é necessária para lidar com a crescente tendência de descentralização e com a crescente complexidade da sociedade internacional. Como a sociedade internacional se torna mais complexa, as obrigações internacionais estão se tornando mais onerosas. A proliferação de Tribunais Internacionais pode ajudar a controlar eficazmente e implementar o número crescente de obrigações. Tem, também, impactos positivos sobre o Direito Internacional, porque novas áreas do desenvolvimento do Direito Internacional precisam de conhecimento especializado (SANG WOOK, Daniel Han. Decentralized Proliferation of International Judicial Bodies. *Journal of Transnational Law & Policy*, v. 16, n. 1, p. 108-110, 2006).

15 A expansão do Direito Internacional na era da globalização, através de fontes formais e informais, e o acesso a ser concedido por intervenientes não estatais para procedimentos legais internacionais e tribunais, criou uma necessidade funcional para estabelecer mais de um Tribunal Internacional para administrar os diversos regimes jurídicos que ela abrange. O surgimento do interesse da comunidade internacional não precisa ser visto como o fim do papel central do Estado na construção e manutenção da ordem pública mundial. Estas mudanças significam apenas que aos atores não estatais não pode mais ser negado o seu devido papel na definição de objetivos e valores de ordem pública. Mesmo que se reconheça este fato, é importante lembrar que o edifício principal para a estrutura do sistema jurídico internacional é e continua a ser tratado que os Estados concluem e ratificam. Eles, juntamente com o processo habitual de que a lei continua a evoluir, desempenham um papel dominante na codificação e no desenvolvimento progressivo do Direito Internacional (RAO, Pemmaraju Sreenivasa. Multiple international judicial forums: a reflection of the growing strength of international law or its fragmentation? *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 929-961, 2004).

16 MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público.* 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 1, p. 114.

mentado do universo legal. O Estado-Nação perde força com a globalização, atores legais são cada vez mais confrontados com a pluralidade de sistemas legais. De um lado, os sistemas jurídicos nacionais são suplantados por outros supranacionais como globais[17].

Na essência, o Direito Internacional remanesce em meio a muitas transformações enquanto um sistema, alicerçado teoricamente nos fundamentos essenciais do Direito, do Estado e da soberania como legitimadora normativa. Por outro lado, e à frente dessa realidade, o fenômeno da pluralidade de temas, leva o Direito Internacional a assumir novas responsabilidades a partir de mecanismos e de temas que disciplina, induzindo, assim, a uma pluralização expansiva de seu corpo normativo sistêmico[18;19]. Na realidade global, o desafio da sociedade internacional é manter essa pluralidade temática regulamentada e como expressão de uma sociedade multifacetada, pautada por um ordenamento jurídico internacional eficaz que discipline essa ordem global, e na essência garanta o acesso à justiça internacional pelos sujeitos que se afirmam, por diferentes canais de instrumentalização.

---

17 ROSENFELD, Michel. Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, n. 3-4, p. 415-455, 2008.

18 Quando as coisas se tornam mais complexas, no âmbito do Direito Internacional, o número destes tribunais vai continuar a aumentar, refletindo um maior grau de divisão do trabalho, ou especialização, que é um estágio superior de evolução (ABI-SAAB, George. Fragmentation or unification: some concluding remarks, *N.Y.U. J. Int'l L & Pol*., v. 31, n. 4, p. 919-933, 1999).

19 É um sinal de maturidade e de importância crescente do estado de direito nas relações internacionais, de que a máquina internacional é um sistema judicial adequado. Igualmente, acompanha a criação de um novo e abrangente regime jurídico internacional. A execução judicial dos direitos e obrigações internacionais reduz execuções arbitrárias e brincadeiras de poder nas relações internacionais. Simultaneamente, os tribunais fortalecem o respeito à ordem jurídica universal. Tribunais Internacionais com especialistas no campo específico do direito em si, não apenas resolvem conflitos em uma base sólida caso a caso, ajudando a desenvolver o regime jurídico incipiente em um ramo mais exuberante de Direito Internacional. Portanto, há amplas oportunidades para o sistema de Direito Internacional ramificar e ganhar força com vários tribunais judiciais que lhe sejam conferidas com o encargo de nutrir áreas específicas da paisagem jurídica internacional. O importante, porém, é que os juízes desses tribunais diversos, quando aplicam e interpretam os direitos e obrigações de Direito Internacional, devem ser conscientes do sistema judicial internacional global que está surgindo, que devem promover a criatividade e energia. Além disso, os juízes devem demonstrar boa-fé e respeito à exposição, não só as suas próprias explorações anteriores sobre o assunto, mas mostrar respeito igual a participações relevantes de outros Tribunais Internacionais, no interesse da harmonia judicial, a certeza e a previsibilidade do direito. A este respeito, a contenção judicial e a economia deve desempenhar tão importante papel como um ativismo judicial de execuções para ajudar a colmatar as lacunas na lei. A melhor justificativa para a existência de uma diversidade de Tribunais Internacionais é conseguir a unidade do sistema jurídico internacional, que se dedica à justiça e equidade nas relações internacionais" (RAO, Pemmaraju Sreenivasa. Multiple international judicial forums: a reflection of the growing strength of international law or its fragmentation? *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 955-961, 2004).

A propósito, Mireille Delmas-Marty parte da constatação da debilidade do pluralismo de separação e do pluralismo de fusão para propor a superação de tais modelos, apostando na hipótese do "pluralismo ordenado" para transpor a complexidade jurídica do mundo sendo necessário abandonar o que para ela é a utopia da unidade e a ilusão da autonomia, a fim de explorar a hipótese de um processo de articulação recíproca entre um e outros para que se possa nomear, para marcar o movimento, do pluralismo ordenado.[20] Para a autora, existe um pluralismo decorrente de um conjunto de fenômenos de ordens diferentes, mas que deve ser ordenado a partir do Direito Internacional, se o direito mundial conseguir, assim, superar a contradição entre o "um" e o "múltiplo". Manter-se-ia a separação sem se impor a fusão, construindo-se, porém, uma ordem (instável e evolutiva) ou espaço ordenado.[21]

Assim, o fenômeno da expansão do Direito Internacional contemporâneo é marcado pela criação de um conjunto de diversas instituições internacionais, da atribuição aos Estados do papel de discussão de temas afeto à vida cotidiana de seus cidadãos, da sistematização de novos e inovadores mecanismos jurídicos e o aprimoramento do aparelhamento jurídico institucional do Direito Internacional.

O que se modificou foi a estrutura produtiva das normas, o fundamento das relações jurídicas, os mecanismos de expressão normativa, os instrumentos e os objetivos do sistema jurídico, que não renunciou aos instrumentos que compunham o conteúdo normativo do Direito Internacional existente continuando o Estado a ser o ente legitimado a produzir regras, mas abriram-se, por conta dos novos mecanismos instituídos, espaços em sua estrutura normativa, por onde foram sendo gradativamente incorporados por outros sujeitos que invocam o direito de participar diretamente do referido processo, e não como um direito a ser reclamado, mas porque a essência dos direitos e os temas que compõem a expressão plural do Direito Internacional exigem que se faça naturalmente esse reconhecimento.

Existe, assim, um novo cenário na sociedade internacional que impactou na estrutura normativa do Direito Internacional que, por sua vez, expandiu seu conteúdo, atingindo novos temas, multiplicando sua incidência na agenda internacional e política dos Estados[22].

Tal fenômeno é resultado de um conjunto de transformações nas bases estruturais da sociedade internacional a partir do fim da Segunda Guerra e que, por conta da democratização das relações internacionais e os estabelecimento dinâmico de um conjunto de

---

20 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II):* le pluralisme ordonné. Seuil: Paris, 2006, p. 9.

21 REUS-SMIT, Christian. The constitutional structure of international society and the nature of fundamental institutions, *INT'L ORG*, v. 51, n. 4, p. 555-589, 1997.

22 BERMAN, Paul Schiff. *The Globalization of International Law*. Aldershot: Ashgate, 2005.

foros internacionais e novos temas, modificou a concepção sobre a essência de um direito relacional estatocêntrico assentado sobre o princípio da reciprocidade para Estados em suas relações soberanas *vis-à-vis,* dando lugar a um Direito cooperativo entre Estados, do Estado como instrumento para a efetivação de direitos voltados essencialmente a toda sociedade, especialmente aos indivíduos.

## 3 A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL: A ASCENSÃO DO HOMEM PÚBLICO

Conforme exposto acima, a pluralização do Direito Internacional é fenômeno amplo, que tem induzido profundas transformações na estrutura do Direito Internacional, diversificado seu núcleo normativo e, por conseguinte, influenciado na adoção de novos mecanismos e instrumentos processuais para implementação da lógica de funcionamento do sistema.

Por sua vez, o fenômeno da expansão do Direito Internacional é composto por um dado elemento fundamental que contribuiu e continua influenciando enormemente para desenvolvimento de novas perspectivas para a disciplina e seu campo normativo, essencialmente em razão de modificar, face seu conteúdo axiomático, a forma de pensar o Direito Internacional, sua estrutura, finalidade, seu fundamento.[23]

A humanização do Direito Internacional é componente fundamental na modificação da forma de pensar o Direito Internacional na contemporaneidade, na expansão multitemática que abarca, impulsionando a criação e adoção de novos mecanismos e instrumentos para dinamização do sistema jurídico internacional, substituindo um sistema pautado na agenda dos Estados, para outro, mais aberto, dinâmico, que incorpora novos sujeitos, e tem como epicentro norteador da produção e aplicação das regras jurídicas o ser humano.[24]

Neste contexto, a perspectiva do Direito Internacional implementada, até então, como legado de Westfália, que era claramente estatocentrista, soberanista, sendo a vontade expressão e referência primária da aceitação a normativa internacional, e o direito, os indivíduos, colocados a serviço do poder soberano do Estado. Com a humanização do Direito Internacional, desenvolve-se na ordem jurídica internacional outra perspectiva,

---

23 DRNAS DE CLÉMENT, Z. The Humanisation of International Courts. *In*: VUKAS, Budislav; ŠOŠIĆ, Trpimir (eds.). *International Law*: New Actors, New Concepts, Continuing Dilemmas: Liber amicorum Božidar Bakotić, Leiden, Brill, 2010, p. 397-408.

24 PASTOR RIDRUEJO, J.A. La humanización del derecho internacional y el acceso del individuo a sus instituciones jurisdiccionales. *In:* CHOPO, Yolanda Gamarra (ed.). *Lecciones sobre justicia internacional*. Zaragoza: Institución "Fernando el Católico' (C.S.I.C.), 2009, p. 13-24.

que não abandona a figura do Estado, mas reconhece a supremacia da humanidade sobre o direito, estabelecendo o Estado e o direito a serviço da humanidade, neste diapasão é que ocorre profunda alteração no sistema jurídico internacional em razão das mudanças estruturais que tal fenômeno desencadeou.[25]

Embora na sua essência o Direito Internacional jamais tenha deixado de ter como componente de sua lógica filosófica sistêmica o pensamento humanista que sempre residiu na base da própria concepção do Direito como ciência, quatro movimentos concretos e progressivos foram decisivos para a tomada de posição, no plano internacional, em favor da humanização do sistema jurídico internacional: a) A adoção da Carta das Nações Unidas; b) A proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos; c) A estruturação de sistemas regionais para proteção dos Direitos Humanos e; d) A expansão dimensional dos Direitos Humanos, tendo cada um, a seu modo, impulsionado o processo de modificação da estrutura do Direito Internacional e amoldado o fenômeno da Humanização do Direito Internacional.

A adoção da Carta de São Francisco estabeleceu o corolário ideológico da ordem mundial contemporânea vigente, compreendendo quase que a totalidade dos Estados do mundo que representam percentual representativo da população mundial o que corresponde à consciência universal de um conjunto de valores fundamentais para a sociedade humana. A Carta revela em seu preâmbulo a compreensão da implementação de uma ordem amoldada para a humanidade como forma de preservar a paz e reafirma a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, e, como propósito da organização, promover e estimular o respeito aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais para todos.[26;27]

Sendo foro constitutivo da nova ordem que se ajustava após a Segunda Guerra, marca a decisão normativa definitiva e absoluta dos Estados em assumir um novo papel nas relações internacionais, estabelecendo como princípio fundamental, nas relações entre os Estados, o respeito aos Direitos Humanos, não sendo apenas uma opção política, mas principalmente uma decisão normativa, obrigatória, que se impõe, a partir de então, como valor de referência absoluto no qual os Estados são instrumentos para a promoção dos referidos direitos, cuja centralidade de suas relações reside no indivíduo.[28]

---

25 MERON, Theodor. International law in the age of human rights: General Course on Public International Law. *Recueil des Cours*, v. 301, 2003.

26 MANDELSTAM, A. N. *Les droits internationaux de l'homme*. Paris: Editions internationales, 1931.

27 ALGER, Chadwick F. *The United Nations System*. Santa Barbara: ABC – Clio, 2006.

28 MERON, Theodor. *The Humanization of International Law*. The Hague Academy of International Law Monographs. v. 3. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Não houve, na Conferência de São Francisco, uma decisão deliberada dos Estados, mas o tema se impôs naturalmente sobre eles em razão da conjuntura do cenário pós-guerra, da consciência humana da aversão ao Estado como referência de autoridade absoluta e ilimitada que justificava todas as atrocidades cometidas em nome do Estado e da compreensão civilizacional de que os Direitos Humanos e o principado da justiça, da tolerância, da boa-fé, da solução pacífica das controvérsias seriam os instrumentos hábeis para a preservação da paz.[29]

Como discurso ou narrativa normativa sistêmica, o reconhecimento dos Direitos Humanos na base das relações internacionais, como princípio da nova ordem, teve impacto direto na apreciação sobre a figura do Estado e do indivíduo e desencadeou a nova concepção para humanização do Direito Internacional. [30]

Por sua vez, a proclamação, em Assembleia Geral, da Declaração Universal dos Direitos Humanos marcou passo decisivo e concreto para a identificação dos valores sobrelevados pelos Estados em São Francisco, como movimento concreto de tipificação e individualização sobre a compreensão da sociedade internacional vigente e seu entendimento sobre os Direitos Humanos, reconhecendo a existência de direitos comuns à espécie humana, rememorando que o desprezo às regras resultaram em atos contra a consciência de humanidade e, por isso, naquele momento ser essencial a proteção dos Direitos Humanos pelo império da lei, devendo os Estados e povos promover a cooperação e o respeito universal aos direitos fundamentais, como forma de progresso social e melhores condições de vida e liberdade.[31;32]

Ao identificar os direitos individuais e sociais que consagravam o conjunto protetivo dos Direitos Humanos a partir da Assembleia Geral que resgatou movimentos localizados de afirmação de tais direitos, ampliaram-se os dispositivos normativos que passariam a orientar o entendimento coletivo da sociedade de Estados e povos sobre o tema, individualizando dispositivos que comporiam amplo núcleo dos direitos reconhecidos, ampliando, por isso, ainda mais o leque de direitos dos indivíduos sobre os Estados, e também o leque de

---

29 WHITE, Nigel D. *United Nations System*: Toward international Justice, London: Lynne Rienner Publishers, 2002, p. 221.

30 LAUTERPACHT, H. The international protection of human rights / H. Lauterpacht. *Recueil des cours*, v. 70, p. 1-108, 1947.

31 RAZ, Joseph. Los derechos humanos en el orden mundial emergente. *Foro:* revista de ciencias jurídicas y sociales, vol. 17, n. 2, p. 309-331, 2014.

32 GOLSONG, H. Implementation of international protection of human rights / H. Golsong. *Recueil des cours*, v. 110, p. 1-151, 1963.

direitos que os Estados deveriam resguardar, além de disponibilizar instrumentos efetivos para proteção dos indivíduos.[33]

Como terceiro movimento de humanização do Direito Internacional a estruturação de sistemas regionais para proteção dos Direitos Humanos na Europa, América Latina e África trouxe a consagração e fortalecimento para o plano regional das regras objetivas e impositivas ainda mais detalhadas, e permitiu que fossem disponibilizados mecanismos efetivos de solução de conflitos sobre o tema, com a sistematização de Tribunais para julgar Estados a partir de um catálogo detalhado de direitos que além de incorporar os direitos já reconhecidos na Declaração Universal, estratificava mecanismos e reconhecia particularismos regionais, incorporando-os na base do sistema normativo.[34]

Como ponto de partida, todos os sistemas formalmente constituídos reconhecem sua conexão com a Carta de São Franciso e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dando aos direitos lá expressos legitimação normativa e, ao mesmo tempo, lógica sistêmica. Especialmente, no quadro do Sistema Interamericano para proteção dos Direitos Humanos, com o Pacto de São José da Costa Rica, firmado em 22 de novembro de 1969 e entrou em vigor em 18 de julho de 1978, declarou-se o propósito de consolidar na região, no ambiente dos regimes democráticos, o respeito aos Direitos Humanos independentemente do vínculo estatal do indivíduo. No caso do sistema regional Europeu, adotado em Roma a partir da assinatura da "Convenção para a Proteção dos Direitos humanos e das Liberdades Fundamentais", em 4 de novembro de 1950 e que entrou em vigor no dia 3 de setembro de 1953, invocou-se o patrimônio de ideais e tradições políticas, estabelecendo-se o sistema para mobilizar e protegê-los com bases na justiça e na paz, mas na concepção essencial de entendimento comunitário de respeito dos Direitos Humanos. No mesmo contexto, mas em data mais recente, os Estados africanos firmaram, a partir da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos povos, assinada em 28 de junho de 1981, em Nairobi (Carta de Banjul), entrando em vigor em 21 de outubro de 1986,[35] sistema baseado no propósito de eliminar o colonialismo e o intervencionismo e de preservar a liberdade, a igualdade, a justiça e a dignidade, e colocam os Direitos Humanos baseados nos atributos da pessoa humana, o que justifica sua proteção internacional a partir do direito ao desen-

---

33 TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights*: Between Idealism and Realism, Third Edition, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 32-33.

34 EBOBRAH, S.T. International Human Rights Courts. *In:* ROMANO, Cesare P.R.; ALTER, Karen J.; SHANY, Yuval (eds.). *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 225-249.

35 SINHA, M.K., African Charter on Human and People's Rights and Protection of Human Rights, *Indian Journal of International Law*, v. 53, n. 4, 599-610, 2013.

volvimento, concretizando diálogo fundamental no novo contexto internacional entre os direitos econômicos e os direitos civis.[36;37]

Percebe-se que os sistemas regionais contribuem com a humanização do Direito Internacional na medida em que amplificam as regras de aplicação em matéria de Direitos Humanos e estabelecem mecanismos institucionais e procedimentais de reconhecimento e aplicação em um quadro regional que leva em conta as experiências históricas na concepção dos Direitos Humanos, ao mesmo tempo em que todos os sistemas reconhecem sua relação simbiótica com os movimentos precedentes de afirmação dos Direitos Humanos, demonstrando, com isso, coesão epistemológica e sistêmica, enquanto derivados de uma mesma norma norteadora de valor.[38]

Ademais, a criação de tribunais, o aparelhamento dos mesmos, com base em um quadro normativo, com afirmação da prevalência dos ideais de justiça, permite situar tais instituições no campo do Direito Internacional, mas que em razão dos impulsos naturais do tema, fornecem novos instrumentos no contexto de sua aplicação e efetivação dos direitos protegidos, incluindo, com isso, o debate, por exemplo, não só do processo de jurisdicionalização do Direito, mas, também, da relação do sistema internacional com o sistema interno, do acesso à justiça internacional e, além disso, de mecanismos processuais e procedimentais que garantam tal acesso e a efetividade do bem jurídico tutelado no contexto histórico e institucional no qual a norma foi criada.[39;40]

A expansão dimensional dos Direitos Humanos, com base na projeção do princípio da solidariedade humana sobre as regras pactuadas na Declaração Universal e a partir dela

---

36 SATCHIVI, F.A.A. *Les sujets de droit*: contribution à l'ètude de la reconnaissance de l'individu comme sujet direct du droit international, Paris: Harmattan, 1999.

37 KAMTO, M. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour afri1caine des droits de l'homme*: commentaire article par article. Bruxelles: Bruylant, 2011.

38 DOUMBÉ-BILLÉ, S. La juridictionnalisation des droits de l'homme en Afrique: «much ado about nothing". *In:* AKANDJI-KOMBE, Jean-François (ed.). *L'homme dans la société international*: mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier. Bruxelles: Bruylant, 2013, p. 693-706.

39 MAHIOU, A. La justice internationale et les droits de l'homme: brèves remarques. *In*: DUPUY, Pierre-Marie; TOMUSCHAT, Christian (eds.). *Völkerrecht als Wertordnung*: Festschrift für Christian Tomuschat / Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat. Kehl: Engel, 2006, p. 227-244.

40 TIGROUDJA, H. La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme au service de «L'Humanisation du Droit International Public» propos autour des récents arrêts et avis. *Annuaire français de droit international*, v. 52, p. 617-640, 2006.

na produção de um conjunto múltiplo de tradados[41], levou ao desencadeamento de processo incrementado pela própria força expansiva e dinâmica dos Direitos Humanos que, na sua essência, permite a recomposição dos seus valores a partir das perspectivas e estruturas sociais que reivindicam direitos, levando a uma verdadeira era dos direitos decorrente da humanização do Direito Internacional.[42]

Deve-se destacar que a expansão dimensional dos Direitos Humanos se dá por fenômeno muito peculiar, com o amadurecimento dos conceitos e do sistema, mas também calcado na força dos Direitos Humanos com princípio imperativo que atinge o núcleo de relações normativas tradicionais e lhe dão nova roupagem, nova referência de valor, estabelecendo um liame subjetivo pelo qual se força ser reinterpretado, reposicionado no quadro normativo e, isso ocorre tanto no plano internacional, nas relações Inter estatais, com surgimento e especialização de novos temas como Direito Ambiental, Direito Penal Internacional, Direito Humanitário, Direito do Mar, nas decisões de cortes internacionais especializadas em outros temas ou criadas.

Nesse novo contexto justificável analisar a dimensão normativa vinculada aos Direitos Humanos, ou porque no quadro das organizações internacionais existe, permanentemente, debate sobre o desenvolvimento de novas dimensões, ou ainda no direito interno, pela influência das discussões no plano internacional, porque toda a sistematização normativa fundamental dos Estados coloca os Direitos Humanos como princípio imperativo que ilumina todo sistema jurídico.

A expansão da dimensional dos Direitos Humanos não é estática, mas sim dinâmica, existe uma voracidade natural dos Direitos Humanos em influenciar toda a expressão normativa do sistema jurídico que reside na sua dimensão principiológica e axiológica, porque esse foi colocado a serviço do ser humano, daí que a todo tempo novos conceitos e espaços têm sido construídos; daí porque a busca crescentemente pelo aperfeiçoamento do sistema se reconstrói e novas dimensões são alcançadas à medida que os valores vão se expandindo, multiplicando e se consolidando como em um processo de multiplicação celular e esse processo dinâmico de diversificação, produção e redimensão de mecanismos, princípios normativos e conceitos deve ser atribuído à inegável humanização do Direito Internacional.

---

41 MARTIN-CHENUT, K. Les mécanismes conventionnels de prévention des violations des droits de l'homme au niveau universel. *In:* DECAUX, Emmanuel; TOUZÉ, Sébastien. (eds.). *La prévention des violations des droits de l'Homme*: actes du colloque des 13 et 14 juin 2013. Paris: Pedone, 2015, p. 61-89.

42 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* 2. ed. São Paulo: Campus Elsevier, 2004.

A humanização marca o resgate do Direito Internacional às suas origens, à concepção de que seu fundamento está na consciência da existência de um axioma superior à vontade dos Estados, como *recta ratio*[43] que transcende a vontade dos indivíduos e se impõe naturalmente com força de referência ética indiscutível e como um *jus cogens.*[44]

O Direito Internacional, que a partir de Westfália, das concepções hobbesianas de Estado, da implementação de uma ideia de poder soberano atributivo ao monarca e depois ao Estado, do positivismo destrutivo que teve em Hegel[45] e Jellinek [46] sua potencialização definitiva, foi relegado a um direito relacional que era expressão da manifestação formal do Estado, distanciando-se do seu sentido original e dos elementos que teoricamente alimentam a própria concepção da razão e do sentido inicial e moral do próprio Direito.

As ações que se dão no plano internacional por parte dos Estados, com o reconhecimento formal dos Direitos Humanos, tiveram a força de modificar essencialmente o pensamento do Direito Internacional e apontar estruturalmente para o desenho de uma nova forma de interpretação, resgatando não só as bases iniciais de pensamento do Direito Internacional encontradas em Vitoria,[47] Suarez[48] e Pufendorf[49] mas, essencialmente, na retomada do pensamento humanista em suas diversas abordagens no campo do direito, agora sob a arquitetura da contemporaneidade e como referência de valor, axioma máximo. Não se trata de um resgate ao direito natural, mas sim de compreender o direito a partir das necessidades humanas, que circunstancialmente pode se realizar no direito positivo, seja como formalização ou instrumento, derivado de um determinismo de espécie, da vida em sociedade e da necessidade de estabelecer valores para construção de nossa dimensão de civilidade que a distancie da barbárie.

---

43 CICERO, Marco tulio. *Da Republica*, Cap. III ,XVII, p. 37.

44 O Sentido que aqui se utiliza para o *jus cogens* é do instituto enquanto axioma teórico imaginado e não com a dimensão normativa dada na Convenção de Viena sobre direito dos tratados.

45 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*, tradução de Orlando Vitorino, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

46 JELLINEK, Georg. Teoria General Del Estado. Trad. Fernando de los Rios Urruti, Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2000.

47 VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o Direito da Guerra*: de indis ET de jure belli relectiones, Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

48 SUAREZ, Francisco. *De legibus ac Deo legislatore*, 1612.

49 PUFENDORF, Samuel. *Do Direito Natural e das gentes*. Prefácio de Tércio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.

A humanização do Direito Internacional, como processo progressivo, atribuiu definitivamente ao indivíduo a condição de sujeito referencial do Direito Internacional, legou a ele a responsabilidade de atuar no plano internacional, no ambiente espacial de representação dos Estados, como titular de direitos, seja no polo ativo, com o direito de reclamar direitos violados e buscar direta ou indiretamente seu reconhecimento, ou no polo passivo, caso cometa crimes contra a humanidade que têm na sua essência dimensão dos Direitos Humanos.[50;51]

O fenômeno da humanização do Direito Internacional, leva à compreensão natural da possibilidade de o indivíduo atuar nos mais variados foros, como organizações e tribunais internacionais e que a legitimação para demandar Estados é uma realidade inafastável no contexto da contemporaneidade, por tratar-se de direito de acesso à justiça internacional de um direito do qual é o titular e direto interessado. [52]

A ascensão do homem público nas palavras de Tzvetan Todorov[53] coloca o indivíduo no mesmo patamar dos Estados e com direitos correspondentes, estabelecidos no plano internacional como espaço relacional de Estados, organizações internacionais que atuam em consonância com as aspirações da humanidade que têm seus valores e direitos protegidos acima da vontade daqueles como inalienáveis, superiores, decorrentes da própria essência da espécie humana. Por outro lado, no quadro de uma sociedade mais complexa institucionalmente, o Estado também se minimiza, se individualiza crescentemente, perde atributos que lhe garantiam poder divino absoluto, agem menos com base no *jus imperii*, e mais como *jus gestionis* e se envolve em diversas relações jurídico-normativas como sujeito da normativa internacional em paridade com indivíduos e com empresas, cedendo crescentemente espaço para as relações de igualdade e de alteridade.[54]

A ascensão do homem público como fenômeno mais claro dessa nova realidade, dá ao indivíduo dimensão de sujeito de Direito Internacional, de ator central nas relações normativas internacionais e resgata o sentido perdido pelo próprio direito que deve ser pensado como instrumento da sociedade humana, que deve proteger seus direitos contra as atrocidades cometidas por quem quer que seja, especialmente retirando esse

---

50 SOTO, J. de. L'individu comme sujet du droit des gens. *In:* ROUSSEAU, Charles. *La technique et les principes du droit public* — Etudes en l'honneur de G. Scelle, v. II, Paris: LGDJ, 1950, p. 687-716.

51 SATCHIVI, F.A.A. *Les sujets de droit*: contribution à l'étude de la reconnaissance de l'individu comme sujet direct du droit international, Paris: Harmattan, 1999.

52 SCHULÉ, D. *Le droit d'accès des particuliers aux juridictions internationales*. Paris: Loviton, 1934.

53 TODOROV, Tzvetan. *Imperfect Garden*: The Legacy of Humanism. Princeton University Press, 2009.

54 NIJMAN, Janne Elisabeth. *The Concept of International Legal Personality*: An Inquiry into the History and Theory of International Law. Leidman: Nijman, 2004, p. 304.

direito atribuído ao Estado, que por diversos momentos na história, encontrou tal legitimação no uso do poder e da força, escondendo, sob o manto da legitimidade, a prática da tirania, da restrição das liberdades individuais, do totalitarismo, de um nacionalismo divisionista e da eugenia.[55;56]

Com a amplificação dos tentáculos normativos dos Direitos Humanos, a multiplicação de tipos normativos dele derivados e a criação de cortes disponíveis para dizer o direito tutelado, houve impacto profundo na estrutura do Direito Internacional conforme leciona Antônio Augusto Cançado Trindade em seu curso geral da Haia, repercutindo na agenda internacional como: o desarmamento, no Direito dos Tratados, na responsabilidade internacional dos Estados, na sucessão de Estados, questões territoriais, nas relações diplomáticas, levando à convergência principiológica de diversos regimes para proteção dos Direitos Humanos e na resolução de conflitos.[57]

No caso específico dos tribunais aparelhados para proteger os Direitos Humanos e constranger os Estados a fazê-lo, há que se compreender que eles não são somente estruturados no formato tradicional do Direito Internacional clássico, pelos Estados e, por conseguinte, reconhecendo a obrigação aos Estados, mas que seu objeto normativo é direito atribuído a toda humanidade. Os Sistemas protetivos dos Direitos Humanos no contexto da humanização do Direito Internacional devem garantir um espaço jurisdicional do exercício de direito dos indivíduos no plano internacional e deve ser interpretado neste contexto, segundo essa função teleológica emerso no quadro do processo de humanização do Direito Internacional.[58]

A operacionalização de todo o sistema deve compreender tal legitimação e, por conta disso, ampliar os espaços de exercício de participação dos indivíduos, seja processualmente ou procedimentalmente, nas discussões que são submetidas a essas instituições. Ademais, com o fortalecimento e a expansão dinâmica dos Direitos Humanos, seu

---

55 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo, São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

56 PÉREZ-LEÓN, J.P. El individuo como sujeto de derecho internacional: análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo. *Anuario mexicano de derecho internacional*, v. 8, p. 599-642, 2008.

57 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. International Law for humankind: Towards a new jus gentium. *General Course on Public International Law*, *Hague Academy of International Law*, vol. 317, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 271-279.

58 VOS, Jan Anne. *The Function of Public international Law*. The Hague: Springer, 2013.

aperfeiçoamento e consolidação no sistema jurídico tornam-se necessários para garantir a coerência axiológica do sistema.[59]

A humanização, ao modificar o fundamento do Direito Internacional a partir do resgate dos valores iniciais, perdidos com a perspectiva estatocentrista do Direito Internacional, acaba por impactar na conceitualização teórica, na ascensão de outros sujeitos, na dinamização das fontes e fortalecimentos dos princípios, e, permeando a agenda internacional na expansão axiológica do funcionamento de todo sistema jurídico internacional o impulsionando, sem dúvida, para um novo *jus gentium* em que os instrumentos jurídicos internacionais fomentem amplamente a participação direta dos indivíduos como forma de reinvindicação e realização do Direito.[60;61]

## 4 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E A MUDANÇA DE PARADIGMA

Por muito tempo, no processo de evolução do Direito Internacional, os Estados foram o único sujeito do Direito Internacional e, por isso, toda construção teórica do chamado Direito Internacional Clássico foi concebido doutrinariamente com base na expressão jurídico normativa do Estado e a extensão de seus poderes.

Quando muito, Estados se associavam no formato de confederação ou de união real e pessoal, mas mantinham, conforme já descrito, sua independência jurídica e sua atuação nas relações internacionais.

Não obstante, um pouco antes, mas especialmente após a Segunda Guerra Mundial, a sociedade internacional passou a contar com um novo formato de associação entre Estados, mais organizada, e com maior autonomia que rompia com os modelos tradicionais de associação existentes e que, em razão de seu estatuto e dos objetivos a serem perseguidos, bem como mecanismos de discussão, se apresentava como um novo espaço de discussão entre Estados.

---

59 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Le droit International pour la personne humaine*. Librairie Lgdj, 2011.

60 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. International Law for humankind: Towards a new jus gentium. *General Course on Public International Law*, *Hague Academy of International Law*, vol. 317, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 271-279.

61 TRINDADE, A.A.C. El difícil camino del acceso de la persona humana a la justicia en el contencioso interestatal ante la Corte internacional de Justicia. *Anuario hispano-luso-americano de Derecho Internacional*, v. 21, p. 173-213, 2013.

Nesse contexto emergem as organizações internacionais, como demanda de uma sociedade internacional mais complexa, onde diferentes Estados vão estabelecendo alianças para promoção de cooperação sobre os mais variados temas e pautas internacionais.

Além disso, as organizações internacionais vão se amoldando em vários formatos, com diferentes programas, estrutura normativa institucional, extensão de atuação, levando a uma multiplicidade de instituições que passam atuar em conjunto com os Estados na promoção do Direito Internacional. Com o reconhecimento da titularidade subjetiva às Organizações Internacionais, passa a existir um processo expansivo de criação de diversas instituições internacionais, que são reconhecidas e tidas como sujeitos do Direito Internacional.

Nesse contexto, a institucionalização do Direito Internacional pode ser compreendida como o processo de multiplicação de organizações internacionais e organismos que passam a atuar nas relações internacionais e a invocar prerrogativas para produzir e aplicar regras que acabam impactando em seu reconhecimento como sujeito do Direito Internacional e levando a um processo do desenvolvimento jurídico normativo mais orgânico e sistematizado.

O processo de institucionalização da sociedade internacional e, por conseguinte do Direito Internacional, é um fenômeno progressivo e, nesse sentido, podem ser encontradas outras instituições que mesmo sem reconhecimento de titularidade subjetiva, são criadas e impactam na construção de normas e regras aplicadas aos Estados, envolvendo, assim, um número crescente de atores e instituições, públicas e privadas, que contribuem para o adensamento do tecido normativo do Direito Internacional e por um processo de democratização da sociedade internacional.

As organizações internacionais passam a ser um foro de discussão dos Estados para manutenção da paz e instrumento como centro de fomento de desenvolvimento, harmonizando a ação das nações para a consecução dos objetivos desenvolvidos no seio da organização, com base em princípios que foram inclusivos de Estados periféricos ao processo de decisão e direção da agenda internacional.

Com o estabelecimento de um foro de diálogo internacional e com o debate crescente e necessário dos Estados, houve também uma produção normativa de textos jurídicos e não jurídicos, em que a dinâmica diplomática condensava todos os objetivos decorrentes daquelas discussões. Os Estados, que antes gestavam de forma isolada suas normas dentro do panorama estatal interno, passaram gradativamente a transferir para o plano internacional as competências para indicar padrões normativos mínimos a serem seguidos e adotados, envolvendo temas como o meio ambiente, as garantias aos Direitos Humanos e aos direitos sociais, na busca de uma sociedade internacional mais justa e equilibrada.

As organizações internacionais passam a desempenhar o papel de legisladoras globais, propondo normas e regras que são adotadas pelos Estados e, transcendendo a eles, a outros sujeitos do Direito Internacional e até mesmo aos indivíduos, além disso, transformam-se em foro deliberativo de violação dos direitos elementares e fundamentais aos seres humanos.

A atuação das organizações internacionais como um foro democrático e conjunto de discussão dos problemas globais tem contribuído significativamente para a utilização de resoluções e recomendações para a formatação de um mundo melhor por meio de normas jurídicas, e seu efeito mais sensível é possibilitar que os problemas da humanidade (meio ambiente, miséria, moléstias, conflitos, etc.) sejam tratados de forma individualizada pelos mais diferentes povos das mais distintas regiões do mundo.

No que tange à produção de normas mediante resoluções sem caráter de obrigatoriedade, mas com peso moral e ideológico indiscutível, tem causado um efeito interessante na normativa interna dos Estados. Muitos países têm adotado e reproduzido em seu ordenamento jurídico interno, normas já discutidas em foros internacionais, como se fossem suas, por meio de seus processos legislativos constitucionais. Essas normas são aplicadas e direcionadas aos seus cidadãos como normas nacionais – e realmente acabam sendo, por causa dos processos legislativos nacionais, – apesar de terem sido criadas em foros internacionais.[62]

As organizações internacionais, à medida que foram consolidando seus modelos institucionais em sua autonomia foram reivindicando direitos e poderes implícitos que, em razão do seu papel normativo derivado, foram aparelhando novos mecanismos e canais de comunicação com a Sociedade. Por exemplo, o Conselho de Segurança criou Tribunais Internacionais *"ad hoc",* a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a criação do Conselho dos Direitos Humanos, que, por sua vez, aprovou uma série de normativas que abrem canais para reclamação de particulares e Organizações civis sobre a violação dos Direitos Humanos; a Comissão Interamericana de Direitos Humanos teve reformulado seu regimento interno sendo aparelhada com maior poder de persuasão sobre os Estados-membros com canais comunicativos com particulares; a Corte Europeia abriu a possibilidade de demandas diretas por indivíduos; o Mercosul firmou um tratado estabelecendo uma cláusula democrática a ser aplicada entre seus Estados membros e, finalmente, o Tribunal Penal Internacional estabeleceu um catálogo de violações que podem ser levadas como denúncia ao procurador e serem julgados condenando os responsáveis.

---

62 MENEZES, Wagner. *Ordem Global e transnormatividade.* Ijuí: Unijui, 2005.

## 5 ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO INTERNACIONAL: CONCEITO E EXTENSÃO

A institucionalização aliada à humanização do Direito Internacional fez emergir debate sobre a democratização de mecanismos de acesso aos tribunais internacionais, principalmente em razão da ampliação dos foros de discussão e demanda, da ampliação do conjunto normativo, a especialização de certos temas, e a diversificação dos instrumentos que foram criados a partir de novos institutos.[63;64;65]

Ocorreu profunda modificação na estrutura jurisdicional internacional, havendo grande diversidade de foros, mecanismos, institutos, e temas que devem ser utilizados pelos Estados, seja na reinvindicação de seu direito como demandantes, ou sujeitos demandados. Da mesma forma, no que tange à matéria regulada e ao bem jurídico protegido, outros sujeitos, os povos, a sociedade internacional foram incluídos como diretamente interessados em eventuais demandas internacionais, ampliando o contexto que uma lide internacional envolve.[66;67;68]

O Direito é instrumento inerente da sociedade. Não é possível conceber relações sociais entre pessoas, grupos e etnias diferentes, sem que exista um ordenamento jurídico

---

63 ATTERITANO, Andrea. Targeted Sanctions e tutela giurisdizionale. *In:* FRANCIONI, Francesco. *et al*. (eds.). *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 423-459.

64 KJELDGAARD-PEDERSEN, A. The Influence of the Concept of International Legal Personality in the Drafting of the Statute of the Permanent Court of International Justice. *Journal of the History of International Law*, v. 16, n. 1, p. 9-25, 2014.

65 OTIS, L.; REITER, E.H. The Reform of the United Nations Administration of Justice System: the United Nations Appeals Tribunal after One Year. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 10, n. 3, p. 405-428, 2011.

66 FRANCIONI, Francesco. Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale. *In:* FRANCIONI, Francesco. *et al*. (eds.). *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 3-44.

67 LAMB, S. Access to Justice before International Criminal Tribunals: an Evaluation of the Scheme of Victim Participation adopted by the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC). *In:* KEYZER, Patrick; POPOVSKI, Vesselin; SAMPFORD, Charles. (eds.). *Access to International Justice*, London: Routledge, 2015, p. 128-147.

68 LAMBERT ABDELGAWAD, E. Les requérants multiples devant la Cour européenne des droits de l'homme: plaidoyer pour la reconnaissance d'actions de groupe? *In:* AKANDJI-KOMBE, Jean-François (ed.). *L'homme dans la société international*: mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier. Bruxelles: Bruylant, 2013, p. 799-817.

regulador que estabeleça direitos e obrigações a serem respeitados. De tal sorte que se pode afirmar, de início, ser a natureza do Direito Internacional essencialmente determinada pela sociedade internacional existente.[69;70]

Historicamente, o Direito Internacional foi sendo esculpido ao longo do tempo, de acordo com o aperfeiçoamento dos grupos sociais. Primordialmente nas relações de povos primitivos, grupos, tribos e civilizações, depois envolvendo territórios, feudos e reinados e, mais recentemente, sob o manto dos Estados modernos. Embora tenha sido sempre em face da interação entre povos organizados, em busca de algo além de suas fronteiras imaginárias, seu objeto intrínseco variou muito, ora com a justificativa da intenção de se resolver guerras, outras vezes o comércio ou até mesmo a religião.[71;72]

De todos os campos de estudo e abordagem do Direito, o Direito Internacional é seguramente aquele que tem a construção mais lenta e foi o que mais sofreu transformações, acompanhando pacientemente o amadurecimento da humanidade no sentido de se descobrir universalmente. Em que pese essa mutação constante, é inconteste que o Direito Internacional é expressão da sociedade internacional que buscava regular e, também, compreensões filosóficas, sociológicas e políticas que serviam a uma dada realidade histórica no contexto internacional.[73]

Uma das maiores, senão a principal preocupação do estudo do Direito Internacional ao longo do tempo foi evitar a guerra entre povos, gentios, reinos, cidades-estados, Esta-

---

69 Neste sentido, BRIERLY, James Leslie. *Direito internacional*. Trad. de M. R. Crucho de Almeida. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

70 Conforme contextualização de Jean-Louis Bergel, o direito é produto da vida social, criado pela vontade dessa mesma sociedade e, por isso, é a um só tempo o fundamento do que é exigível ao homem que vive em sociedade e o conjunto das regras que regem as relações dos homens entre si, um conjunto de valores morais e sociais, um ideal e uma realidade, um fenômeno histórico que se consubstancia em um conjunto de regras de conduta (BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006).

71 NEFF, Stephen C. *A short history of international law*. Disponível em: http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199565665/evans3e_ch01.pdf. Acesso em: 19 out. 2021.

72 Ver ainda: KINGSBURY, Benedict. The international legal order. *IILJ Working Paper*, n. 1, p. 1-28, 2003; GOZZI, Gustavo. History of international Law and Western Civilization. *International Community Law Review*, v. 9, n. 4, p. 353-373, 2007; YASUAKI, Onuma. The birth of International Law as the law of international society. *Proceedings of the American Society of International Law.* v. 94, p. 44, 2000; KORHONEN, Outi. The role of history in international law. *Proceedings of the American Society of International Law*. V.94, p. 45-46, 2000; OWADA, Hisashi. Justice and stability in the international legal order. An essay in legal analysis of the contemporary international order. *The Japanese Annual of International Law*. Tokyo, n. 39, p. 1-18, 1996.

73 MONACO, Riccardo. *Manuale di diritto internazionale pubblico*. 2. edizione. Torino: Editrice torinese, 1971, p. 52.

dos e, principalmente, oferecer à sociedade internacional, que foi se amoldando, mecanismos que possibilitassem dirimir as controvérsias dentro de valores de equidade, justiça, boa-fé que foram se consolidando ao longo do tempo.[74;75]

Esse é o sentido maior do Direito enquanto teoria, de onde emanam os valores que foram esculpindo o sistema jurídico dos povos, como resultado de um instinto de conservação. A partir desse contexto, não só passam a ser elaboradas regras de conduta, como também se busca desenvolver a consciência dos povos, no sentido de tentar resolver seus litígios antes da utilização de qualquer tipo de força, renunciando aos conflitos e à guerra.[76]

Assim, é inconcebível que o Direito Internacional se desagregue do sentido de ser e existir do Direito, visto que é ramo deste e que, por conseguinte, recebe toda carga principiológica e axiológica dos valores que nutriram sua formação, seja qual perspectiva teórica se adote para ele, jusnaturalista ou positivista. Dos ramos do Direito, seguramente é o Direito Internacional aquele que mais cristaliza o sentido maior do Direito como resultado de uma ética de consciência, pois reside na compreensão dos povos e no amadurecimento civilizacional da sociedade, sua aceitação e aplicação, e na compreensão da universalidade do seu sentido como parte de uma ordem jurídica, resultado da unidade sistêmica e normativa.[77]

---

74 *"Using international legal process to prevent war and foster peace among nations has been an aim of international law since its inception. Within this larger field, IDR holds a distinctive place. The First Hague Peace Conference established an international framework for the peaceful settlement of disputes between nations. The Conference's particular focus on process—the methods by which nations could resolve disputes—led to the formalization of international arbitration and mediation and the creation of the Permanent Court of Arbitration. In 1999, a century later, nations reconvened in The Hague to discuss the future of international dispute settlement"* (SPAIN, Anna. Using international dispute resolution to address the compliance question in international law. *Georgetown Journal of International Law*, v. 40, p. 807-864, 2009).

75 Ver ainda: DUPUIS, Charles. Les antécédents de la société des nations. *Recueil des cours,* v. 60, n. II. 109 p. p. 5-6, 1937; KAN, J. Van. Règles générales du droit de la paix: L'idée de l'organisation internationale dans ses grandes phases. *Recueil des cours,* v. 66, n. IV. p. 295-601, 1938; MIGLIAZZA, Alessandro. L'évolution de la réglementation de la guerre à la Lumière de la Sauvgarde des droits de l'homme. *Recueil des cours*, v. 137, n. III. p. 141-241, 1972.

76 DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. 3. ed. Paris: Éditions Dallooz, 1995. p. 401-407.

77 Gustav Radbruch, a propósito, raciocina que "a essência da ordem jurídica está em ser universal. O Direito não pode realizar uma regulação parcial sem que, pela escolha da parte a ser regulada nas relações humanas, não tome também uma posição quanto às partes não reguladas – justamente, pela exclusão dos efeitos jurídicos. Por isso, um "espaço juridicamente vazio" só o é em virtude da própria vontade da ordem jurídica, e de modo algum juridicamente vazio em sentido estrito; não é um âmbito juridicamente não regulado, antes juridicamente regulado em sentido negativo pela negação de todo efeito jurídico próprio do mundo dos fatos regulados. A ordem jurídica nada quis nesse suposto âmbito juridicamente vazio – não exatamente: quis não querer, o que certamente seria uma contradição em

Elementos fundamentais para a realização do ideal de justiça por meio do Direito são os instrumentos que ele disponibiliza à sociedade para que, por intermédio desses canais, ela busque o reconhecimento, a proteção e a realização material de seu direito que lhe dê eficácia. Assim, além da compreensão do que é Direito e do reconhecimento de normas atributivas de direitos e deveres, é fundamental também que ele esteja disponível e acessível para que aqueles que tenham expectativa de direito ou direito violado – os sujeitos das relações jurídicas – possam buscar mecanismos de acesso ao direito prescrito.[78;79]

No direito interno são vários os instrumentos normativos e administrativos que possibilitam o acesso dos sujeitos à justiça e, além disso, a doutrina consagra com vastidão as garantias a esses mecanismos.

O acesso à justiça, segundo Mauro Capeletti e Bryant Garth, serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, sendo o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos ou resolver seus litígios sob os auspícios de autoridade, e, neste sentido, o sistema deve ser igualmente acessível a todos e deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.[80]

Realmente, seguindo a linha de raciocínio do autor, a transição do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) trouxe um novo olhar do Direito sobre o verdadeiro significado de "justiça". De fato, no passado, o acesso formal à justiça empunha unicamente uma igualdade formal entre os indivíduos, já que não eram todos os que possuíam condições financeiras para arcar com as custas de um processo judicial. Ou seja: a *igualdade* no acesso pertencia apenas ao plano do dever ser, ao passo que a *efetividade* desse acesso passava quase que despercebida no plano do ser.

Assim, no direito interno o conceito de "acesso à justiça" é um dos elementos fundamentais de um sistema jurídico, e está vinculado à ideia do Estado como instrumentalizador e como provedor central de justiça.

---

si. Uma anarquia ao lado ou acima de uma ordem jurídica é, na verdade, uma regulação anárquica do domínio dos fatos em questão pela ordem jurídica, sua subtração ao livre jogo das forças nele atuantes [...]. Por conseguinte, a pretensão de vigência de toda ordem jurídica singular abarca a totalidade do globo terrestre... Toda ordem jurídica tem a pretensão de ser direito universal, em toda ordem jurídica está contido o postulado da "unidade do sistema normativo". (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito.* Trad. de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 283-284).

78 KLAMARIS, Nikolaos; EFSTRATIOU, Pavlos Michael. Access to justice as a fundamental right. *Revue Hellenique de Droit International*. Paris, v. 51, n. 1. p. 291-309, 1998.

79 SELEGEA, Mihai. Access to justice under article 6 of the European Convention on Human Rights. *Boletim Científico*. Brasília, v. 1. n. 2. p. 127-134, jan./mar. 2002.

80 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acess to justice: the worldwide movement to make rights effective. *Acesso à justiça.* Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

No caso do Direito Internacional, o tema ainda é lacunoso, um desafio necessário à efetividade do sistema, realidade que se explica, em parte, em razão dos pressupostos teóricos em que foi instituído o sistema normativo internacional e, por conseguinte, em razão de um sistema jurídico descentralizado e aberto, cenário que foi aliado à má vontade e à hipocrisia dos Estados que preferem ignorar o debate sobre a disponibilização de mecanismos de acesso à justiça no plano internacional porque, na maioria das vezes, interessa-lhes ou é conveniente.[81; 82; 83]

Ao longo da História, os canais de acesso à justiça no plano internacional foram lentamente amoldados e disponibilizados como instrumentos de composição de interesse

---

81 "Acesso à justiça", tal como definido pela Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento e compreendido e aceito dentro da comunidade internacional de Direitos Humanos, significa que as leis e os remédios devem ser justos, equitativos e sensíveis às necessidades dos pobres e marginalizados e, também, às dificuldades que as populações vulneráveis têm em compreender e fazer valer os seus direitos perante as instituições criadas para administrar a lei a que são sujeitos (GLOBAL RIGHTS. Disponível online em: http://www.globalrights.org/site/PageServer? pagename=wwd_core_ access_justice. Acesso em: 19 out. 2021). E ainda: "*The United Nations has learned that the rule of law is not a luxury and that justice is not a side issue. We have seen people lose faith in a peace process when they do not feel safe from crime. We have seen that without a credible machinery to enforce the law and resolve disputes, people resorted to violence and illegal means. And we have seen that elections held when the rule of law is too fragile seldom lead to lasting democratic governance. We have learned that the rule of law delayed is lasting peace denied, and that justice is a handmaiden of true peace. We must take a comprehensive approach to Justice and the Rule of Law. It should encompass the entire criminal justice chain, not only police, but lawyers, prosecutors, judges and prison officers, as well as many issues beyond the criminal justice system. But a "one-size-fits-all" does not work. Local actors must be involved from the start. The aim must be to leave behind strong local institutions when we depart*" (ANNAN, Kofi. Secretary-General of the United Nations. Disponível em: http://www.undp.org/governance/docs/Justice_PN_English.pdf. Acesso em: 19 out. 2021).

82 O art. 1º da *Convenção da Haia sobre acesso à justiça internacional*, concluída em 25 de outubro de 1980, refere o seguinte: "*Article 1. Nationals of any Contracting State and persons habitually resident in any Contracting State shall be entitled to legal aid for court proceedings in civil and commercial matters in each Contracting State on the same conditions as if they themselves were nationals of and habitually resident in that State. Persons to whom paragraph 1 does not apply, but who formerly had their habitual residence in a Contracting State in which court proceedings are to be or have been commenced, shall nevertheless be entitled to legal aid as provided by paragraph 1 if the cause of action arose out of their former habitual residence in that State. In States where legal aid is provided in administrative, social or fiscal matters, the provisions of this Article shall apply to cases brought before the courts or tribunals competent in such matters*". (SELEGEA, Mihai. Access to justice under article 6 of the European Convention on Human Rights. *Boletim Científico*. Brasília, v. 1. n. 2. p. 127-134, jan./mar. 2002. p. 127-134).

83 GEORGE, James P. Access to justice, costs and legal aid. *The American Journal of Comparative Law*. Baltimore, v. 54. p. 293-315, 2006.

entre os povos. E, à medida que a própria noção dos ideais de distribuição igualitária de justiça foi se agregando aos valores de civilidade que se incorporaram à sociedade internacional, o sistema foi sendo constituído, embora sempre de forma muito tímida, deixando para os Estados a decisão sobre como disciplinar suas relações jurídicas sob jurisdição de um Tribunal Internacional.

Uma discussão mais madura sobre o acesso à justiça tem tomado corpo e contribuído para uma sensível mudança sobre o tema nos últimos anos, sobretudo em razão das transformações na sociedade internacional. O Direito Internacional, que foi pensado e sistematizado inicialmente para ser um direito "entre Estados", incorporou novos sujeitos, abarcando contemporaneamente uma amplitude de temas e preocupações que exigem a multiplicação de mecanismos de acesso à justiça e de efetivação de regras pactuadas no plano internacional, e passa inexoravelmente a ser um Direito "para os Estados" e outros sujeitos e atores que atuam na construção de uma sociedade internacional.

A dinâmica das relações internacionais, principalmente a partir de 1945, trouxe um novo contexto e realidade, processo que foi redimensionado com o desencadeamento da globalização a partir de 1989. Os novos temas do Direito Internacional, como a capacidade de atores não estatais e de novos atores como as ONGs e as empresas transnacionais (embora sem titularidade subjetiva), Direitos Humanos, Direito do Comércio Internacional, Integração Regional, crimes internacionais como terrorismo, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, armas e pessoas; o ciclo de pobreza global e a solidariedade, doenças infecciosas, degradação do meio ambiente, avanços científicos, revolução tecnológica e guerras civis, contribuem sensivelmente para a necessidade de adequação institucional a fim de suportar esse conjunto de temas.

Embora não exista um estudo doutrinário e sistemático aprofundado, a discussão sobre o acesso à justiça no plano internacional vai envolver a análise dos mecanismos disponíveis aos Estados, Organizações Internacionais e indivíduos, para que esses, enquanto titulares subjetivos de direitos, busquem o seu reconhecimento.[84]

As normas sistematizadas no plano internacional, por sua vez, são resultado de acordos internacionais, dos costumes e dos princípios aceitos livremente pelos Estados nas relações internacionais, resultado de sua vontade e do seu consentimento.

Esses instrumentos envolvem uma gama de mecanismos diplomáticos e jurídicos, mas só se perfazem verdadeiramente por meio dos Tribunais Internacionais criados para essa finalidade, pois são eles que possuem autoridade normativa para dar eficácia às deci-

[84] FRANCIONI, Francesco. The Rights of Access to Justice under Customary International Law. *In*: FRANCIONI, Francesco (ed.). *Access to Justice as a Human Right*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 1-55.

sões. A autoridade normativa dos Tribunais e a submissão dos Estados a eles por meio do princípio da boa-fé é que dará condições do cumprimento efetivo das decisões, trazendo, com isso, efetividade às decisões desses tribunais.[85]

Há que advertir que ainda existem lacunas conceituais que não foram totalmente fechadas e, por conta do caráter interdisciplinar, é possível retirar algumas referências do direito processual, cabendo ressaltar a confusão que se tem feito entre acesso à justiça, capacidade processual, titularidade subjetiva e legitimidade. O Acesso à justiça em Cortes Internacionais são os mecanismos institucionalizados que permitem a todos, sem distinção de sua qualidade, de acessar ao tribunal para buscar tutela jurisdicional seja ela preventiva, reparatória ou consultiva, mas envolve a democratização dos canais de acesso permitindo a todos apresentar suas reinvindicações perante a instituição, ela tem seguramente uma dimensão de universalidade mas não está atrelada somente ao direito de acesso ao tribunal, ela transcende as instituições, e deve ser pensada sobre a perspectiva de que é um valor garantidor do direito a uma ordem jurídica justa, disponível, acessível, que não se realiza só nas instituições, mas essencialmente como referência de justiça.

A capacidade processual é aquela na qual o Direito Internacional disciplina a possibilidade de se estar em juízo, como sujeito passivo ou ativo de uma relação processual formal. Titularidade subjetiva envolve ter um direito juridicamente tutelado como um atributo dado pela sociedade internacional livremente e protegido pela lei. Legitimidade é a qualidade de agir em conformidade com um direito conferido, como mandato ético-legal, no caso legado pelo Direito Internacional.

A partir dos conceitos, pode se concluir que, no campo do acesso à justiça no plano internacional, a discussão sobre acesso à justiça está apenas iniciando, pois trata-se de um valor expansivo que deve ser pensado sempre de forma a levar plenitude de democratização dos tribunais. Por outro lado, a simples capacidade processual não garante totalmente o direito de acesso à justiça, porque muitas vezes (analisaremos o tema adiante) o direito

---

85 *"The institutional context in which international tribunals operate is sufficiently different from that of domestic courts to make the role of the former fundamentally different from that of the latter. The critical difference between domestic and international courts is that the former are backed by a system of coercive enforcement. In the context of a domestic dispute, the failure of a losing party to comply with the ruling of a court or to satisfy the winning party in some other way leads to sanctions -- most typically a seizure of property or person. This threat of coercive enforcement is foundational to the functioning of domestic systems. Even within the domestic sphere this potential for sanctions does not always exist. For example, were the President to disregard an order from the courts of the United States, there may be no coercive mechanisms available to enforce the ruling. In general, however, domestic court rulings can be enforced".* (GUZMAN, Andrew T. International Tribunals: a rational choice analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 157, n. 1, p. 171-235, 2008).

pode garantir a capacidade, mas ela não poder ser exercida por conta de alguma limitação que a parte venha a sofrer, seja técnica, econômica ou até mesmo teórica. A titularidade subjetiva por sua vez é a condição de ter um direito garantido, mas nem sempre o sujeito poderá ter capacidade processual, tampouco acesso à justiça, e nesse diapasão, a legitimidade pode variar de sujeito para sujeito de acordo com o mandato que lhe é conferido.

A partir da apreciação de tais conceitos e a delimitação dos mesmos, pode-se perceber que vincular a condição de sujeito de Direito Internacional à capacidade postulatória, ou ainda titularidade subjetiva ou legitimidade, é superficial, da mesma forma como pensar que o acesso à justiça se esgota apenas pelo simples atributo de ser sujeito do Direito Internacional, existem outros elementos particulares que devem ser considerados, especialmente em um contexto em que o Direito Internacional se complexibiliza como sistema dinâmico.

O conceito de acesso à justiça no plano internacional, portanto, está vinculado: a) ao conjunto de direitos tutelados no plano internacional, seja voluntariamente ou no corpo de uma organização internacional; b) à definição dos sujeitos titulares das normas internacionais; c) aos mecanismos jurídicos disponíveis e acessíveis para invocação dos direitos lesados ou pretensamente tutelados; d) à efetividade com base no princípio da boa-fé, das decisões judiciais oriundas dos tribunais internacionais.

Garantir o acesso à justiça no plano internacional por meio de instituições e Tribunais Internacionais e de Acordos e, a partir deles, com o princípio do primado das decisões internacionais dos tribunais, é uma exigência natural da organização da vida social. Se aceitarmos a existência de uma sociedade ou comunidade internacional, automaticamente, os Estados têm o dever de disponibilizar mecanismos que possibilitem o acesso a esses canais para que a sociedade seja regulada por normas previsíveis entre os Estados em suas relações.[86]

---

86 "*Understanding these institutions is important because they are important to the international legal system. To begin with, they are a useful tool for the peaceful settlement of disputes in those situations where the parties have consented to the jurisdiction of the tribunal. Secondly, their decisions clarify international law in important ways and, although usually not formally binding on states not party to a dispute, they establish a form of de facto international common law. Furthermore, tribunals are politically salient because disputes are often played out in a (relatively) public context. The presence of a tribunal can raise the stakes for the political leaders of the states involved. Finally, an understanding of tribunals is critical to a more general understanding of international law both as it currently exists and as it will develop in the future. […] Though the vast majority of international legal commitments come without mandatory dispute resolution provisions and, therefore, do not require that disputes find their way before a tribunal, a number of international bodies have jurisdiction to adjudicate disputes among states or between states and private parties.11 The best known of these are the International Court of*

O tema ainda não está sistematizado doutrinariamente. A jurisdição no Direito Internacional ainda carece de uma abordagem sistêmica, pois foi se consolidando de forma intuitiva e de acordo com as necessidades que a sociedade internacional reclamava diferentemente da sua concepção no direito interno, o debate seguramente deve passar por discussão mais madura justamente em razão da diversidade de sujeitos que têm seu bem jurídico violado e pela especialidade e particularidades do sistema jurídico internacional.[87]

## 6 FOROS INTERNACIONAIS COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA INTERNACIONAL E PROTEÇÃO CONTRA VIOLAÇÃO DE DIREITOS ELEMENTARES

Com a estruturação de instituições e foros para discussão de direitos, parece haver uma mudança significativa do paradigma tradicional abarcado pelo princípio da não ingerência e autodeterminação dos povos.

Ainda que se tenha certo receio de que determinadas violações possam ser usadas justamente para mascarar tais princípios, permitindo a ação hegemônica de determinados Estados nas relações Internacionais amparados em doutrinas falaciosas como a intervenção humanitária, um fenômeno novo e positivo está emergindo em razão da expansão normativa do Direito Internacional.

Os Estados pactuam normas que reconhecem direitos fundamentais aos seres humanos e, ao mesmo tempo, quando aderem livremente a instituições internacionais acabam por contrair compromissos de não violação de tais direitos e, também, de respeito **à** democracia.

Isso faz com que passem a ser cobrados por tais obrigações, ao mesmo tempo que a sociedade civil consciente de tais direitos têm instrumentalizado e se utilizado de tais instituições para se reivindicar direitos, que versam justamente sobre a violação no plano doméstico de princípios e direitos que muitas vezes escondem o exercício da *law-*

*Justice (ICJ), the World Trade Organization (WTO) and its mandatory dispute resolution system, the European Court of Human Rights, the Law of the Sea Tribunal, and arbitration bodies such as the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), authorized to adjudicated disputes under many bilateral investment treaties. The structures of these and other dispute resolution systems vary considerably*". (GUZMAN, Andrew T. International Tribunals: a rational choice analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 157, n. 1, p. 171-235, 2008).

87 DONIER, V. ; LAPEROU-SCHENEIDER, B. (eds.). *L'accès au juge:* recherche sur l'effectivité d'un droit. Bruxelles: Bruylant, 2013.

*fare* como estratégia para deslegitimar candidaturas e inimigos políticos, violando direitos elementares.

Como exemplo, a operação "Lava Jato" teve questionamentos quanto às medidas adotadas em relação ao presidente Lula no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas que expediu resolução questionando medidas adotadas pelo sistema judiciário do Brasil. Da mesma forma no *impeachment* da ex-presidente Dilma houve mobilização para discutir direitos violados na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Atualmente, setores da sociedade civil levaram diferentes denúncias ao procurador do Tribunal Penal Internacional de Haia contra o presidente Jair Bolsonaro em razão de omissões no enfrentamento da pandemia e, também, em relação ao respeito aos direitos dos povos indígenas.

Existe aqui um paradoxo, cabendo sublinhar que nem sempre o poder governamental pode ser pleno ou absoluto, mas, mesmo assim, será referência de representação do Estado e isso está consagrado em diversos documentos, que reconheceram o Direito inalienável de cada Estado em escolher seu sistema político, econômico, social e cultural sem qualquer forma de ingerência por parte de outro Estado.

Na prática, tem surgido problemas relativos a um governo que viola declaradamente os Direitos Humanos e aqueles que perpetram atrocidades contra minorias étnicas, ou como no caso do Mercosul, organização que consagra a democracia como condição de Estado membro, ou ainda diante de um processo revolucionário que chegue ao estabelecimento de um governo transitório, ou que a comunidade de Estados reconheça algum tipo de legitimidade de representação, levando a discussões jurídicas sob o ponto de vista do Direito Internacional, cuja interpretação fica condicionada à apreciação fenomenológica do intérprete.

Nesse sentido, é oportuno recordar que no ano de 2012, o Paraguai foi suspenso do Mercosul, após o *impeachment* do presidente Fernando Lugo, quando os demais Estados-membros Argentina, Brasil e Uruguai consideraram que o rápido processo de destituição feriu a "Cláusula democrática" prevista em documentos do bloco como o Tratado de Montevidéu e o Protocolo de Ushuaia de 1998.

Também, na América Latina, no mês de janeiro de 2019, ocorreu um fato atípico com repercussões internacionais envolvendo as eleições na Venezuela, quando Nicolás Maduro foi reeleito, mas sob acusação de fraude no processo eleitoral, considerando-se assim inválido, Juan Guaidó, então representante da Assembleia nacional venezuelana, invocando dispositivos constitucionais, se autoproclamou presidente no dia 23 de janeiro de 2019, tendo Nicolás Maduro tomado posse e continuado no governo. O fato gerou situações inusitadas, como o reconhecimento de Rússia, China e Mexico entre outros no total de 19 Estados ao governo do presidente Nicolás Maduro, e de Estados Unidos, Brasil,

Colômbia, Canadá entre outros países latino-americanos ao Governo de Juan Guaidó, com o reconhecimento, inclusive, das credenciais de seu representante diplomático.

A violação ao meio ambiente entra na pauta de acordos comerciais e mostram que aqueles países que não respeitarem regras mínimas para proteção do meio ambiente poderão ser prejudicados em acordos comerciais, como foi a justificativa para União Europeia não levar o acordo de comércio com o Mercosul adiante.

Todos esses temas, citados acima, estão relacionados a discussões internas, mas foram discutidos em foros internacionais com ampla repercussão, levando à conclusão de que os princípios da autodeterminação e não ingerência consagrados pelo Direito Internacional clássico já não têm aplicação absoluta, e que os Direitos Humanos e os princípios de democracia, crescentemente, tem composto o conjunto de obrigações internacionais, ampliando os mecanismos de acesso à justiça, como instrumento para violação de direitos elementares no contexto do Estado nacional e suas instituições.

## 7 CONCLUSÃO

A expansão do Direito Internacional ocorrido após 1945 e potencializado pelas modificações estruturais da contemporaneidade, tem impactado em sua redefinição conceitual e na instrumentalização de foros e instituições internacionais para reinvindicação de direitos de Estados e de particulares.

A humanização e a institucionalização do Direito Internacional a partir de um diálogo axiológico, ampliaram e robusteceram o tecido normativo do Direito Internacional impactando na estruturação de sistemas políticos e jurídicos para reinvindicação de direitos.

Diferentes instituições, a partir da expansão de seus poderes normativos e institucionais, reforçadas pela jurisdicionalização do Direito Internacional, criam canais de comunicação entre Estados, entidades e indivíduos com mecanismos variados para discussão de direitos violados.

Valores referenciais como o respeito à democracia e aos Direitos Humanos em sua dimensão individual e social, passam a compor mecanismos possíveis de acesso à justiça e modificam o paradigma tradicional do Estado pensado como intocável sobre qualquer tema que versasse sobre sua política interna.

Esse novo contexto deve ser pensado como um processo positivo que permite a ampliação dos canais de acesso à justiça e muitas vezes como mecanismo de combate ao *lawfare* nacional, quando instâncias internacionais, além de sua credibilidade, possuem

isenção e distanciamento da política nacional. É preciso, contudo, que crescentemente entidades e os indivíduos passem a utilizar tais foros para defesa de seus direitos.

O Direito Internacional como ramo do Direito que tem suas peculiaridades dialoga intensamente com outros ramos, não mais como disciplina desconectada da realidade local ou dualista, mas como mecanismo normativo efetivo para realização da justiça, fim último do Direito como atributo da humanidade no esforço do aprimoramento civilizacional.

Ainda persiste o desafio do aprimoramento de instituições que permitam a humanidade administrar um sistema de justiça, mas a emersão de temas que criam canais de acesso a instituições internacionais e abrem mecanismo de acesso a justiça, é um bom indicativo de que está em curso a sistematização de uma comunidade internacional, pautada na solidariedade e na estruturação de instituições internacionais disponíveis a todos os povos, como instrumento contra a violação dos direitos fundamentais para a plenitude da vida em paz e distante de todo tipo de tirania perpetrada por Estados e seus agentes.

## REFERÊNCIAS

ABI-SAAB, George. Fragmentation or unification: some concluding remarks, *N.Y.U. J. Int'l L & Pol*., v. 31, n. 4, p. 919-933, 1999.

ALGER, Chadwick F. *The United Nations System*. Santa Barbara: ABC – Clio, 2006.

ANAND, R.P. Sovereign equality of states in international law. *Recueil des Cours*, v. 197, n. II. p. 9-228, p. 31-50; 122-127, 1986.

ANNAN, Kofi. Secretary-General of the United Nations. Disponível em: http://www.undp.org/governance/docs/Justice_PN_English.pdf. Acesso em: 19 out. 2021.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo, São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ATTERITANO, Andrea. Targeted Sanctions e tutela giurisdizionale. *In:* FRANCIONI, Francesco. *et al*. (eds.). *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 423-459.

BELLO, Judith H.; HOLMER, Alan F. After the cold war: whither international economic law? *Harvard International Law Journal*. Cambridge, v. 32, n. 2. p. 323-329, 1991.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BERGSTEN, C. Fred. The world economy after the cold war. *Foreign affairs*. New York, v. 69, n. 3, pp. 96-112, 1990.

BERMAN, Paul Schiff. From international law to law and globalization. *Columbia Journal of Transnational Law*. Columbia, v. 43, n. 2. p. 485-556, 2005.

BERMAN, Paul Schiff. *The Globalization of International Law*. Aldershot: Ashgate, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* 2. ed. São Paulo: Campus Elsevier, 2004.

BOEREFIJN, Ineke. United Nations. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Cambridge, v. 21. n. 4, p. 697-734, Dec. 2003.

BRIERLY, James Leslie. *Direito internacional*. Trad. de M. R. Crucho de Almeida. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

BUNDY, McGeorge. From cold war toward trusting peace. *Foreign Affairs*. New York, v. 69, n. 1. p. 197-212, 1989-1990.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acess to justice: the worldwide movement to make rights effective. *Acesso à justiça.* Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARRASCO, Enrique; GORDON, Ruth; ANAYA, S. James; HOM, Sharon K. Multiple visions of international law's future. *Proceedings of the American Society of International Law*. Washington D.C., v. 92, n.1/4. p. 92-106, apr. 1998.

COSSMAN, Brenda. Reform, revolution or retrenchment? International Human Rights in the Post-Cold War Era. *Harvard International Law Journal*. Cambridge, v. 32, n. 2. p. 339-352, 1991.

DANILENKO, Gennady M. The changing structure of the international community: constitutional implications. *Harvard International Law Journal.* Cambridge, v. 32, n. 2. p. 353-361, 1991.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II):* le pluralisme ordonné. Seuil: Paris, 2006.

DONIER, V. ; LAPEROU-SCHENEIDER, B. (eds.). *L'accès au juge:* recherche sur l'effectivité d'un droit. Bruxelles: Bruylant, 2013.

DOUMBÉ-BILLÉ, S. La juridictionnalisation des droits de l'homme en Afrique: «much ado about nothing". *In:* AKANDJI-KOMBE, Jean-François (ed.). *L'homme dans la société international*: mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier. Bruxelles: Bruylant, 2013, p. 693-706.

DRNAS DE CLÉMENT, Z. The Humanisation of International Courts. *In*: VUKAS, Budislav; ŠOŠIĆ, Trpimir (eds.). *International Law*: New Actors, New Concepts, Continuing Dilemmas: Liber amicorum Božidar Bakotić, Leiden, Brill, 2010, p. 397-408.

DUGARD, John. *Recognition and the United Nations.* Cambridge: Grotius Publications, 1987.

DUPUIS, Charles. Les antécédents de la société des nations. *Recueil des cours,* v. 60, n. II. 109 p. p. 5-6, 1937.

DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. 3. ed. Paris: Éditions Dallooz, 1995.

EBOBRAH, S.T. International Human Rights Courts. *In:* ROMANO, Cesare P.R.; ALTER, Karen J.; SHANY, Yuval (eds.). *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 225-249.

FRANCIONI, Francesco. Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale. *In:* FRANCIONI, Francesco. *et al*. (eds.). *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 3-44.

FRANCIONI, Francesco. The Rights of Access to Justice under Customary International Law. *In*: FRANCIONI, Francesco (ed.). *Access to Justice as a Human Right*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 1-55.

FRIEDMANN, Wolfgang. *Mudança da estrutura do Direito Internacional.* Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1971.

GADDIS, John Lewis. Toward the post-cold war world. *Foreign affairs*. New York, v. 70, n. 2. p. 102-122, 1991.

GAMBLE, John King; HUNNICUTT, Charles A. Reconceptualizing international law in the information age lexus: Olive Trees; globalization; professors Henkin, Jessup, Lachs. *Proceedings of the American Society of International Law*. Washington, v. 96, p. 238-249, mar. 2002.

GEORGE, James P. Access to justice, costs and legal aid. *The American Journal of Comparative Law*. Baltimore, v. 54. p. 293-315, 2006.

GLOBAL RIGHTS. Disponível online em: http://www.globalrights.org/site/PageServer? pagename=wwd_core_ access_justice. Acesso em: 19 out. 2021.

GOLSONG, H. Implementation of international protection of human rights / H. Golsong. *Recueil des cours*, v. 110, p. 1-151, 1963.

GOZZI, Gustavo. History of international Law and Western Civilization. *International Community Law Review*, v. 9, n. 4, p. 353-373, 2007.

GUZMAN, Andrew T. International Tribunals: a rational choice analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 157, n. 1, p. 171-235, 2008.

HIGGINS, R. International law and the avoidance, containment and resolution of disputes. General course on public international law. *Recueil des Cours*, v. 230, n. V. p. 9-341, p. 229-237, 1991.

KALIR, Doron M. Taking globalization seriously: towards general jurisprudence. *Columbia Journal of Transnational Law*. New York, v. 39, n. 3. p. 785-821, 2001.

KAMTO, M. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour afri1caine des droits de l'homme*: commentaire article par article. Bruxelles: Bruylant, 2011.

KAN, J. Van. Règles générales du droit de la paix: L'idée de l'organisation internationale dans ses grandes phases. *Recueil des cours,* v. 66, n. IV. p. 295-601, 1938.

KINGSBURY, Benedict. The international legal order. *IILJ Working Paper*, n. 1, p. 1-28, 2003.

KIRKPATRICK, Jeane. Beyond the cold war. *Foreign Affairs*. New York, v. 69, n. 1. p. 1-16, 1989-1990.

KJELDGAARD-PEDERSEN, A. The Influence of the Concept of International Legal Personality in the Drafting of the Statute of the Permanent Court of International Justice. *Journal of the History of International Law*, v. 16, n. 1, p. 9-25, 2014.

KLAMARIS, Nikolaos; EFSTRATIOU, Pavlos Michael. Access to justice as a fundamental right. *Revue Hellenique de Droit International*. Paris, v. 51, n. 1. p. 291-309, 1998.

KORHONEN, Outi. The role of history in international law*. Proceedings of the American Society of International Law*. V.94, p. 45-46, 2000.

LAMB, S. Access to Justice before International Criminal Tribunals: an Evaluation of the Scheme of Victim Participation adopted by the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC). *In:* KEYZER, Patrick; POPOVSKI, Vesselin; SAMPFORD, Charles. (eds.). *Access to International Justice*, London: Routledge, 2015, p. 128-147.

LAMBERT ABDELGAWAD, E. Les requérants multiples devant la Cour européenne des droits de l'homme: plaidoyer pour la reconnaissance d'actions de groupe? *In:* AKANDJI-KOMBE, Jean-François (ed.). *L'homme dans la société international*: mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier. Bruxelles: Bruylant, 2013, p. 799-817.

LAUTERPACHT, H. The international protection of human rights / H. Lauterpacht. *Recueil des cours*, v. 70, p. 1-108, 1947.

LEBOW, Richard Ned. The long peace, the end of the coldwar, and the of realism. *International Organization*. Cambridge, v. 48, n. 1. p. 249-277, 1994.

MAHIOU, A. La justice internationale et les droits de l'homme: brèves remarques. *In*: DUPUY, Pierre-Marie; TOMUSCHAT, Christian (eds.). *Völkerrecht als Wertordnung*: Festschrift für Christian Tomuschat / Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat. Kehl: Engel, 2006, p. 227-244.

MANDELSTAM, A. N. *Les droits internationaux de l'homme*. Paris: Editions internationales, 1931.

MARTIN-CHENUT, K. Les mécanismes conventionnels de prévention des violations des droits de l'homme au niveau universel. *In:* DECAUX, Emmanuel; TOUZÉ, Sébastien. (eds.). *La prévention des violations des droits de l'Homme*: actes du colloque des 13 et 14 juin 2013. Paris: Pedone, 2015, p. 61-89.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público.* v. 1. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENEZES, Wagner. *Ordem Global e transnormatividade.* Ijuí: Unijui, 2005.

MERON, Theodor. *The Humanization of International Law*. The Hague Academy of International Law Monographs. v. 3. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

MERON, Theodor. International law in the age of human rights: General Course on Public International Law. *Recueil des Cours*, v. 301, 2003.

MIGLIAZZA, Alessandro. L'évolution de la réglementation de la guerre à la Lumière de la Sauvgarde des droits de l'homme. *Recueil des cours*, v. 137, n. III. p. 141-241, 1972.

MILES, Edward L. *U.S. security interests in post-cold war world and the law of the sea*. *Columbia Journal of Transnational Law.* New York, v. 36, n.1-2. p. 373-397, 1997.

MONACO, Riccardo. *Manuale di diritto internazionale pubblico*. 2. edizione. Torino: Editrice torinese, 1971.

MORAL, Ignacio de la Rasilla del. International law in the historical present tense. *Leiden Journal of International Law*, v. 22, p. 629-649, 2009.

NEFF, Stephen C. *A short history of International Law*. Disponível em: http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199565665/evans3e_ch01.pdf. Acesso em: 19 out. 2021.

NIJMAN, Janne Elisabeth. *The Concept of International Legal Personality*: An Inquiry into the History and Theory of International Law. Leidman: Nijman, 2004.

YASUAKI, Onuma. The birth of International Law as the law of international society. *Proceedings of the American Society of International Law.* v. 94, p. 44, 2000.

OTIS, L.; REITER, E.H. The Reform of the United Nations Administration of Justice System: the United Nations Appeals Tribunal after One Year. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 10, n. 3, p. 405-428, 2011.

OWADA, Hisashi. Justice and stability in the international legal order. An essay in legal analysis of the contemporary international order. *The Japanese Annual of International Law*. Tokyo, n. 39, p. 1-18, 1996.

PASTOR RIDRUEJO, J.A. La humanización del derecho internacional y el acceso del individuo a sus instituciones jurisdiccionales. *In:* CHOPO, Yolanda Gamarra (ed.). *Lecciones sobre justicia internacional*. Zaragoza: Institución "Fernando el Católico' (C.S.I.C.), 2009, p. 13-24.

PÉREZ-LEÓN, J.P. El individuo como sujeto de derecho internacional: análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo. *Anuario mexicano de derecho internacional*, v. 8, p. 599-642, 2008.

PUFENDORF, Samuel. *Do Direito Natural e das gentes*. Prefácio de Tércio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito.* Trad. de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAO, Pemmaraju Sreenivasa. Multiple international judicial forums: a reflection of the growing strength of international law or its fragmentation? *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 929-961, 2004.

RAZ, Joseph. Los derechos humanos en el orden mundial emergente. *Foro: revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 17, n. 2, p. 309-331, 2014.

REUS-SMIT, Christian. The constitutional structure of international society and the nature of fundamental institutions, *INT'L ORG*, v. 51, n. 4, p. 555-589, 1997.

ROSENFELD, Michel. *Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism*. International Journal of Constitutional Law, vol. 6, n. 3-4, p. 415-455, 2008.

ROSTOW, Nicholas. The international use of force after the cold war. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 32, n. 2. p. 411-421, 1991.

SANG WOOK, Daniel Han. Decentralized Proliferation of International Judicial Bodies. *Journal of Transnational Law & Policy*, v. 16, n. 1, p. 101-123, 2006.

SASSEN, Saskia. *Sociologia da globalização*. Trad. de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010.

SATCHIVI, F.A.A. *Les sujets de droit*: contribution à l'étude de la reconnaissance de l'individu comme sujet direct du droit international, Paris: Harmattan, 1999.

SCHULÉ, D. *Le droit d'accès des particuliers aux juridictions internationales*. Paris: Loviton, 1934.

SELEGEA, Mihai. Access to justice under article 6 of the European Convention on Human Rights. *Boletim Científico*. Brasília, v. 1. n. 2. p. 127-134, jan./mar. 2002.

SINHA, M.K., African Charter on Human and People's Rights and Protection of Human Rights, *Indian Journal of International Law*, v. 53, n. 4, 599-610, 2013.

SLAUGHTER, Anne Marie. The real new world order. *Foreign affairs*. New York, v. 76, n. 5, p. 183-197, sept./oct. 1997.

SOTO, J. de. L'individu comme sujet du droit des gens. *In:* ROUSSEAU, Charles. *La technique et les principes du droit public* — Etudes en l'honneur de G. Scelle, v. II, Paris: LGDJ, 1950, p. 687-716.

SPAIN, Anna. Using international dispute resolution to address the compliance question in international law. *Georgetown Journal of International Law*, v. 40, p. 807-864, 2009.

STERIO, Milena. The evolution of international law. Cleveland State University, Cleveland-Marshall College of Law. *Boston College International and Comparative Law Review*, Forthcoming. Cleveland-Marshall Legal Studies Paper, v. 31, n. 2, p. 213-256, 2008.

SUAREZ, Francisco. *De legibus ac Deo legislatore*, 1612.

TIGROUDJA, H. La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme au service de «L'Humanisation du Droit International Public» propos autour des récents arrêts et avis. *Annuaire français de droit international*, v. 52, p. 617-640, 2006.

TODOROV, Tzvetan. Imperfect Garden: The Legacy of Humanism. Princeton University Press, 2009.

TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights*: Between Idealism and Realism, Third Edition, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 32-33.

TOMUSCHAT, Christian. International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century: general course on public international law. *Recueil des cours*, v. 281, p. 9-438, 1999.

TRINDADE, A.A.C. El difícil camino del acceso de la persona humana a la justicia en el contencioso interestatal ante la Corte internacional de Justicia. *Anuario hispano-luso-americano de Derecho Internacional*, v. 21, p. 173-213, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Le droit International pour la personne humaine*. Librairie Lgdj, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. International Law for humankind: Towards a new jus gentium. *General Course on Public International Law*, *Hague Academy of International Law*, vol. 317, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 271-279.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1981.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. Derecho internacional, globalización y transversalidad. *Estudios de Derecho*. Medellin, v. 58. n. 131/132, p. 137-187, dec. 1999.

VERGOPOULOS, Kostas. *Globalização, o fim de um ciclo*: ensaio sobre a instabilidade internacional. Trad. de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

VICUÑA, Francisco Orrego. The challenges of globalization for international economic law: new issues. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. Brazilian Yearbook of International Law. Annuaire Brésilien de Droit International. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 190-241, 2006.

VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o Direito da Guerra*: de indis ET de jure belli relectiones, Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

VOS, Jan Anne. *The Function of Public international Law*. The Hague: Springer, 2013.

WHITE, Nigel D. *United Nations System*: Toward international Justice, London: Lynne Rienner Publishers, 2002, p. 221.

# PARTE 2

# *LAWFARE*, DEMOCRACIA E ESTADO DE EXCEÇÃO

Capítulo 7

# *LAWFARE* NO BRASIL: AOS AMIGOS OS BENEFÍCIOS DA LEI, AOS INIMIGOS O ABUSO DA LEI

*Claudia Maria Barbosa*[1]

Aos amigos tudo, aos inimigos a lei! O conselho cuja autoria estaria atribuída à Maquiavel (2011), no Brasil já tem status de adágio popular e é comumente utilizado para explicar um comportamento pouco republicano de cidadãos em relação ao cumprimento das leis. Aos amigos o jeitinho que afasta a incidência legal e permite que algumas dificuldades se resolvam à margem da lei; aos inimigos a exigência de aplicação irrestrita da lei em todos os seus meandros.

Estabelecer o valor das normas, sua criação, aplicação, interpretação e realização do justo nunca foi uma tarefa fácil, mas o Estado Liberal pareceu ter conseguido um arranjo institucional estável que lhe permitiu tornar-se o modo de organização social hegemônico, especialmente a partir do Século XVIII.

A teoria da separação de poderes de Montesquieu (2005) atribuiu funções típicas a cada um dos três poderes do Estado, de forma a equilibrar os papeis do Legislativo, Executivo e Judiciário, e assegurar a um só tempo o equilíbrio entre eles e a centralidade do poder estatal. Ao longo do Século XX, essa arquitetura institucional colocou na posição de protagonista o Legislativo, depois o Executivo e, finalmente, o Judiciário. Nas duas primeiras décadas do século XXI no Brasil o Judiciário agigantou-se e essa estável arquitetura institucional vem sendo fragilizada. A judicialização da política, o ativismo judicial, a juris-

[1] Pós-Doutora no Centro de Estudos Sociais – CES, Universidade de Coimbra e na York University, Canada. Doutora, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora Titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia - ABJD.

tocracia e o *lawfare*, entre outros fatores de instabilidade para o Estado, embora dividam o pressuposto do protagonismo político do judiciário, são fenômenos distintos que merecem ser analisados.

Estados democráticos liberais estão assentes em sistemas majoritariamente representativos, nos quais o governo exerce legitimamente o poder porque recebe dos cidadãos autorização para tanto. Usualmente essa autorização dá-se pelo processo de escolha pela via eleitoral, o qual se encontra fragilizado em democracias contemporâneas. Problemas que perpassam a fraca capacidade regulatória dos Estados e sua fragilidade ante às grandes corporações; a diversidade de grupos de interesse e a demodiversidade; o distanciamento entre representantes e representados; os custos eleitorais; o descrédito na via política para mudanças sociais; a escala das cidades e dos Estados; a quantidade, qualidade e veracidade da informação recebida e compartilhada, são apenas alguns dos fatores que contribuem para a progressiva perda de qualidade do que se considera a concepção hegemônica de democracia, que progressivamente perde intensidade.

Além da democracia representativa, outro traço dos Estados liberais legado do constitucionalismo liberal é o exercício limitado do poder. Desta assunção há duas importantes consequências: a responsabilidade pelo exercício deste poder e a sanção em caso de abuso por parte de quem o detém. A forma com que se organizam os mecanismos de divisão, compartilhamento, controle e responsabilização no exercício do poder político é o que distingue sociedades mais ou menos democráticas. Embora a arquitetura do poder diferencie-se de um Estado a outro e mecanismos de *checks and balances* possam ser distintos, a preocupação com o equilíbrio entre os Poderes de Estado é comum, assim como parece ser a preocupação com o recente desequilíbrio em favor do Judiciário, para cuja contenção parece não terem sido ainda encontradas ferramentas adequadas.

No Brasil não é diferente. No contexto pós-ditatorial da Constituinte de 1986, com a preocupação de formatar um arranjo institucional capaz de impedir outras rupturas institucionais e assegurar a efetividade da Constituição, buscou-se fortalecer a independência do Poder Judiciário e dos magistrados, protegendo-os de eventuais agressões e ameaças e atribuindo-lhe o papel de guardião da Constituição. Também o Ministério Público foi dotado de autonomia e independência nos moldes do Judiciário, com o propósito de que esta instituição pudesse se tornar um bastião de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Naquele contexto a arquitetura institucional do Estado brasileiro ainda preconizava para o Judiciário um papel típico de guardião das leis, mais próximo do tradicional modelo *civil law*, assentado no raciocínio subsuntivo do Código Civil, um panorama que se alterou bastante sob a vigência da Carta de 88. O Ministério Público, por sua vez, ainda precisava

superar a esquizofrenia de atuar a um só tempo como advogado do Estado e fiscal da lei, e afirmar-se em seu novo papel. Para tornar efetivo esse novo arranjo institucional preconizado, além das garantias de independência e autonomia institucionais, juízes e promotores também tiveram constitucionalmente asseguradas a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.

Ademais da preocupação em assegurar o estado democrático de direito erigida no pós-88, outros fatores colaboraram para a ampliação do escopo de atuação do Judiciário e do Ministério Público, entre eles a normatividade da Constituição e uma teoria constitucional capaz de sustentá-la, e a constitucionalização das relações sociais.

Entre os principais instrumentos jurídicos capazes de assegurar a efetividade das novas funções do Judiciário e do Ministério Público, fortaleceram-se o controle de constitucionalidade e a ação civil pública.

De fato, como salientou Barbosa (2013), a Constituição brasileira afirmou um amplo rol de direitos fundamentais, nos quais se incluem os clássicos direitos de liberdade (locomoção, crença, orientação sexual, expressão, associação, entre outros), tipicamente liberais, além de direitos sociais, direitos coletivos, direitos políticos e de nacionalidade. Também preconizou um arranjo institucional que deveria prevenir eventuais novos desvios autoritários, assegurando o funcionamento regular das instituições e a proibição de suspensão de direitos durante situações de crise (humanitária, ambiental, econômica, política, etc.). Além disso, especificou a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, condicionando o comportamento dos atores públicos e privados que devem atuar em prol destes objetivos.

A teoria constitucional que se desenvolveu no pós-II Guerra Mundial na Europa e irradiou-se enfaticamente em Constituições latino-americanas como forma de pôr fim às ditaduras, por sua vez, encarregou-se de atribuir normatividade à Constituição e juridicidade a todas as suas normas, incluídos os princípios.

O extenso rol de direitos assegurados e a amplitude dos princípios constitucionais fortaleceram o Ministério Público como espaço de ação e o Judiciário como espaço prioritário de decisão. Além disso, a garantia de eficácia atribuída aos direitos sociais implicou em um maior controle sobre a atuações dos governos em torno da formulação, implantação e avaliação de políticas públicas, controle este operado pelo Ministério Público e avaliado majoritariamente pelo Poder Judiciário, por meio do *judicial review*.

Sendo o Judiciário o lócus de tomada de decisão, é natural que nele estejam centradas análises dos efeitos desta expansão que, como já se ressaltou, não é apenas do Judiciário, mas do Ministério Público e, em última instância de todo o sistema de justiça.

No modelo tripartite preconizado por Montesquieu, é como se o eixo central do equilíbrio tivesse se deslocado em direção ao sistema de justiça em geral, e ao Judiciário, como lócus prioritário de tomada de decisão, em especial, o que provocou um inédito protagonismo político do Judiciário. Este protagonismo manifesta-se de diferentes maneiras e a literatura jurídica tem sido pródiga em sua rotulação. Politização da justiça, judicialização da política, ativismo judicial, supremocracia, juristocracia, backlash e *lawfare* são alguns destes fenômenos. Neste artigo o enfoque se dá sobre a judicialização da política, a juristocracia, o ativismo e o *lawfare*.

A expressão judicialização da política parece ter sido utilizada pela primeira vez na obra americana de Neal Tate e Torbjorn Vallinder em 1995, *The global expansion of judicial power,* que a trataram como um fenômeno que vinha expandindo-se no final de século XX e tendia para um crescimento ainda maior no século XXI, atribuindo-lhe dois sentidos: i) a expansão da competência dos tribunais ou dos juízes em detrimento dos políticos e/ou dos administradores, ou seja, a transferência dos direitos de tomada de decisão do Legislativo ou Executivo para os tribunais, ii) a difusão dos métodos de tomada de decisões judiciais fora do âmbito jurídico. Neste estudo o foco é o primeiro significado.

A preocupação com o que denominou *governo dos juízes, contudo,* já havia aparecido muito antes, na clássica obra *The Least Dangerous Branch*, do norte-americano Alexander Bickel, publicada em 1962 nos Estados Unidos. Mais recentemente, no alvorecer do Século XXI, o cientista político Ran Hirschl, em sua obra *Towards Juristocracy*, redimensionou a questão para o que considera ser um "*new method of pursuing political goals and managing public affairs"* (2004, p.1).

Tate e Vallinder fazem referência a vários fatores que facilitam o processo da judicialização. Apontam, entre outros: o sistema democrático; a inadequação atual da teoria da separação de poderes; a existência crescente de declarações de direitos; o uso dos tribunais por grupos de interesses, governo e oposição; instituições majoritárias ineficazes, especialmente o parlamento; desconfiança do povo em direção aos poderes de estado, que permite que eles concordem com a elaboração de políticas públicas por órgãos judiciários; delegação intencional para o Judiciário de decisões controversas que deveriam ser tomadas pelas instituições majoritárias (TATE, p. 27-37). Para os autores, a judicialização traduz dois diferentes focos:

A expressão judicialização aparece na obra de Tate e Valinder (1995) denominada *The global expansion of judicial power*, publicada em 1994, na qual se identifica dois significados primários: *i) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights for the legislature, the cabinet, or the civil service, to the courts; ii) the spread of*

*judicial decision-making methods outside the judicial province proper.* Neste estudo o foco é o primeiro significado.

Discrepâncias na compreensão do fenômeno não elidem o fato de que inúmeros autores constatam que a judicialização da política favorece o "governo dos juízes" e os torna protagonistas de uma atuação que, no Estado Democrático, cabia primeiramente ao Legislativo e, especialmente após a II Guerra Mundial, vinha sendo transferida paulatinamente ao Executivo. As razões pelas quais isso ocorre variam, mas em geral a judicialização é compreendida como um fenômeno decorrente da complexidade da sociedade, do papel que as Constituições exercem em democracias contemporâneas e no alcance que a hermenêutica alcança na delimitação dos princípios e regras constitucionais. Pedroso (2003, p. 12), na mesma direção identifica na "explosão do direito" que decorre da "juridificação das esferas sociais" o fortalecimento da judicialização.

Contrária a essa percepção da judicialização como um fenômeno "natural", decorrente de características recentes do constitucionalismo contemporâneo, o cientista político canadense Ran Hirschl (2004) propõe um olhar em diferente perspectiva para explicar o que chama *Juristocracy,* um tipo de regime político que empodera as cortes e os magistrados por meio da constitucionalização das relações sociais e do exercício do controle de constitucionalidade. A juristocracia opera em detrimento dos poderes Executivo e Legislativo ao atribuir ao Judiciário um protagonismo político que, exercido por magistrados em geral, e por juízes das cortes constitucionais em especial, os assemelha a uma elite detentora de poder, tal qual a aristocracia europeia dos Séculos XVIII e XIX, daí o neologismo 'juristocracia'. Esse protagonismo, associado à independência de que gozam magistrados e o próprio poder judiciário no Brasil, leva a procura de resposta para a clássica preocupação expressada por Juvenal na Roma imperial e recuperada na República do Platão no contexto que a tornou célebre: *quis coustodiet ipsos custodes? (*quem guarda o guardião?).

O ativismo no Brasil floresce no contexto do constitucionalismo contemporâneo e sob o signo progressista, como uma postura do magistrado que, contra regras socialmente injustas, utiliza a Constituição e a normatividade de seus princípios, para proferir uma decisão que reconheça e fortaleça direitos que a Carta de 88 assegurou e ampliou. Este pedigree progressista, contudo, é refutado desde sua origem nos Estado Unidos, onde ela já nasceu como uma trincheira conservadora da Suprema Corte deste país, e assumiu um viés progressista, depois novamente revertido, apenas após o *New Deal* do Presidente Franklin Roosevelt, plano com o qual buscou colocar fim à recessão de 294 (CAMPOS, 2016).

Na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, o que define o ativismo judicial é a amplitude do espaço do intérprete na delimitação da moldura da norma e na

co-constituição de seu alcance e sentido. Assim, a decisão ativista expressa uma menor deferência do juiz às normas ou aos precedentes, estes último especialmente em países ligados à tradição *common law*, e um maior apego ao espaço de construção da decisão pelo magistrado (KOERNER, 2013, p. 73 e ss). O marco jurídico do ativismo é a Constituição e seu limite o estado de direito que, no arcabouço instituído no Brasil pós-88, é democrático.

O termo *Lawfare*, segundo Martins, Martins e Valim (2020) é um neologismo resultante da contração das palavras l*aw* (Direito) e *warfare* (guerra), cujo primeiro registro data de 1975, e implicaria no uso do Direito como arma em substituição às guerras bélicas tradicionais. O termo, embora relativamente recente, não tem tido uma trajetória linear. Foi sido usado tanto para denunciar ameaças a direitos humanos quanto para criticar o Direito Internacional dos Direitos Humanos por usar estrategicamente o direito para deslegitimar campanhas militares americanas. Em 2017, Siri Gloppen (apud Martins, Martins e Valim, 2020) apresentou um conceito estrito de *lawfare* como "estratégias de mobilização jurídica que incluem alguma forma de litígio e que são motivadas por um objetivo de transformação social que vai além da vitória em um processo judicial individual". Martins, Martins e Valim 2020, p. 32), considerando especificamente a conjuntura política do Brasil após o *impeachment* da Presidente eleita Dilma Roussef, sugerem um novo conceito de *lawfare* como "uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudiciar ou aniquilar o inimigo".

Assim como a judicialização e o ativismo, o *lawfare* também pode ser definido de diferentes formas, mas todos têm um núcleo que os identifica. O conceito de juristocracia, por sua vez, parece estar menos sujeito a aberturas conceituais e mais identificado com os sentidos que lhe foi atribuído por Hirschl. No núcleo dos conceitos de *lawfare* apresentados com maestria por Martins, Martins e Valim (2020), parece assumir-se a premissa de que o *lawfare* implica no uso legítimo do Direito, uma premissa da qual discorda-se,

Desde o ponto de vista adotado neste artigo, embora judicialização, ativismo, juristocracia e *lawfare* sejam todos expressões do empoderamento político do Judiciário, mesmo que se diferenciem em múltiplos outros aspectos, o *lawfare*, na concep*ção que emprestamos* ao termo, é expressão do uso ilegítimo e ilegal do direito.

Em se tratando do uso do Direito ou de manobras jurídico-legais como arma para alcançar finalidade política (*Lawfare* Institute, p. 4), trata-se, em verdade, do mau uso do direito, da manipulação e do abuso de poder e do Direito para atingir um fim incompatível com o estado de direito, sendo portanto ilegítimo e ilegal.

A finalidade do *lawfare* é precipuamente política e consiste em geral em derrotar um adversário ou projeto político diverso por vias não democráticas, uma finalidade distinta daquela que o Estado liberal atribuiu ao Direito e ao Judiciário em especial, comprometido que deveria estar com a solução pacífica de controvérsias.

A musculatura de um Estado assentado em bases democráticas é que pode coibir ou não a prática do *lawfare,* sendo certo que um Estado será tão mais democrático quanto for sua capacidade de conter os abusos cometidos em práticas de *lawfare* Por isso, a moldura constitucional, o arcabouço da democracia representativa e o marco do estado de direito não são capazes de frear as suas práticas. Neste sentido, o *lawfare* é a antítese do direito, é uma espécie de não-direito e, como tal, ameaça o próprio Estado liberal, assentado no regime de leis.

Como se pode observar, *lawfare*, juristocracia, ativismo e judicialização são fenômenos distintos, assim como deve ser a reação a cada um deles, mas todos compartilham o pressuposto do agigantamento do papel político do Judiciário que ameaça o equilíbrio necessário no exercício do poder nos Estados democráticos liberais. Contudo, diferente dos demais, o *Lawfare* afasta-se da legalidade e da legitimidade do uso de Direito e por isso não pode ser absorvido pelo Estado liberal e tampouco admitido como prática do sistema de justiça.

Passadas mais de três décadas de vigência da Constituição, o fortalecimento do Judiciário e do Ministério Público buscados no momento da Constituinte brasileira é evidente e, desta perspectiva, rompendo um então clássico problema América Latina, o arranjo institucional preconizado foi bem sucedido. Seus efeitos, contudo, ainda não estão sendo bem tratados e não se encontram no arranjo institucional preconizado formas eficientes para equilibrar a independência e autonomia destas instituições com a responsabilidade que se lhes exige um Estado Democrático de Direito.

A teoria da separação de poderes elaborada por Montesquieu (2005, p. 170) parte de duas premissas até hoje incontestáveis: a primeira afirma que o detentor do poder tende a dele abusar, indo até onde encontra limites"; a segunda adverte: "para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freire o poder".

Enquanto o Judiciário, sob o modelo *civil law,* construiu-se como um poder neutro, "nulo", como afirmava Montesquieu, porque aplicador da lei, o controle sobre seus atos voltava-se à necessidade de averiguar se determinada decisão encontrava amparo legal, e os recursos processuais eram os mecanismos mais adequados para, eventualmente, modificar uma decisão judicial. A responsabilidade judicial, se evidenciado mau comportamento do juiz, resolvia-se com base em expedientes administrativos internos (corregedorias) e em mecanismos legais, tais como indenização, advertência, suspensão e, em casos extremos, aposentadoria compulsório do magistrado. O modelo de supervisão via corregedorias mostrou-se insatisfatório porque, sendo ambos membros de uma mesma corporação, é comum que fiscalizado e fiscalizador alterem-se na função, o que dificulta o exercício real de fiscalização.

A judicialização, a juristocracia e o *lawfare*, contudo, distanciam-se desse parâmetro, mas o fazem de formas distintas.

Com a judicialização, o Judiciário ampliou o seu escopo de atuação e passou a operar não apenas para dirimir conflitos, mas para corrigir e, excepcionalmente, definir políticas políticas, redirecionar recursos e tomar decisões sobre assuntos que tradicionalmente competiam às legislaturas ou aos governos, Esta atuação, contudo, opera-se em cumprimento às diretrizes constitucionais, dentro do marco do estado democrático

O ativismo encontrou seu espaco no poder de interpretar ou, mesmo excepcionalmente, pelo uso do recurso da interpretação, criar normas, uma atuação favorecida pela teoria constitucional contemporânea ocidental por meio da qual o Judiciário passou a expressar um papel político que antes era velado. Contra o poder discricionário e as decisões baseadas em princípios, fortaleceu-se o sistema do *judicial review* que, nos países apegados à tradição *civil law*, ainda era acanhado.

Ao lado das corregedorias, o eventual mau uso ou abuso do direito continua tendo uma solução via de regra disciplinar, mas operada após processo judicializado que será decidido pelo Conselho Nacional de Justiça, um órgão de controle disciplinar interno, visto que majoritariamente composto por juízes, mas com maior transparência e independência, quando comparado às corregedorias.

Na juristocracia o Judiciário atua em substituição, mas em conformidade com o interesse de grupos políticos específicos identificados com as elites econômica e política dominantes, e o faz, via de regra, dentro de parâmetros legais e constitucionais albergados pela discricionariedade judicial, ainda que responsivos a ações de lobbies e, com menos frequência, *advocacy*. Eventual rechaço será resolvido na esfera política, com a proposta judicial rejeitadas por instâncias políticas com representação no parlamento.

Na judicialização, no ativismo e na juristocracia, é esperado que o Judiciário atue dentro da moldura da discricionariedade e em consonância com a Constituição e compromisso com o estado democrático de direito, Não é o que se verifica em situações de *lawfare*. Nestas, ainda que se possa manipular as leis dentro de limites juridicamente admissíveis, prepondera o uso ilegal do Direito, vale dizer, o abuso do Direito. O Judiciário, no contexto do *lawfare*, passa a servir prioritariamente ao propósito de alçar ou manter no poder um projeto que, via de regra, não seria escolhido pelos mecanismos tradicionais de aferição da vontade popular, as eleições, sendo portanto ilegítimo. .

Por isso, diferente da judicialização, do ativismo e da juristocracia, o *lawfare* é uma ameaça ao estado democrático de direito, ao sistema tripartite de controle recíproco dos

Poderes, à democracia representativa e ao modelo liberal de arranjo político-institucional que sustenta o Estado liberal.

A Lava-Jato no Brasil é tipo clássico de *lawfare*. Sob o argumento frágil e falacioso do combate à corrupção, o juiz-ministro e o procurador-fiel, construíram e forjaram uma narrativa na qual o ex-Presidente Lula estava no centro de uma organização criminosa montada para dilapidar o Estado e manter-se no poder, sendo oportuno observar que o fez por meio de eleições democráticas majoritárias, um clássico mecanismo da democracia representativa.

A Lava-Jato, para alcançar o ex-Presidente, elegeu como inimigos políticos figuras-chave do partido político ao qual ele pertencia e que representava a maior ameaça à então oposição, derrotada nas urnas em 2014; em seguida, diante do inegável peso eleitoral do ex-Presidente, revelado na corrida ao pleito presidencial de 2018, operou primeiramente para manchar sua carreira política (chefe de organização criminosa) e, depois, para retira-lo da disputa em que era o candidato preferencial, abrindo espaço para a eleição de Jair Bolsonaro; finalmente, frente à inesgotável força eleitoral do ex-Presidente, vem atuando para neutralizar seu papel político, buscando para tanto meios para alegar alguma plausibilidade no processo judicial frágil, fraudulento e montado para condená-lo em tempo recorde e coloca-lo na prisão.

No interior da Lava-Jato, que operou sob a batuta do juiz-ministro e do procurador-fiel, o adágio "aos amigos tudo, aos inimigos a lei", adquiriu nova roupagem: "aos amigos os benefícios da lei, aos inimigos o abuso da lei". Mas quem diz o que é a lei, como, quando, onde e em que situações aplica-la é o déspota-não-esclarecido que deseja o poder absoluto, mas refuta o progresso e a ciência proclamados pelos iluministas de outrora, preferindo convicções, mesmo quando contrárias às provas.

E porque deseja o poder absoluto, mas conhece a força das leis, decide abandonar o campo do direito e o espaço do estado do direito (e nem se fala em democrático) que são próprios dos juristas, para trilhar o caminho do *lawfare*. E, como ele, enterrar a legitimidade do sistema de justiça, sem o qual o Estado contemporâneo não subsiste.

No momento em que o *lawfare* inequivocamente revela-se na Lava-Jato, e que a judicialização, o ativismo e a juristocracia revelam um protagonismo político incontido do Judiciário, como equilibrar a independência que se exige dos juízes, com a responsabilidade no exercício deste cargo?

O conceito de *accountability* pode ajudar a responder a questão. Um estudo mais detalhado sobre as diferentes formas de *accountability* e mecanismos capazes de engendrá-las fogem ao escopo deste ensaio, mas é preciso que se observe que a *accountability*

que se exige nos casos de judicialização, ativismo e juristocracia resolve-se de forma diferente daquela em que se verifica o *lawfare* porque lá atua-se no campo do Direito, enquanto aqui trabalha-se na esfera do abuso dos direitos, seja com a manipulação das leis, seja por procedimentos à margem da lei, no espaço ilegítimo do direito.

Guillermo O'Donnell diferencia espacialmente duas dimensões da accountability: a horizontal e a vertical. A horizontal é típica dos mecanismos de checks and balances que ocorre entre os poderes de Estado; a horizontal, por sua vez, pressupõe uma relação desigual, entre representantes e representados, ou entre autoridades públicas e cidadãos, por exemplo. Quando a fiscalização e controle acontece por meio de mecanismos dentro de um mesmo poder, ela é interna; ao contrário, quando se pressupõe o controle de um poder sobre o outro, ela é externa.

O controle disciplinar exercido pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Conselho Nacional do Ministérios Público sobre juízes e promotores públicos é do tipo horizontal interno, já que a função constitucionalmente estabelecida ao Conselho, bem como sua composição, assegura uma fiscalização no seio do próprio Poder Judiciário ou do Ministério Público, respectivamente, excluindo deste processo qualquer espécie de fiscalização por parte do cidadão e da sociedade civil.

Peruzzotti e Smulovitz (2006) distinguem três tipos de *accountability:* a legal, a política e a social, cada uma delas exige mecanismos específicos de fiscalização e sanção: o *impeachment* é um típico mecanismos de *accountability* política, enquanto a fiscalização que o Poder Judiciário exerce sobre a legalidade de atos de agentes públicos é do tipo legal. Em democracias representativas o mecanismo de controle social por excelência é a eleição.

*Impeachment* e controle judicial são mecanismos que exemplificam a atuação entre poderes de estado e seus agentes e ilustram o sistema de *checks and balances* sobre o qual está erigido o Estado liberal, que tem entre seus pressupostos o limite do poder estatal. O cidadão fica alijado deste processo, justamente porque a lógica de distribuição e exercício de poder em democracias representativas é a autorização.

Para superar este déficit de cidadania ativa, estudos apontam na direção da *accountability* social, a qual, conforme afirmam Peruzzotti e Smulovitz (2006, p. 4) ajuda a regular e reduzir a distância entre representantes e representados preservando ao mesmo tempo a diferenciação entre autoridades políticas e a cidadania que caracteriza a relação de representação.

A *accountability* social, segundo Peruzotti e Smulovitz (2006, p. 5) *refers to the ability to ensure that public officials are answerable for their behavior – forced to justify and*

*inform the cintizenry about their decision and possibily eventually be sancioned for them*. Nesta acepção estão contidas as principais dimensões da accountability, quais sejam, responsividade, transparência e coercibilidade. É exercida pelo cidadão, individualmente ou socialmente organizado, com a finalidade de fiscalizar agentes públicos, instituições e poderes do Estado, e exigir responsabilização em caso de ações indevidas.

A judicialização pode ser enfrentada com a *accountability* , a decisão ativista poder ser revertida no âmbito do controle de constitucionalidade; a juristocracia pode ser superada pela forte atuação do Legislativo na eleboração das leis, controle de políticas públicas e enfrentamento de questões polêmicas que dividem a sociedade.

No caso do *lawfare* a situação é diferente, e as soluções também devem sê-lo. Contra o abuso do Direito, a resposta jurídica é a revisão dos atos dos agentes, mas para coibir a conduta ofensiva ao Direito, a *accountability* legal e política parecem ser o lócus correto. A *accountability* legal conduz ao processo, julgamento e responsabilização civil e criminal dos agentes, seja pelos órgãos internos de controle (corregedorias e Conselhos de Justiça e do Ministério Público, por exemplo), seja pela prestação jurisdicional ordinária disponível a todo cidadão. Para além da *accountability* legal, a *accountability* política também pode ser invocada, do que poderia resultar *impeachment* ou suspensão ou cassação de direitos políticos; A frágil *accountability* social existente no Brasil conduziria à reprovação nas urnas do agente que abusou do Direito e eventualmente desejasse participar de um escutíneo, mas é preciso incrementá-la e criar mecanismos que de fato façam retornar ao cidadão o direito e o poder de exigir o cumprimento e os compromisso legais dos agente públicos e políticos com o estado democrático de direito.

Sob a Lava-Jato, o sistema de freios e contrapesos tornou-se um castelo de areia. O desafio é punir os membros da Lava-Jato e, ao mesmo tempo, reconstruir as bases de legitimação do sistema de justiça brasileiro, sem o qual o estado democrático de direito estará irremediavelmente comprometido no pais.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. *In:* BARRETO, Vicente de Paulo, SCHWARTZ, Germano e DUARTE, Francisco Carlos. *Direito da sociedade policontextural*. Curitiba, Appris, 2013, p. 171-194.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*: the supreme court at the bar of politics. 2 ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

ESTEBAN, Luis e RINCÓN, Delgado de. *Constitución, poder judicial y reesponsabilidad*. Madrid, Centro de estúdios políticos y constitucionales, 2002.

GARGARELLA, Roberto. In search of democratic justice: what courts should not to do: argentina, 1983-2002. In: GLOPPEN, Siri. GARGARELLA, Roberto e SKAAR, Elin. *Democratizaion and the judiciary: the accountability function in new democracies*. London, Frank Cass Editor, 2004. p. 181-197.

HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy: *The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. In: *The Oxford Handbook of Law & Politics*. Eds. Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira. Toronto: Oxford University Press, 2008. p. 119-141.

MARTINS, Cristiano Z.; MARTINS, Valeska T. e VALIM, Rafael. *Lawfare*: uma introdução. Almedina, Coimbra, 2020.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Trad. Antonio Cauccio-Caporale, L&PM Pocket Porto Alegre, 2011.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. 3a. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina e DIAS, João Paulo. *Tribunais em sociedade*: por caminhos da(s) reforma(s) da justice. Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

PERUZZOTTI, Enrique e SMULOVITZ, Catalina. *Enforcing the rule of law:* social accountability in the new latin American democracies. University od Pittsburgh Press, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa e AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. *In: Democratizar a democracia:* os caminhos da democracia participativa. 3 ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005, p. 38-82.

TATE, C. Neal e VALLINDER, Trobjorn. *The global expansion of judicial power.* New York, New York University Press, 1995.

THE INTERCEPT. Disponível em: www.theintercept.com/brasil. Acesso em: 02 out. 2019.

VAZA-JATO. *In:* WIKIPEDIA: a encyclopedia livre. *Wikimedia,* 2017. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Vaza_Jato. Acesso em: 02 out. 2019.

Capítulo 8

# *LAWFARE* E CRISE DA DEMOCRACIA: CONTRIBUIÇÕES DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA PARA COMPREENSÃO DA EROSÃO DEMOCRÁTICA

*Eneida Desiree Salgado*[1]
*João Guilherme Walski de Almeida*[2]

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: A CORROSÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PELA VIA DO DIREITO; 1. *LAWFARE, WARFARE, NO FAIR*: A GUERRA PELAS FORMAS JURÍDICAS; 2. AS RECENTES BATALHAS JURÍDICAS EM SOLO BRASILEIRO: AS ESTRATÉGIAS E OS INIMIGOS; 3. AS ARMAS E OS ESPÓLIOS DA GUERRA: POPULISMO E LEGALIDADE AUTORITÁRIA; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: PELA RECUPERAÇÃO DO CARÁTER ADVERSARIAL DA POLÍTICA E DO DIREITO; REFERÊNCIAS.

1 Doutora em Direito do Estado. Professora de Direito Constitucional e Eleitoral na Universidade Federal do Paraná. Advogada. E-mail: desiree@ufpr.br

2 Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado. E-mail: joaogwa@gmail.com

## INTRODUÇÃO: A CORROSÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PELA VIA DO DIREITO

A estrutura do Estado contemporâneo presume um ordenamento jurídico fundamentado na Constituição que estabelece o conteúdo e a forma da atuação de agentes e instituições. O Estado de Direito é um Estado limitado pelo Direito e que atua conforme o Direito. A produção legislativa, a atuação do Poder Executivo e da Administração Pública, a adjudicação realizada pelo Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade, a ação dos órgãos de controle, tudo está determinado pelo conjunto de normas jurídicas que vai garantir à cidadania previsibilidade e segurança em sua relação com o Estado.

Fenômeno intensificado nos últimos anos, a utilização das formas jurídicas para alcançar finalidades repelidas pelo Direito tem atingido de maneira dramática as premissas e os princípios do Estado Democrático de Direito. A manipulação do ordenamento para a persecução de fins contrários aos valores democráticos acarreta a lenta destruição do constitucionalismo e da democracia. Esses processos não estão ocorrendo apenas no Brasil, mas a experiência nacional mostra-se bastante intensa, principalmente pelos efeitos eleitorais e na legitimação democrática.

A proposta deste estudo é evidenciar, no contexto de produção teórica sobre *lawfare*, as características do fenômeno e sua utilização nos últimos anos no Brasil, além de indicar caminhos para o enfrentamento do problema.

## 1 *LAWFARE, WARFARE, NO FAIR*: A GUERRA PELAS FORMAS JURÍDICAS

A palavra *lawfare* resulta da combinação de duas palavras da língua inglesa, *warfare*, cuja tradução é conflito ou guerra, e *law*, que pode significar tanto "Direito" quanto "lei". Esse neologismo foi utilizado pela primeira vez em 1975, em texto de autoria dos australianos John Carlson e Neville Yomans, denominado "*Whither goeth the law: Humanity or barbarity*", no qual analisam a mediação como alternativa de resolução de conflitos.[3]

[3] Em seu artigo, os autores utilizam o *lawfare* no seguinte trecho: "(...) a técnica inquisitorial ou de inquérito se foi, o processo adversário ou acusatório só se aplica em nossos tribunais. A busca pela verdade é substituída pela classificação das questões e pelo refinamento do combate. O *lawfare* substitui a guerra e o duelo é com palavras em vez de espadas. Mas isso é o suficiente?". CARLSON, Joh; YEOMANS, Neville. Whither Goeth the Law - Humanity or Barbarity. In: SMITH, M.; CROSSLEY, D. *The Way Out* - Radical Alternatives in Australia. Melbourne: Lansdowne Press, 1975.

O termo voltou a ser utilizado no ano de 2001, em conferência proferida na Universidade de Harvard por Charles J. Dunlap, General de Divisão da Força Aérea Estadunidense. Foi apresentada, na ocasião, noção de *lawfare* como "o uso do direito como uma arma de guerra".[4] O desenvolvimento do termo ocorreu com o objetivo de defender criminosos de guerra estadunidenses, como forma de eludir acusações de violações de direitos humanos. Como lembra Roberto Gargarella, o *lawfare* foi utilizado como argumento para questionamento da autoridade do Tribunal Penal Internacional pelos Estados Unidos da América.[5]

Em um outro artigo sobre o tema, publicado anos depois, o General Charles J. Dunlap desenvolveu o conceito. Indicou, então, que o fenômeno do *lawfare* consiste na "estratégia do uso (incluindo o mau uso) do direito como substituto dos meios militares tradicionais para alcançar um objetivo tradicional".[6] Na óptica de Dunlap, a teoria do *lawfare* não possui o objetivo de descrever toda e qualquer possível relação entre o Direito e a guerra. Ela se concentra, principalmente, nas circunstâncias em que instrumentos jurídicos podem criar efeitos semelhantes aos métodos convencionais de guerra.

Segundo Charles J. Dunlap, "em termos militares, o *lawfare* representa uma forma de"operação baseada em efeitos" (*effects based operations*). As operações baseadas em efeitos são aquelas em que a guerra (*warfare*) está focada em ações concebidas para alcançar "efeitos que contribuem diretamente para os resultados militares e políticos desejados."[7]

Para Flávio Moreira Mathias, as "Operações Baseadas em Efeitos" consistem em métodos contemporâneos de guerra, cujo enfoque não se limita ao objetivo final, mas leva em conta os efeitos desejados, para, só então, escolher a melhor maneira de se aplicar os meios disponíveis". O desenvolvimento deste tipo de operação ocorreu pelos Estados Unidos da América durante a Guerra do Golfo. A compreensão do *lawfare* como Operação Baseada em Efeitos implica, portanto, na percepção de que instrumentos jurídicos são manuseados para buscar determinados efeitos, a partir de integração entre o

---

4 DUNLAP JR, Charles J. Law and military interventions: Preserving humanitarian values in 21st Century. Apresentação de trabalho. Cambridge. Harvard University. *Anais…* 2001.

5 *VANGUARDIA DIGITAL*. GARGARELLA, Roberto. La liberación de Lula evidencia que el *lawfare* es una tonteria. Publicado em 12/03/2021. Disponível em: http://www.lavanguardiadigital.com.ar/index.php/2021/03/12/roberto-gargarella-la-liberacion-de-lula-evidencia-que-el-lawfare-es-una-tonteria/. Acesso em: 15 abr. 2021.

6 DUNLAP JR, Charles J. "Does *lawfare* needs an apologia?" *Case Western Reserve Journal of International Law*. Cleveland. v. 43, n. 2, 2010.

7 DUNLAP JR, Charles J. "Does *lawfare* needs an apologia?" *Case Western Reserve Journal of International Law*. Cleveland. v. 43, n. 2, 2010.

planejamento, execução e a avaliação. São levados em conta, desde o princípio, efeitos finais e os objetivos, que cuja busca ocorre da maneira mais eficaz e eficiente. Isso quer dizer que a aplicação do *lawfare* como uma estratégia ocorre de maneira sofisticada, eis que não se busca apenas a derrota do opositor, mas também o planejamento do status do derrotado.[8]

O *lawfare*, como desenvolvido por Charles Dunlap, funcionava na definição de estratégias militares, sobretudo quanto às guerras internacionais. Foi seguido por outros pensadores, como Orde F. Kittrie, para quem a "guerra jurídica" é uma forma menos sangrenta de se batalhar, financeiramente menos onerosa e possivelmente mais eficiente no caso de determinados objetivos. Na perspectiva de Kittrie, o *lawfare* é neutro, razão pela qual sua legitimidade depende de quem o pratica e quais objetivos que são almejados.[9]

David Hughes aponta que o *lawfare* é praticado por instituições não governamentais, indivíduos e organizações internacionais. Destaca que a terminologia é empregada no sentido de "imposição ou manipulação dos padrões legais internacionais para conter os meios e operações militares tradicionais e limitar as respostas estatais ao terrorismo e o uso da força".[10] Observa-se, assim, o uso do termo de maneira crítica, porém ainda restrito ao campo militar.

A ideia do Direito como arma de guerra passou, também, a ser alvo de estudos da teoria crítica no campo da antropologia, principalmente na obra de Jean e John Comaroff. Os antropólogos em questão analisaram os efeitos da lei e da "desordem" nas chamadas "pós-colônias". Os Comaroff conceituam como *lawfare* a prática imperialista que permite o exercício da soberania a partir do uso de códigos penais, de regramentos administrativos e da deflagração de estados de emergência com objetivo de disciplinar os sujeitos de direito aos meios de violência tornados legítimos pelo Direito.[11] Dentro desta perspectiva crítica, o *lawfare* é compreendido como o uso de instrumentos legais para cometer atos de coerção política, o que ocorre por meio daqueles que servem ao Estado contra aqueles que passam a ter uma relação de inimizade com o Estado. O Direito é utilizado, portanto, como instrumento para demarcação do que é ilegal, possibilitando, assim, a disciplina, a dominação e desapropriação forçada de territórios. Apontam o

---

8 MATHIAS, Flávio Moreira. *Operações Baseadas em Efeitos (OBE)*: Reflexões para a doutrina militar terrestre. Tese (Doutorado). Escola de Comando e Estado Maior do Exército. Rio de Janeiro, 2011. 218 f.

9 KITTRIE, Orde. *Lawfare*: Law as weapon of war. New York: Oxford University Press, 2016 p. 1-3.

10 HUGHES, David. What does *lawfare* mean? *Fordham International Law Journal*. Nova Iorque. v. 40, n. 1. 2016.

11 COMAROFF, John L.; COMAROFF, Jean. *Law and Disorder in the Postcolony*. Chicago: University of Chicago Press, 2006, p. 29.

que aconteceu no Zimbábue como exemplo de guerra jurídica, relembrando a aprovação de leis para silenciar os opositores do governo, bem como para realizar a remoção de pessoas de áreas urbanas.[12]

Há quem conceitue como *lawfare* as formas jurídicas de resistência e luta para afirmação de direitos. Siri Gloppen apresenta, como derivação das definições já apresentadas, os conceitos de "*lawfare* de guerrilha", "*lawfare* insurgente" e *lawfare* como "uma arma dos fracos" para descrever estratégias pelas quais grupos excluídos do poder podem conquistar avanços manejando instrumentos jurídicos. Trata-se, portanto, de uma conceituação distinta acerca do fenômeno, na qual o *lawfare* pode se constituir, também, como o uso estratégico de direitos positivados, da legislação e de ações judiciais por atores sociais marginalizados para buscar objetivos políticos e sociais. É que, na visão de Siri Gloppen, o *lawfare* pode ser usado para descrever qualquer estratégia que use o Direito como instrumento central na promoção de um objetivo político contestado, democrático ou não.

A autora classifica as estratégias possíveis em três tipos, a saber: o "*lawfare* estatal", no qual a violência estatal é aplicada por meio de instrumentos jurídicos contra grupos ou indivíduos considerados problemáticos ou socialmente indesejáveis (povos indígenas e outras minorias étnicas, pessoas em situação de rua, vendedores ambulantes, minorias sexuais e de gênero, imigrantes, profissionais do sexo, usuários de drogas, dentre outros); o "*lawfare* por atores na sociedade política", que pode ser definido pela competição pelo poder estatal pela oposição, a partir de atores da sociedade civil, e inclui o uso de argumentos jurídicos pelos partidos da oposição no cerne dos processos políticos, como reivindicações de inconstitucionalidade ou ilegalidade, bem como a propositura de ações judiciais para avançar seus objetivos; e o "*lawfare* de baixo para cima", que é praticado por atores da sociedade civil que usam arenas e estratégias jurídicas, como ações judiciais e realização de lobby baseado em direitos e manifestações populares, em sua luta por mudanças políticas, hegemonia ideológica e transformação social. O tratamento desta atuação estratégica como *lawfare* ocorre na medida em que significa mais do que mera mobilização, tendo em vista a utilização dos mecanismos jurídicos para obtenção dos fins almejados. O *lawfare*, aqui, ocorre como "parte de uma luta contínua e contenciosa entre interesses sociais organizados a favor (ou contra) a transformação social", de modo que a atuação litigiosa se encontra dentro de uma estratégia mais ampla. A autora trata como esta modalidade de *lawfare* a luta por direitos LBTQIA+ e direitos relacionados ao aborto. Como exemplo, aponta que a luta pela reforma legal do direito ao aborto, destacando as

---

12 COMAROFF, John L.; COMAROFF, Jean. *Law and Disorder in the Postcolony*. Chicago: University of Chicago Press, 2006, p. 30.

várias esferas em que a luta foi travada: no Congresso Nacional, nos tribunais e junto às autoridades de saúde.[13]

O *lawfare,* compreendido nesta ambivalência, também foi estudado por Michelle Le Roux e Dennis Davis, que o analisam dentro do contexto da África do Sul pós-apartheid, levando em conta os enormes desafios do constitucionalismo em seu país. Os autores entendem que a judicialização de questões políticas constitui uma forma de *lawfare*. Indicam que ao mesmo tempo em que a sociedade é cada vez mais controlada pelo Direito, os alvos do estado utilizam as cortes para reclamar o cumprimento de direitos humanos. Indicam que a política tem sido cada vez mais disputada na Justiça do que nas ruas, mais "pelo uso do direito e sua violência disfarçada do que pela força bruta".[14]

Asseveram que o *lawfare* deve ser compreendido como algo dual: "pode ser uma coisa boa ou uma coisa ruim". A parte boa, em sua visão, consiste na politização da adjudicação, o que possibilita o avanço do projeto constitucional sul-africano. Contudo, se mostra negativo quando o Poder Judiciário se torna uma arena de mera contestação política, no qual agentes políticos visam usurpar a função judicial para atingir seus objetivos. Indicam que em ambos os contextos, o Poder Judiciário se aprofunda em questões políticas mais do que costumava fazer. Isso ocorre a partir de uma "promessa" de se promover uma discussão mais racional sobre questões políticas relevantes e sobre reivindicações de direitos sociais. Destacam que isso pode levar a sociedade à "juristocracia", tendo em vista a consequente redução da importância da política. É possível concluir que, na leitura que Michelle Le Roux e Dennis Davis, o *lawfare* consiste na utilização do Judiciário como arena para batalhas políticas centrais na sociedade. As cortes, em sua leitura possuem papel central na manutenção dos privilégios absurdos decorrentes do passado colonial e do nefasto regime do *apartheid* ou como espaço de afirmação do projeto democrático, existindo a possibilidade de concretização de mudanças nas esferas econômica, social e política.[15]

Susan Tiefenbrun, que investigou o fenômeno a partir de seu sentido semiótico, aponta que "o *lawfare* é uma arma projetada para destruir o inimigo usando, maltratando e abusando o sistema legal e a mídia, a fim de levantar um clamor público contra esse inimigo". Destaca que o termo consiste num jogo inteligente de palavras, um trocadilho e um neologismo "que precisa ser desconstruído a fim de explicar o poder linguístico e político

---

13 "State *lawfare*", "*lawfare* by actors in the political society" e "*lawfare* from below" no original.

14 LA REUX, Michelle. DAVIS, Dennis. *Lawfare*: Judging politics in South Africa. Johannesburg: Jonathan Ball Publishers, 2019. p. 4.

15 LA REUX, Michelle. DAVIS, Dennis. *Lawfare*: Judging politics in South Africa. Johannesburg: Jonathan Ball Publishers, 2019. 2019. p.16-18.

do termo". Tiefenbrun adiciona, ainda, que "o *lawfare* cria uma equivalência interessante e chocante entre a lei e a guerra."[16]

Como se denota, a compreensão desta equivalência entre Direito e guerra suscita compreensões variadas, por vezes muito distintas. Trata-se de uma interpretação filosófica sobre as relações conflituosas nas sociedades contemporâneas. Significa dizer, portanto, que embora sirva para a análise e para a crítica da aplicação do Direito, o *lawfare* não é um conceito jurídico.

O Brasil, numa longa crise democrática e atrito entre instituições republicanas, passou a discutir o fenômeno do *lawfare* a partir de uma perspectiva singular, de viés eminentemente político. O *lawfare*, teorizado por Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Martins e Rafael Valim, é conceituado como "o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo."[17] O referido uso estratégico ocorre, principalmente, por membros do Ministério Público e por magistrados, agentes estatais, que extrapolam as finalidades constitucionais para prejudicar lideranças políticas, pessoas influentes, partidos políticos ou movimentos sociais, na medida em que tais indivíduos ou grupos recebem a condição de inimigo.[18]

O *lawfare* político, nesta concepção, é compreendido principalmente a partir da dimensão estratégica da utilização de recursos jurídicos. A estratégia, neste contexto, é entendida como uma "disciplina de meios" para obtenção de finalidades estranhas à defesa da legalidade e da Constituição. A máquina pública é utilizada a serviço de interesses políticos e econômicos. Não se trata, portanto, da mera propositura de ação penal, do estabelecimento de um processo de improbidade administrativa ou na instauração de um inquérito contra determinada pessoa ou grupo. O *lawfare* é compreendido, aqui, como a formulação de uma estratégia que antecede à propositura de processos judiciais ou administrativos, geralmente combinados a elementos externos, como a exploração midiática dos acontecimentos. Essa estratégia, geralmente desenvolvida por operadores do Direito inseridos no Ministério Público ou no Poder Judiciário, leva em conta a utilização de mecanismos jurídicos para que determinados fins sejam alcançados. Tais finalidades são variadas: provocar medo; constrangimento; afetar a credibilidade perante a opinião pública; impedir candidaturas; alterar o resultado de eleições; dentre outras.

---

16 TIEFENBRUN, Susan. The semiotic definition of *lawfare*. *Case Western Reserve Journal of International Law.* Cleveland. v. 43. jun 2011.

17 ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare*: Uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 11.

18 ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare*: Uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 26.

A ação estratégica classificada como *lawfare* político é marcada pela hostilidade. Leva necessariamente em conta o inimigo a ser vencido. Contra este inimigo – ou contra seu partido, seis aliados políticos ou aos seus familiares – é que serão empregadas ameaças ou expedientes coercitivos por meio de instrumentos jurídicos.

## 2 AS RECENTES BATALHAS JURÍDICAS EM SOLO BRASILEIRO: AS ESTRATÉGIAS E OS INIMIGOS

O uso de formas jurídicas para constranger "indesejáveis" faz parte da história brasileira. Aconteceu com o acionamento do Tribunal Superior Eleitoral para a cassação do Partido Comunista após a Constituição de 1946, com a pulverização de processos contra jornalista que ousou dar publicidade à remuneração da magistratura e sua composição peculiar, com a admoestação de jornalista por publicar foto de magistrada em atos antidemocráticos, com a criação de restrição retroativa de direitos fundamentais para excluir determinadas pessoas da seara política.

Mas a guerra jurídica é mais evidente e mais intensamente refletida na erosão democrática nos últimos anos, e revela propósitos bem definidos. Após os fatos ocorridos em 2013, onde massas tomaram as ruas, genericamente insatisfeitas com a qualidade dos serviços públicos e com a corrupção, uma espécie de "revolução judiciarista" ganhou corpo. Operações como a Lava-Jato – mas não só – serviram para apontar uma alegada corrosão do sistema e a necessidade de busca de reverter a proclamada degeneração da classe política. Em nome da defesa da moralidade administrativa, ergueram-se como mártires agentes públicos vinculados ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, apoiados no conservadorismo e no ideário neoliberal. Foram feitos ataques ordenados, baseados não pelo dever constitucional, mas apenas na vontade política dos agentes, cujo *modus operandi* envolve, estrategicamente, o uso deliberado de vazamentos, grampos em escritórios de advocacia; delações premiadas e condenações severas.[19]

São notáveis e numerosas as atitudes arbitrárias por membros do Poder Judiciário e do Ministério Público entre os anos de 2014 e 2021, as quais muitas vezes utilizaram como fundamento a preservação da moralidade ou do interesse público. A partir disso, os agentes do chamado "sistema de justiça" têm atuado de maneira estratégica, com o objetivo de regular a arena política e constranger seus atores, incumbência que a Constituição Federal não lhes outorgou.

---

[19] LYNCH, Christian Edward Cyril. Ascensão, fastígio e declínio da "Revolução. Judiciarista". *Insight Inteligência*, n. 79, out./nov./dez. 2017, p. 158–168.

O Partido dos Trabalhadores foi alvo, junto de outros partidos, de operação denominada Lava-Jato, que investigava um colossal sistema de corrupção e desvio de dinheiro da Petrobrás, empresa estatal brasileira, em regime de economia mista, que é a maior produtora de petróleo do país.

Num contexto de crise política severa e também de crise econômica, a ex-presidenta Dilma Rousseff teve instaurado, em dezembro de 2015, seu processo de *impeachment*. Poucos meses após, o ex-juiz Sergio Moro, responsável por julgar todos os casos da Operação Lava-Jato, e que também investigava suposto enriquecimento ilícito de Lula, grampeou os telefones do ex-presidente, tendo interceptado telefonema entre Lula e Dilma Rousseff, à época chefe do executivo federal brasileiro. Sergio Moro autorizou a divulgação de gravações telefônicas entre o Lula e Dilma, na qual ajustavam a nomeação de Lula ao cargo de Ministro de Estado, provocando verdadeira polvorosa na sociedade brasileira.[20] A decisão de Moro de divulgar as conversas telefônicas da Presidenta da República careceu de motivação jurídica, tendo ocorrido com o intuito de mobilizar opinião pública contra as pessoas envolvidas no telefonema.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a conduta de Moro, declarou a inconstitucionalidade e ilegalidade da decisão, destacando que o então magistrado desrespeitou regras de competência, pois Dilma Rousseff, caso viesse a ser investigada, possuía foro por prerrogativa de função. Afirmou ainda que Moro violou o direito fundamental à privacidade e de sigilo garantido na Constituição Brasileira e que ele infringiu a Lei nº 9.296/96, que determina que qualquer gravação sem utilidade para investigação criminal deve ser descartada.[21] Em que pese a declaração de ilegalidade da conduta de Moro, os efeitos políticos e midiáticos da decisão foram grandes e impassíveis de reversão por ordem judicial.[22]

Sergio Moro se desculpou ao Supremo Tribunal Federal.[23] Contudo, seu manejo da opinião pública nos casos em que era responsável foi condizente com suas próprias convicções. Em artigo acadêmico de sua autoria escrito e publicado anteriormente, acerca da Operação italiana *Mani Pulite*, o então magistrado enfatizava que "é ingenuidade pensar que processos criminais eficazes contra figuras poderosas, como autoridades governa-

---

20 MEYER, Emilio Peluso Neder. Judges and courts destabilizing constitutionalism: The Brazilian Judiciary Branch's Political and Authoritarian Character. *German Law Journal*, v. 19, n. 4, 2018.

21 Medida Cautelar na Reclamação 23.457/PR.

22 MEYER, Emilio Peluso Neder. Judges and courts destabilizing constitutionalism: The Brazilian Judiciary Branch's Political and Authoritarian Character. *German Law Journal*, v. 19, n. 4, 2018.

23 AGÊNCIA BRASIL. Moro pede desculpas ao STF por divulgar conversa de Lula e Dilma. Publicado em 29/03/2026. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-03/moro-admite--ao-stf-equivoco-ao-divulgar-conversa-de-lula-e-dilma. Acesso em: 25 abr. 2021

mentais ou empresários, possam ser conduzidos normalmente, sem reações". Frisava que a opinião pública "como ilustra o exemplo italiano, é também essencial para o êxito da ação judicial".[24]

Alguns dias depois de Sergio Moro liberar ilegalmente as conversas, em 16 de março de 2016, Dilma Rousseff indicou Lula como Ministro Chefe da Casa Civil de seu governo. A nomeação de Lula foi suspensa por decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, poucas horas depois, numa interferência inédita do Poder Judiciário na atuação da Chefe do Executivo, o que se deu sob a tutela da "moralidade" e do "interesse público".[25]

A principal tentativa de reorganização do governo Dilma foi alvo de ataques políticos por membros do sistema de justiça que contavam, à época, com grande popularidade. Dilma não era ré em qualquer ação penal. Naquele momento, tampouco era seu predecessor. Ainda assim, foram alvos de medidas estratégicas, cujo efeito midiático também foi calculado. Perry Anderson sintetiza que o grupo de procuradores de Curitiba "recorreu a vazamentos e histórias plantadas na imprensa para interferir no devido processo legal, de modo que seus alvos fossem condenados pela opinião pública."[26]

Entre escândalos de corrupção envolvendo integrantes do seu partido, num cenário de crise econômica, Dilma perdeu seus aliados e foi retirada do cargo após julgamento no Senado Federal. Embora nunca tenha sido ré na Operação Lava-Jato, foi alvo político da investigação, que se esforçou para a destruição de sua imagem.

Além dos ataques promovidos contra a então chefe do Executivo, ações desprovidas de fundamentos jurídicos foram propostas com a intenção de provocar repercussões políticas e midiáticas. Decisões judiciais expressamente contrárias ao texto da Constituição foram tomadas para tirar políticos do circuito ou, ao menos, para provocar dano ao seu capital político. Outros exemplos desta interferência ilegítima não faltam.

Em 2015 o Senador Delcídio do Amaral (PT) foi preso sem a ocorrência de flagrante delito e tampouco de crime inafiançável, o que é vedado pela Constituição de 1988.[27] Foi o primeiro caso de prisão de um Senador durante o exercício do mandato.[28]

---

24 MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. *R. CEJ*, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul/set 2004.

25 Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.070 e 34.071.

26 ANDERSON, Perry. *Brasil à parte*: 1964-2019. São Paulo: Boitempo. p. 138.

27 AC n° 4.039/DF.

28 SENADO FEDERAL. Delcidio do Amaral foi o primeiro Senador a ser preso no exercício do mandato. Publicado em 10/05/2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2016/05/

O Supremo Tribunal Federal decidiu, em dezembro de 2016, afastar o Senador Renan Calheiros (MDB) do cargo. A principal razão para o afastamento foi o fato de que por ser réu, Renan Calheiros não poderia estar na linha sucessória à Presidência da República. A referida previsão não consta expressamente no texto da Constituição,[29] e o Supremo Tribunal Federal não aplicou a mesma lógica a todos os ocupantes posteriores do cargo.

Em 2017 o Senador Aécio Neves (PSDB) foi afastado do cargo a partir de uma liminar deferida monocraticamente pelo Ministro Edson Fachin.[30] Ao expor suas razões de voto, em decisão na Primeira Turma, o Ministro Luiz Fux disse que Aécio deveria se licenciar do mandato para provar sua inocência, adicionando que "já que ele não teve esse gesto de grandeza, nós vamos auxiliá-lo a pedir uma licença para sair do Senado Federal, para que ele possa comprovar à sociedade a sua ausência de culpa".[31]

Além das interferências no Parlamento, ações "estratégicas" que visavam interferir na opinião pública na véspera das eleições também chamam a atenção. Em setembro de 2018, poucas semanas antes das eleições, o ex-governador e então candidato ao Senado Beto Richa (PSDB) foi preso preventivamente por supostos fatos ocorridos entre os anos de 2012 e 2014.[32] Embora liderasse as intenções de voto, Beto Richa não logrou êxito na contenda eleitoral daquele ano.[33]

O referido modus operandi prosseguiu durante a tramitação das ações penais contra o ex-presidente Lula. Antes mesmo de virar réu, Lula foi alvo de condução coercitiva,

---

delcidio-do-amaral-foi-o-primeiro-senador-a-ser-preso-no-exercicio-do-mandato. Acesso em: 20 maio 2021.

29 Segundo Lênio Streck, "A Constituição estabelece no artigo 86 que somente o presidente da República é que deve ser afastado do cargo caso vire réu em ação penal comum perante o STF durante o exercício do cargo. No caso, o STF fez uma superinterpretação (sobreinterpretação) do texto. (...) O que quero dizer é que a Constituição fala em perda de cargo no caso do presidente da República que vire réu. A analogia, neste caso, é construção de um novo texto. Uma emenda constitucional. *CONJUR.* STRECK, Lênio. Não há previsão constitucional para o afastamento de Renan. Publicado em 06/12/2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/streck-nao-previsao-constitucional-afastamento-renan. Acesso em: 12 maio 2021.

30 AC nº 4327.

31 CONJUR. Supremo determina que Aécio Neves seja afastado do Senado. Publicado em 26/09/2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-set-26/supremo-determina-aecio-neves-seja-afastado-senado. Acesso em: 12 maio 2021..

32 AC nº 0024228-52.2018.8.16.0013.

33 EL PAÍS. Beto Richa, ex-governador do Paraná e candidato ao Senado, é preso em Curitiba. Publicado em 28/09/2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/11/politica/1536663907_385738.html. Acesso em: 12 maio 2021.

tendo sido levado à força para depor numa sala do aeroporto de Congonhas,[34] sem antes ter recebido convite ou intimação. Amplamente televisionada, a condução coercitiva se mostrou como tentativa de espetacularização do processo criminal, com a visível tentativa dos membros da Operação Lava-Jato (acusadores e o juiz) em provocar efeitos não previstos na legislação, como o desgaste da imagem e perda de capital político do alvo da medida.[35] Posteriormente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal viria a declarar inconstitucional a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório.[36]

Quando Lula foi formalmente acusado, houve a convocação de uma coletiva de imprensa pelos procuradores da Força Tarefa da Operação Lava-Jato. Na ocasião, os procuradores se utilizaram de um arquivo *Powerpoint*, que apontava Lula como "comandante máximo" de uma organização criminosa,[37] novamente com enorme repercussão midiática.

O ex-presidente foi condenado à 9 anos e meio de prisão em junho de 2017 por ter supostamente recebido um apartamento de uma empreiteira, que concentraria um enriquecimento ilícito de aproximadamente 3,7 milhões de reais.[38] Sua apelação foi julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em velocidade recorde.[39] O TRF-4 manteve a condenação e majorou sua pena. Em razão de mudança de interpretação ocorrida em 2016, o Supremo Tribunal Federal passou a determinar que prisões ocorressem após julgamento em segunda instância, contrariando regra constitucional prevista textualmente.[40] Isso pos-

---

34 VEJA. Lula depõe na sala da presidência em Congonhas. Publicado em 04/03/2016. Disponível em: https://veja.abril.com.br/blog/radar/lula-depoe-na-sala-da-presidencia-em-congonhas/. Acesso em: 24 abr. 2021.

35 Sobre o tema, Antônio Carlos de Almeida Castro comentou: "(...) A condução coercitiva do ex-presidente não precisaria ter ocorrido e demonstra a busca dos investigadores pelos holofotes da imprensa. Acho, infelizmente, que a condução coercitiva foi desnecessária. Isso vem dentro desse modus operandi de espetacularização do processo. O ex-presidente Lula tem um grande advogado constituído, poderiam ter entrado em contato com ele, mas a opção é a espetacularização". Condução de Lula para depor foi ilegal e espetacularizada. *CONJUR.* Publicado em 04/03/2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/conducao-lula-foi-ilegal-espetacularizada-dizem-advogados. Acesso em: 23 mar. 2021.

36 ADPF 395 e ADPF 444.

37 ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare*: Uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 116.

38 Ação penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000.

39 **FOLHA DE S. PAULO**. Recurso de Lula foi o que chegou mais rápido à segunda instância. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/08/1912821-recurso-de-lula-foi-o-que-mais-rapido-chegou-a-2-instancia.shtml. Acesso em: 23 abr. 2021.

40 O rol de direitos fundamentais da Constituição Federal consagra a presunção de inocência, nos termos do art. 5º, LVII, que prevê que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença

sibilitou o encarceramento de Lula e outras milhares de pessoas injustamente atingidas pela atividade hermenêutica de viés punitivo.

Mesmo preso, o Partido dos Trabalhadores decidir lançar Lula como candidato à Presidência da República nas eleições de 2018. As pesquisas apontavam que ele liderava as intenções de voto.[41] Sua candidatura à presidência foi alvo de 16 impugnações, entre elas do Ministério Público (pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge), pelo Partido Novo e pelo Partido Social Liberal, ao qual Jair Bolsonaro pertencia. Segundo Santoro e Tavares, o julgamento da impugnação à candidatura de Lula foi marcado por grande simbolismo, eis que agendado no dia em que o impedimento de Dilma Rousseff fizera 2 anos.[42] Lula, pelo fato de estar condenado por órgão judicial colegiado, foi impedido de se candidatar, o que ocorreu a partir de aplicação de dispositivo expresso da Lei Complementar nº 64/1990, a Lei das Inelegibilidades, com as modificações promovidas pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/10).

Com o indeferimento do registro de candidatura, Lula foi substituído por Fernando Haddad na disputa eleitoral. Jair Bolsonaro foi eleito Presidente, com mais de 57 milhões de votos e 55% dos votos válidos. A disputa eleitoral se deu de maneira bastante atribulada, com o episódio do atentado ao candidato e com evidentes efeitos da interferência de membros do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Quatro dias após a vitória de Jair Bolsonaro nas urnas, Sergio Moro, juiz federal responsável pela Operação Lava-Jato, pela instrução processual e pela condenação do ex-presidente Lula que o tirou da disputa eleitoral, foi anunciado Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Governo Bolsonaro.[43] Afastado da magistratura, Moro permaneceu no ministério até abril de 2020, quando pediu demissão, ao denunciar suposta interferência do Presidente Bolsonaro na Polícia Federal.[44] Após, virou advogado e se associou à em-

---

penal condenatória." BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

41 G1. Pesquisa Datafolha: Lula, 39%; Bolsonaro, 19%; Marina, 8%; Alckmin, 6%; Ciro, 5%. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-lula-39-bolsonaro-19-marina-8-alckmin-6-ciro-5.ghtml. Acesso em: 24 abr. 2021.

42 SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. *Lawfare brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021. p. 163

43 G1. Moro aceita convite de Bolsonaro para comandar o Ministério da Justiça. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/11/01/moro-aceita-convite-de-bolsonaro-para-comandar-o-ministerio-da-justica.ghtml. Acesso em: 24 abr. 2021.

44 VALOR ECONÔMICO. Moro pede demissão e revela 'interferência política' de Bolsonaro sobre a Polícia Federal. Disponível em: https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/04/24/moro-pede-demisso-e--anuncia-sada-do-governo-s-11h.ghtml. Acesso em: 24 abr. 2021.

presa responsável pela Administração Judicial da Odebrecht, empreiteira que foi um dos principais alvos da Operação Lava Jato.[45]

Em 9 de junho de 2019, o periódico *The Intecept Brasil* divulgou uma série de reportagens contendo troca de mensagens entre os envolvidos na Operação Lava-Jato, incluindo conversas entre o chefe da Força Tarefa e o ex-juiz Sergio Moro.[46] Obtidas a partir da atuação de *hackers*, no que ficou conhecido como "Vaza Jato", as mensagens foram objeto de operação da Polícia Federal ("Operação Spoofing"), cujo teor foi tornado público por decisão do Ministro Ricardo Lewandowski, do STF. O documento revela que o ex-juiz orientava os procuradores acerca da instrução probatória; que, acusadores e o juiz combinaram travar a nomeação do ex-presidente ao cargo de Ministro Chefe da Casa Civil; que os membros da Lava-Jato e o ex-juiz visavam reformar o sistema político; que os próprios procuradores consideravam a denúncia apresentada frágil; que o juiz e procuradores comemoraram conjuntamente o protocolo da denúncia; dentre ofensas ao ex-presidente e outros investigados.

Em 7 de novembro de 2019, o STF alterou novamente sua interpretação acerca do cumprimento antecipado da pena privativa de liberdade como efeito da condenação em segunda instância, passando a proibi-la.[47]

Em 15 de abril de 2021, o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a incompetência territorial da 13ª Vara Federal de Curitiba, na qual tramitava a ação penal que impediu Lula de ser candidato à presidência, anulando, assim, a condenação criminal do ex-presidente.[48]

Antes disso, em 23 de março de 2021, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal havia declarado Sergio Moro suspeito. A questão voltou a ser apreciada pelo Plenário do STF em 22 de abril de 2021, quando a maior parte dos Ministros confirmou o julgamento da turma.[49]

---

45 VALOR ECONÔMICO. Justiça proíbe Odebrecht de pagar empresa a qual Moro é associado. Publicado em 19/03/2021. Disponível em: https://valor.globo.com/politica/noticia/2021/03/19/justica-proibe-odebrecht-de-pagar-empresa-a-qual-moro-e-associado.ghtml. Acesso em: 24 abr. 2021.

46 THE INTERCEPT BRASIL. As mensagens secretas da Lava-Jato. Publicado em 09/06/2019. Disponível em: https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/. Acesso em: 25 abr. 2021.

47 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade 43, 44 e 54.

48 Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 193.726.

49 Sete ministros votam pela manutenção da declaração de suspeição do ex-juiz Sérgio Moro. *SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. Sete ministros votam pela manutenção da declaração de suspeição do ex-juiz Sérgio Moro. Publicado em 22/04/2021. Disponível em http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464602&ori=1. Acesso em: 24 abr. 2021.

Observa-se, assim, que, nos anos que sucederam a prisão e o impedimento de Lula em ser candidato, a interpretação que determinou sua prisão foi alterada; o juízo onde foi processado foi declarado territorialmente incompetente; e o juiz responsável pela instrução e consequente condenação foi considerado suspeito.

A atuação irregular e articulada de membros do "sistema de justiça", acusadores e julgadores, em descompasso com preceitos do direito processual penal e de garantias constitucionais básicas, influenciaram na derrubada de um governo e influenciaram no processo eleitoral subsequente, cerceando uma figura política relevante de se candidatar, cerceando, também, o povo de contar com mais uma possibilidade nas urnas.

Isso ocorreu a partir do desenvolvimento de uma série de estratégias, que levaram em conta aspectos territoriais, mediante atuação de juízo extremamente favorável; com interceptações dos telefones dos advogados de defesa; de medidas judiciais que buscavam promover efeitos políticos e midiáticos, muitas delas amplamente televisionadas. Tais medidas por vezes suplantaram regras e princípios jurídicos, com objetivo claro de enfraquecer politicamente seu inimigo declarado, mas numa guerra não declarada, potencializando a crise democrática brasileira.

## 3 AS ARMAS E OS ESPÓLIOS DA GUERRA: POPULISMO E LEGALIDADE AUTORITÁRIA

Dentro deste cenário de guerra jurídica declarada, observou-se denúncias em nível político e relevante produção acadêmica acerca do *lawfare*, expressão que anteriormente era utilizada no âmbito do direito militar, do direito penal internacional e da teoria crítica, notadamente na filosofia jurídica e na antropologia.

Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Martins e Rafael Valim sustentam que o *lawfare*, de modo semelhante ao que ocorre nas guerras tradicionais, apresenta "dimensões estratégicas", como a geografia, o armamento e as externalidades.[50]

Como observado, a atuação estratégica na cruzada dos acusadores leva em conta uma série de fatores, inclusive geográficos. Há, em grande parte das vezes, escolha do "campo de batalha". A metáfora do campo de batalha é compreendida como uma possível busca por foros favoráveis à acusação (como se isto fosse uma faculdade), no qual a jurisprudência dominante e a utilização de certas técnicas se mostram mais favoráveis aqueles

[50] ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare*: Uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 41.

que articulam o *lawfare*. Isto é possível porque as regras processuais de competência do juízo são "frequentemente manipuladas ou subvertidas com a finalidade de facilitar o uso, também manipulado, do armamento, isto é, das normas jurídicas empregadas na guerra jurídica." Noutras palavras, os acusadores buscam atuar onde há maior probabilidade de conseguirem as condenações almejadas, em burla ao princípio constitucional do juiz natural.

Além disso, é possível perceber a utilização de "armamento" comum na prática do *lawfare*. Isso diz respeito aos mecanismos mais adequados para enfrentamento do inimigo. Na guerra jurídica, o armamento se faz representar pelo ato normativo escolhido para atacar o inimigo, ou, ainda, pela norma jurídica indevidamente extraída pelo intérprete do texto legal. Ganham destaque, assim, os diplomas legais anticorrupção, bem como a legislação relativa à segurança nacional. Exemplos de armamentos utilizados no Brasil, principalmente nos casos citados, são a Lei da Ficha Limpa e a Lei de Organização Criminosa.

A Lei nº 12.850/2013, também conhecida por Lei de Organização Criminosa, inaugurou a utilização do instituto da delação premiada e de mecanismos invasivos, como a infiltração de agentes e a ação controlada. Apresenta conceitos vagos, o que se mostra incompatível com a legalidade estrita necessária aos tipos penais. O dispositivo referente à obstrução de justiça, por exemplo, é comumente utilizado para justificar prisões cautelares e a condenação dos acusados. Mais do que isso, é utilizado para conseguir acordos de colaboração premiada, com objetivo de confirmar a hipótese acusatória.[51]

A Lei de Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), de origem e tramitação questionáveis,[52] também é comumente manuseada de maneira estratégica e ilegítima, porquanto possibilita que pessoas condenadas por órgão colegiado do Poder Judiciário sejam impedidas de concorrer às eleições. Foi o que aconteceu no caso do ex-presidente Lula, que teve o registro de candidatura indeferido pelo Tribunal Superior Eleitoral nas eleições presidenciais de 2018.[53]

Segundo Antonio Eduardo Ramires Santoro e Natália Lucero Frias Tavares, as leis com tipificação aberta favorecem a prática do *lawfare*. Indicam que a citada Lei nº 12.850/2013 permite adequar situações comezinhas ao conceito legal de organização criminosa. A introdução de artigos no Código Penal pela Lei nº 14.197/2021 tipificando condutas contra as ins-

---

51 ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare*: Uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 50.

52 Cf. SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do Legislativo ao Judiciário: a LC C135/10 ("Lei da Ficha Limpa"), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013.

53 ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare:* Uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 51.

tituições democráticas também parece padecer do mesmo problema. Além disso, os autores indicam que a aplicação do instituto da colaboração premiada vem, na prática, envolvendo o enquadramento de agremiações, partidos ou coligações políticas no conceito de "organização criminosa", o que possibilita o uso político, por parte dos acusadores, dos conceitos e instrumentos jurídicos de organização criminosa e colaboração premiada.[54]

A abertura dos tipos penais permite que os acusadores desenvolvam táticas a partir dos "armamentos" citados. A primeira tática que pode ser destacada é a apresentação de denúncias sem materialidade (*frivolous charges*) ou denúncias sem justa causa.[55] É possível concluir que, além de um julgamento injusto, que pode ou não se confirmar, a referida tática visa o desgaste dos inimigos, a destruição de sua imagem e capital político perante a opinião pública, com julgamento pelos "tribunais" da mídia e da sociedade.

Outra tática própria do *lawfare* relativa ao "armamento" diz respeito à utilização de prisões preventivas para obtenção de acordos de colaboração premiada. As prisões, notadamente aquelas de natureza cautelar, deveriam ser reservadas exclusivamente aos casos em que exista prova de que a liberdade do indivíduo colocará a sociedade ou a instrução do processo criminal em risco. Há, contudo, uma utilização abusiva dos referidos institutos, que servem de instrumento para esvaziar o direito à defesa e obrigar o acusado a "colaborar".

A mídia exerce papel fundamental no *lawfare* e atua de modo auxiliar à batalha judicial, alimentando suspeitas acerca dos inimigos eleitos, com a finalidade de retirar sua credibilidade e, assim, ocultar a falta de materialidade das acusações. A prática do *lawfare* carece que os julgamentos ocorram, também, na esfera midiática (*trial by media)*, a partir da exploração jornalísticas das suspeitas lançadas pela acusação, o que serve para a estigmatização do inimigo. A mídia pode pressionar julgadores e a própria sociedade quanto ao resultado de determinados julgamentos, a partir de campanhas em prol da perseguição política.[56]

Para Arantxa Tirado, a articulação entre a mídia, o Poder Judiciário e o Poder Econômico consiste em característica sempre presente nos casos de "guerra jurídica assimétrica", ao passo que é essencial que o propósito de minar o crédito público dos personagens sob escrutínio.[57]

---

54 SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. *Lawfare brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021. p. 40.

55 ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare*: Uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 78-80.

56 ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare*: Uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 54-57.

57 TIRADO, Arantxa. *El lawfare:* Golpes de Estado en nombre de la ley. Madrid: Akal, 2021. Edição Kindle, posição 1063.

O *lawfare* conta, essencialmente, com dimensões estratégicas que se assemelham à guerra. O Direito é manuseado de maneira simplesmente instrumental, livre do seu conteúdo constitucional, servindo de arma para que acusadores e julgadores façam valer seus interesses pessoais, econômicos, de classe e políticos. Seu uso cotidiano, acompanhado de uma retórica de combate à corrução e de defesa da moralidade, acaba por promover um ambiente de permissibilidade para o uso do Direito contra os direitos, contra os princípios do Estado Democrático, contra os valores constitucionais.

Um efeito colateral do *lawfare* intenso que tomou conta do cenário brasileiro foi o surgimento de uma nova onda de populismo, que foi além dos tradicionais espaços do Poder Executivo, do Poder Legislativo e da luta político-eleitoral para atingir o Poder Judiciário. Já não são raras as decisões judiciais que admitem de maneira explícita o abandono do texto constitucional ou do texto legal para a realização da sua percepção de justiça.[58]

O perigo de um judicialismo populista é a destruição do sistema de freios e contrapesos, do desaparecimento de uma barreira de contenção aos arroubos populistas dos poderes que retiram sua legitimidade diretamente da decisão popular e que, por isso mesmo, são mais atraídos por uma retórica de ressonância do sentimento do povo. Se integrantes do Poder Judiciário resolvem "administrar a Justiça" no lugar de aplicar ao Direito, não há mais *rule of law*.

O compromisso com o direito posto, com a Constituição democrática, é imprescindível para frear o avanço de uma normativa que cada vez mais flerta abertamente com instrumentos e valores autoritários. Frear o *lawfare*, instrumento de corrosão do direito democrático, reconhecendo sua potencialidade para o enfraquecimento dos valores constitucionais, torna-se essencial para recuperar o potencial emancipador da Constituição de 1988.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: PELA RECUPERAÇÃO DO CARÁTER ADVERSARIAL DA POLÍTICA E DO DIREITO

A análise do *lawfare* é uma análise da exceção jurídica. As condutas que assim se classificam levam em conta, necessariamente, o tratamento de inimigo a pessoas, grupos, partidos ou entidades. Esses inimigos são enfrentados dentro processos judiciais ou administrativos, nos quais os direitos fundamentais de contraditório, ampla defesa, juiz natural, presunção de inocência e outros existem como mero simulacro. Preserva-se a forma, mas não seu conteúdo. Para legitimar atitudes arbitrárias, muitas vezes os agentes do Ministério

[58] SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 117, p. 193-217, 2018.

Público e do Poder Judiciário buscam respaldo em figuras extrajurídicas, como os interesses do mercado ou a moralidade.

Busca-se impedir, assim, que determinados indivíduos, grupos, partidos ou entidades participem da arena política, utilizando-se, inclusive, de prisões ilegais, se necessário. A compreensão do *lawfare* em sua dimensão política ajuda a explicar parte significativa da crise da democracia brasileira, que foi desestabilizada, também, pela forma como o Direito foi manuseado, sobretudo no que tange à macropolítica.

É necessário, assim, investigar o que precede o *lawfare*: as permanências autoritárias do regime militar e aposta nos poderes no Poder Judiciário e no Ministério Público como responsáveis pela efetividade da Constituição. Também é importante investigar a racionalidade neoliberal que guia parte dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, além de refletir sobre sua formação e recrutamento. Isso é necessário na medida em que uma breve incursão sobre o tema revela a complexidade do referido fenômeno multifatorial, o qual permite uma captura ilegítima da política por agentes não eleitos, os quais utilizam de saídas morais e discursivas para justificar uma interferência abusiva no processo democrático, com forte apoio midiático.

A recuperação do caráter adversarial da política é passo essencial para superação da crise democrática e enfrentamento da utilização ilegítima dos mecanismos jurídicos por agentes estatais para derrotar inimigos declarados por motivos políticos, de classe, gênero ou preferência ideológica distinta, a qual é ora classificada como *lawfare*. Trata-se, portanto, de resgatar o sentido político da Constituição de 1988 ou, em outras, palavras, de resgatar a democracia que o Brasil se dedicou a construir, na qual a arena política é o principal espaço de tomada de decisões da República e no qual os agentes públicos estão absolutamente submetidos aos preceitos jurídico-constitucionais.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL**.** Moro pede desculpas ao STF por divulgar conversa de Lula e Dilma. Publicado em 29/03/2026. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-03/moro-admite-ao-stf-equivoco-ao-divulgar-conversa-de-lula-e-dilma Acesso em: 25 abr. 2021.

ANDERSON, Perry. *Brasil à parte*: 1964-2019. São Paulo: Boitempo, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CARLSON, John; YEOMANS, Neville. Whither Goeth the Law - Humanity or Barbarity. In: SMITH, M.; CROSSLEY, D. *The Way Out* - Radical Alternatives in Australia**.** Melbourne: Lansdowne Press, 1975.

COMAROFF, John L.; COMAROFF, Jean. *Law and Disorder in the Postcolony.* Chicago: University of Chicago Press, 2006.

CONJUR. Publicado em 04/03/2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/conducao-lula-foi-ilegal-espetacularizada-dizem-advogados. Acesso em: 23 mar. 2021.

CONJUR. STRECK, Lênio. Não há previsão constitucional para o afastamento de Renan. Publicado em 06/12/2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/streck-nao-previsao-constitucional-afastamento-renan. Acesso em: 12 maio 2021.

CONJUR. Supremo determina que Aécio Neves seja afastado do Senado. Publicado em 26/09/2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-set-26/supremo-determina-aecio-neves-seja-afastado-senado. Acesso em: 12 maio 2021.

DUNLAP JR, Charles J. "Does *lawfare* needs an apologia?" *Case Western Reserve Journal of International Law.* Cleveland. v. 43, n. 2, 2010.

DUNLAP JR, Charles J. Law and military interventions: Preserving humanitarian values in 21st Century. Apresentação de trabalho. Cambridge. Harvard University. *Anais…* 2001.

EL PAÍS. Beto Richa, ex-governador do Paraná e candidato ao Senado, é preso em Curitiba. Publicado em 28/09/2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/11/politica/1536663907_385738.html. Acesso em: 12 maio 2021.

FOLHA DE S. PAULO. Recurso de Lula foi o que chegou mais rápido à segunda instância. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/08/1912821-recurso-de-lula-foi-o-que--mais-rapido-chegou-a-2-instancia.shtml. Acesso em: 23 abr. 2021.

G1. Moro aceita convite de Bolsonaro para comandar o Ministério da Justiça. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/11/01/moro-aceita-convite-de-bolsonaro-para-comandar-o-ministerio-da-justica.ghtml. Acesso em: 24 abr. 2021.

G1. Pesquisa Datafolha: Lula, 39%; Bolsonaro, 19%; Marina, 8%; Alckmin, 6%; Ciro, 5%. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-lula-39-bolsonaro-19-marina-8-alckmin-6-ciro-5.ghtml. Acesso em: 24 abr. 2021.

HUGHES, David. What does *lawfare* mean? *Fordham International Law Journal.* Nova Iorque. v. 40, n. 1. 2016.

KITTRIE, Orde. *Lawfare:* Law as weapon of war. New York: Oxford University Press, 2016.

LA REUX, Michelle. DAVIS, Dennis. *Lawfare:* Judging politics in South Africa. Johannesburg: Jonathan Ball Publishers, 2019.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Ascensão, fastígio e declínio da "Revolução. Judiciarista". *Insight Inteligência*, n. 79, out./nov./dez. 2017, p. 158–168.

MATHIAS, Flávio Moreira. *Operações Baseadas em Efeitos (OBE)*: Reflexões para a doutrina mi-

litar terrestre. Tese (Doutorado). Escola de Comando e Estado Maior do Exército. Rio de Janeiro, 2011. 218 f.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Judges and courts destabilizing constitutionalism: The Brazilian Judiciary Branch's Political and Authoritarian Character. *German Law Journal*, v. 19, n. 4, 2018.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. *R. CEJ,* Brasília, n. 26, p. 56-62, jul/set 2004.

SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do Legislativo ao Judiciário: a LC C135/10 ("Lei da Ficha Limpa"), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional,* Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 117, p. 193-217, 2018.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. *Lawfare brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

SENADO FEDERAL. Delcidio do Amaral foi o primeiro Senador a ser preso no exercício do mandato. Publicado em 10/05/2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2016/05/delcidio-do-amaral-foi-o-primeiro-senador-a-ser-preso-no-exercicio-do-mandato. Acesso em: 20 maio 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sete ministros votam pela manutenção da declaração de suspeição do ex-juiz Sérgio Moro. Publicado em 22/04/2021. Disponível em http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464602&ori=1. Acesso em: 24 abr. 2021.

THE INTERCEPT BRASIL. As mensagens secretas da Lava-Jato. Publicado em 09/06/2019. Disponível em: https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/. Acesso em: 25 abr. 2021.

TIEFENBRUN, Susan. The semiotic definition of *lawfare*. *Case Western Reserve Journal of International Law***.** Cleveland. v. 43. jun 2011.

TIRADO, Arantxa. *El lawfare*: Golpes de Estado en nombre de la ley. Madrid: Akal, 2021. Edição Kindle, posição 1063.

VALOR ECONÔMICO. Justiça proíbe Odebrecht de pagar empresa a qual Moro é associado. Publicado em 19/03/2021. Disponível em: https://valor.globo.com/politica/noticia/2021/03/19/justica-proibe-odebrecht-de-pagar-empresa-a-qual-moro-e-associado.ghtml. Acesso em: 24 abr. 2021.

VALOR ECONÔMICO. Moro pede demissão e revela 'interferência política' de Bolsonaro sobre a Polícia Federal. Disponível em: https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/04/24/moro-pede--demisso-e-anuncia-sada-do-governo-s-11h.ghtml. Acesso em: 24 abr. 2021.

VANGUARDIA DIGITAL. GARGARELLA, Roberto. La liberación de Lula evidencia que ele *lawfare* es una tonteria. Publicado em 12/03/2021. Disponível em: http://www.lavanguardiadigital.com.ar/index.php/2021/03/12/roberto-gargarella-la-liberacion-de-lula-evidencia-que-el-lawfare-es--una-tonteria/. Acesso em: 15 abr. 2021.

VEJA. Lula depõe na sala da presidência em Congonhas. Publicado em 04/03/2016. Disponível em: https://veja.abril.com.br/blog/radar/lula-depoe-na-sala-da-presidencia-em-congonhas/. Acesso em: 24 abr. 2021.

ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare*: Uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019.

Capítulo 9

# A RETÓRICA SOBRE A "DEMOCRACIA RACIAL" E AS ESTRATÉGIAS DE MORDAÇA E CENSURA NAS ESCOLAS

*Paulo Vinicius Baptista da Silva*[1]

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. A PROPOSIÇÃO DO BRASIL COMO CADINHO DAS RAÇAS E O SURGIMENTO DA RETÓRICA DA DEMOCRACIA RACIAL; 2. AS POLÍTICAS AFIRMATIVAS E OS ESPAÇOS SOCIAIS RACIALIZADOS NO BRASIL; 3. O REVIDE CONSERVADOR E O CERCEAMENTO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE PROFESSORAS E PROFESSORES; 4. ALGUMAS CONCLUSÕES

## INTRODUÇÃO

Neste artigo colocamos o foco no desenvolvimento da retórica, no Brasil, sobre o "mito da democracia racial"[2], que atuou e atua como forma de dissimulação e reificação das desigualdades entre brancos de um lado, negros e indígenas de outro, dificultando o acesso de bens simbólicos e materiais a esses grupos étnico-raciais. Argumentamos também que o imaginário sobre o branqueamento, a retórica de um país miscigenado e o "mito da democracia racial" fazem parte de um processo, centenário e supranacional, de racialização de negros e indígenas, que atua estruturando as relações entre os grupos de raça/cor e a relação entre pares, criando e sustentando hierarquias de raça/cor.

---

1 Pesquisador CNPQ; Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros (NEAB), Programa de Pós-Graduação em Educação (PPGE) e Superintedência de Inclusão, Políticas Afirmativas e Diversidade (SIPAD) da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

2 Conceito de FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. São Paulo: Dôminus, 1965.

Nos últimos anos a retórica da democracia racial que havia perdido muito espaço no debate público desde os anos de abertura, final da década de 1980, voltou a ganhar força e ser atuante na arena pública, dando sustentação a formas de ação que visam controlar as ações pedagógicas de professoras e professores que atuam para promoção de igualdade racial numa perspectiva crítica. Iniciamos a análise pela discussão sobre do contexto de produção do ideário de democracia racial brasileira.

## 1 A PROPOSIÇÃO DO BRASIL COMO CADINHO DAS RAÇAS E O SURGIMENTO DA RETÓRICA DA DEMOCRACIA RACIAL

Alguns elementos do histórico de construção da retórica da democracia racial são importantes para o desenvolvimento da análise. As doutrinas de hierarquias entre as "raças" eram conhecidas e difundidas no país desde o século XIX, tornando-se hegemônicas então. O Brasil tinha uma compreensão de si mesmo como "subdesenvolvimento" por causa da sua grande proporção de população negra. Essa leitura racista da condição de desenvolvimento do país motivou as denominadas "políticas de branqueamento" com o incentivo à imigração de europeus na segunda metade do século XIX e primeira do XX (períodos em que foram negados acesso a imigrantes negras e negros dos EUA, a chinesas e chineses e somente em 1908 o país aceitou a vinda de japonesas e japoneses). O auge da imigração se deu entre 1880 e 1900, sendo que a população branca representava 37% do total de habitantes em 1872 e passou a representar 58% da população em 1900. Imigrantes de origem europeia encontraram favoráveis condições oferecidas pelo ideário no qual eram consideradas a saída para "melhorar a raça" brasileira, usufruindo de condições ótimas de integração e tendo experimentado ao longo das décadas posteriores á sua chegada grande mobilidade social. O financiamento das viagens, as terras distribuídas, a oferta de insumos e condições de produção, o investimento em infraestrutura em especial nas regiões Sudeste e Sul onde se fixaram a maior parte de imigrantes, tiveram como resultado um aumento na desigualdade, o distanciamento entre os grupos étnico-raciais e as regiões, de forma racializada.

Especialmente após a proclamação da república (1890) e nas décadas iniciais do século XX, o discurso sobre a identidade "brasileira" se articulava com o ideário de branqueamento e se organizava em torno da ideia de um país miscigenado. Foi construída uma narrativa identitária que se afirmava e se afirma miscigenada, sendo a formação do "brasileiro" construída discursivamente como advinda do "caldeamento" entre pessoas brancas, negras e indígenas. O "elogio" à mestiçagem sempre foi uma narrativa paradoxal, pois elegeu as características de pessoas negras e indígenas que definem con-

dição de subalternidade. Pessoas brancas eram considerados "racionais" e "herdeiros da civilização". Nas narrativas os legados de indígenas eram o vigor físico e a lealdade, de pessoas negras africanas a robustez, a bondade e a fidelidade, ao passo que "do português recebemos a profunda mentalidade da família latina, beneficamente apurada pela civilização europeia[3]". A afirmação era que o amálgama dessas três raças constituía um tipo especial "generoso e forte, a que todos estão reservados os mais gloriosos destinos, e que será um poderoso factor da civilização universal[4]". Portanto, o elogio aos grupos de indígenas e negras era o colocar seu vigor físico em obediência e lealdade ao colonizador europeu. Ressaltar determinadas qualidades de indígenas e negros cumpre a função de elogio à brasilidade, vital para os ideais republicanos. Mas a hierarquia entre as raças não é de fato substituída, ela é escamoteada. A lealdade do indígena e a fidelidade do negro são submetidas ao português, cujo "predomínio é baseado na superioridade adveniente de sua civilização[5]".

Essa narrativa de caldeamento entre as raças, aliada ao ideário de branqueamento, deram suporte para as afirmações do Brasil como suposto espaço de harmonia entre os grupos raciais. A busca de uma identidade nacional se ancorou numa perspectiva racializadora, em matriz branca europeia. Os intelectuais mais influentes que escreveram propostas de compreensão da "brasilidade", como nos textos de Paulo Prado, *Retrato do Brasil*, de 1928; de Gilberto Freire, *Casa-grande & senzala*, de 1933; e de Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, de 1936[6], apresentaram proposições de um país da mestiçagem, mas numa acepção de branco como norma que assimila algumas características de "outros" negros e indígenas. A concepção hierarquizada e do branco como princípio mantêm-se íntegra e incondicional nos discursos de interpretação do Brasil.

A partir dos anos 1930, a concepção do mestiço como símbolo da identidade nacional passou a ser dominante, ao passo que as ideias sobre a harmonia entre os grupos étnico-raciais foram bastante difundidas. A obra de Gilberto Freire foi veículo importante para a difusão das ideias sobre a cordialidade nas relações raciais no Brasil. A concepção de que o Brasil era um país sem barreiras que impediam a ascensão social firmou-se internamente e foi hegemônica até os anos 1970. O país esforçou-se para divulgar esta imagem

---

3 SOUZA, V. e SOUZA, L. *Pontos de Nossa História.* Curityba: Livraria Moderna de Rocha & Velloso, 1912, p. 56.

4 Idem, p. 56.

5 Ibidem, p. 71.

6 FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala.* Brasília: DF/UnB, 1963 [1933 primeira edição].
PRADO, Paulo Prado. *Retrato do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 1997 [1928].
HOLANDA, Sérgio. B. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 1995, [1936].

no exterior, o ideário de que no Brasil as relações raciais eram cordiais, e que não existiam demarcações sociais baseadas em critérios de raça. Tal ideário foi, após a década de 1930, absorvido rapidamente na sociedade brasileira, e passou a ter uma ampla aceitação, dando lugar a construção imaginária de uma sociedade mítica na qual não haveria preconceito e discriminação racial[7].

## 2 AS POLÍTICAS AFIRMATIVAS E OS ESPAÇOS SOCIAIS RACIALIZADOS NO BRASIL

A análise sobre a discussão pública e a adoção de políticas afirmativas na educação superior brasileira ajuda a elucidar aspectos sobre como o mito da democracia racial atuou para a concentração de poder e estruturação da hegemonia branca.

Nos períodos imediatamente anteriores as reformas educacionais da primeira república foram orientadas pelo eugenismo e resultaram num sistema educacional que excluiu a negros/as, em particular do trabalho como professores. Entre 1900 e 1920 era comum a presença de docentes negros nas escolas. A partir do final dessa década observasse uma diminuição gradual de professores negros/as que literalmente "sumiram das fotos"[8]. As formas de discriminação estavam sempre presentes mas os motivos raciais negados por trás de uma aparente democracia racial. A conclusão de Dávila é contundente: "guiados pela ciência e confiantes no futuro de seu país, esses educadores forneceram ao Brasil um diploma de brancura, dando nova forma a desigualdades persistentes[9]".

Os movimentos sociais foram atuantes no país durante todo o século XX e na Convenção Nacional do Negro Brasileiro realizada em São Paulo em 1945 e Rio de Janeiro em 1946, foi apresentado uma "Manifesto à Nação Brasileira" que demandava a admissão de negros em todos os estabelecimentos de ensino superior, tanto os oficiais quanto os particulares, como pensionistas do Estado. Estas proposições foram publicadas no jornal *O Quilombo*, que circulou entre 1948 e 1950.

Essas reivindicações, no entanto, tinham repercussão mínima e as políticas públicas expressavam um período de hegemonia branca articulada à hegemonia do mito da democracia racial. Os indicadores educacionais revelam a desigualdade persistente

---

7 GUIMARÃES, Antonio Sérgio A. *Classes, raças e democracia.* São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2002, p. 139.

8 Ver DÁVILA, Jerry. *Diploma de brancura.* São Paulo: UNESP, 2006 e ver também MULLER, Maria. L. *A cor da escola:* imagens da Primeira República. Cuiabá: Ed UFMT, 2008.

9 DÁVILA, J. Op. Cit., p. 368.

entre brancos/as e negros/as no ensino fundamental[10]. Comparando os anos de estudo de alunos brancos e negros, de 1900 a 1976, com dados dos censos e PNADs, Jaccoud e Beghin encontraram uma diferença média de 2,27 anos de estudo, que pouco variou ao longo das décadas. Além disso, à medida em que se avança nas etapas de ensino, a desigualdade cresce vertiginosamente. No período de expansão da educação superior os dados revelam um processo de inegável segregação racial crescente. Em 1960 1,4% da população branca acima de 25 anos havia concluído o ensino superior, e a população negra com curso superior era somente 0,1%. Em 1999 a população branca atingiu 11,0%, ao passo que a população negra chegou a 2,6%. A diferença entre os grupos cresceu de 1,3 pontos percentuais em 1960 para 8,4 em 1999[11].

O período que é considerado como de hegemonia dos discursos que preconizam ser o Brasil uma democracia racial ou étnica, vai da década de 1940 a de 1970. Ou seja, as retóricas de suposta reciprocidade e oportunidades igualitárias, *dissimulam* as desigualdades raciais no momento mesmo em que essas se acentuam, operando socialmente para inibir a percepção das desigualdades e para estabelecer espaços sociais racialmente hierarquizados. Especialmente no caso das profissões relacionadas com formação superior que se constituem como hegemonicamente brancas.

O período da ditadura militar impôs de forma mais veemente um discurso desenvolvimentista de suposta igualdade, que se esforçava para esconder as mazelas sociais e raciais. No final do período militar, final da década de 1970, os movimentos negros se reorganizam e as pesquisas sobre desigualdades raciais voltam a ser desenvolvidas. Ganha vigor o conceito de "mito da democracia racial" formulado pelo sociólogo Florestan Fernandes[12] na década anterior. No entanto as ideias sobre democracia racial continuavam operando e hegemônicas. Nesse contexto, combater as desigualdades raciais significou lutar contra o mito da democracia racial. Os movimentos sociais e os poucos pesquisadores que se debruçavam sobre a temática focaram a explicitação das profundas desigualdades entre brancos/as e negros/as, com a correlata contestação às ideias assimilacionistas e a demonstração que a discriminação contra negros é prática cotidiana e não fato isolado na realidade brasileira.

Em 1983 o presidente do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) se recusou a autorizar a publicação de um estudo que evidenciava a discriminação contra

---

10 JACCOUD, Luciana. e BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil:* um balanço da intervenção governamental. Brasília: IPEA, 2002.

11 TELLES, Edward. *Racismo à brasileira:* uma nova perspectiva sociológica. Tradução de Nadjeda Rodrigues Marques e Camila Olsen, Rio de Janeiro: Relumé Dumará/Fundação Ford, 2003.

12 FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes.* São Paulo: USP, 1964.

negros no mercado de trabalho (o estudo foi publicado em 1985, em outra gestão do IBGE). Na década de 80 observou-se uma multiplicação de organizações, formas de atuação e reivindicações dos movimentos negros, ao mesmo tempo em que as pesquisas sobre relações raciais avançaram quantitativa e qualitativamente. No entanto, em 1991 o brasilianista Skidmore[13], ao fazer um balanço da produção acadêmica e propor uma agenda de pesquisa que atuasse no combate à discriminação, afirmou:

> O cerne da questão é que os novos fatos sobre a discriminação no Brasil ainda não registraram um impacto significativo na elite, nem nos políticos ou na comunidade acadêmica. Numa palavra, o sistema brasileiro ainda não acredita que sua sociedade tenha um problema racial. Gilberto Freire, não Florestan Fernandes, ainda domina a discussão pública sobre o assunto[14].

Nessa década de 1990 algumas mudanças passaram a se manifestar. Em 1995 ocorreu uma grande mobilização dos movimentos negros para a Marcha Zumbi dos Palmares contra o Racismo, pela Cidadania e a Vida. O pronunciamento da Presidência da República, ao receber a marcha, reconheceu que o Brasil é um país no qual a discriminação racial é vigente, estrutural e institucional.

A implantação de políticas afirmativas para negros (e indígenas) passou, a partir do final dos anos 1990, a ser reivindicada com maior intensidade. Foram importantes nesse processo os diversos eventos relacionados com a preparação para a III Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, Xenofobia e Intolerância Correlata (realizada em Durban, em 2001). Nos eventos preparatórios eclodiram com grande força as reivindicações de políticas afirmativas como forma de restituir a igualdade de oportunidades[15]. No relatório do Comitê Nacional para a preparação da participação brasileira na III Conferência uma das propostas anotadas foi a "*adoção de cotas ou outras medidas afirmativas que promovam acesso de negros às universidades públicas*[16]".

No período pós-Durban as propostas de ação afirmativa no ensino superior passaram a ser implementadas por iniciativas de gestões locais, inicialmente pelo Governo do

---

13 SKIDMORE, Thomas E. (1991) Fato e mito: descobrindo um problema racial no Brasil. *Cadernos de Pesquisa*. São Paulo, n. 79, 1991, p. 5-16.

14 Idem, p. 13.

15 SILVERIO, Valter Roberto. Políticas Raciais Compensatórias: o Dilema Brasileiro do Século XXI. *In:* SABÓIA, Gilberto V. (Org.). *Anais de Seminários Regionais Preparatório para a Conferência Mundial contra o Racismo*. Brasília: Ministério da Justiça, 2002, p. 123-137, p. 134.

16 SABÓIA, Gilberto V. (Org.). *Anais de Seminários Regionais Preparatório para a Conferência Mundial contra o Racismo*. Brasília: Ministério da Justiça, 2002, p. 123-137.

Estado do Rio de Janeiro, em 2001, em seguida por iniciativa das próprias universidades. Em 2010 um levantamento apontou que 42 (46%) universidade estaduais e 38 (54,3%) universidades federais (42%) adotavam algum formato de políticas afirmativas[17] (FERES Jr., DAFLON e CAMPOS, 2010). Esse aumento se relaciona com as estratégias do ativismo e com os resultados auferidos. O balanço dos 10 anos apontou que os bons resultados em termos de inclusão pesaram bastante. À medida que as diversas avaliações das políticas foram sendo publicadas ficaram expressos que os estudantes que ingressaram por políticas afirmativas tem rendimento, na quase totalidade de cursos e universidades, igual ou ligeiramente superior aos estudantes que ingressavam pela concorrência geral; os índices de abandono são muito menores; o perfil sócioeconômico é muito abaixo do que as universidades atendiam antes das cotas, ou seja, a inclusão social acompanha a racial; muitos dos estudantes negros/as incluídos pelas cotas foram os primeiros de suas famílias a terem acesso ao ensino superior; a diversidade racial pôde trazer a tona eventos isolados de discriminação, mas em geral faz cumprir o objetivo de melhorar a diversidade nas universidades.

Em paralelo a esse processo de discussão nas universidades e de aumento contínuo e gradativo de adoção de políticas afirmativas, o debate público sobre as políticas afirmativas para negros/as foi bastante intenso e ocupou espaço considerável na mídia. É nesse debate que iremos encontrar diversas expressões do mito da democracia racial que, mesmo deixando de ser hegemônico é o discurso formador da maioria absoluta dos atuais adultos.

No debate acadêmico pesquisadores de áreas diversas assumiram posição de críticos à adoção de políticas afirmativas para negros/as. Em artigo publicado em 2004 na prestigiada revista *Estudos Avançados* da Universidade de São Paulo (USP) a retórica da democracia racial emergiu de forma não direta. Os autores dão vazão à retórica da democracia racial por meio da reprodução de trechos de cartas de leitores de jornais, entre as quais se afirma que "estão criando um monstro que até agora não existia no país: o racismo[18]". Falta no artigo a análise sobre contexto de produção dos discursos, o formato de publicação que são as cartas de leitores, escolhidas em conformidade com as definições das linhas editoriais dos jornais.

Na nossa interpretação a estratégia é expressão de como passou a se configurar o discurso público brasileiro e o discurso acadêmico especializado. É difícil sustentar a

---

17 FERES Jr., João, DAFLON, Verônica e CAMPOS, Luiz. *Ação afirmativa no ensino superior brasileiro hoje:* análise institucional. Rio de Janeiro: GEMAA/IESP/UERJ, 2010.

18 MAGGIE, Yvonne; FRY, Peter. A reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras. *Estudos Avançados*, São Paulo , v. 18, n. 50, Abril, 2004, p. 67-80 .

afirmação contundente de que o Brasil não seria um país racista como expresso na citação, pois ganharam visibilidade e reconhecimento as situações de racismo expressas cotidianamente, tanto em suas formas implícitas ou indiretas quanto das formas diretas e violentas; tanto nas estruturas institucionais e coletivas, quanto nas relações interpessoais. Por isso os discursos de jornais, revistas, jornalismo radiofônico, televisivo e eletrônico passaram, desde os anos 1990, a evitar expressões explícitas de que o Brasil seria uma democracia racial e tratar a temática do racismo com mais cautela discursiva.

Numa outra expressão do ideário da democracia racial foi entregue no dia 30 de maio de 2006 um manifesto ao Congresso Nacional intitulado "Todos são iguais na República Democrática" cujo título faz alusão direta à suposta democracia brasileira e ao tratamento igualitário que esta promove. Ainda no palco das manifestações antagonistas às cotas, em 30 de abril de 2008 foi entregue ao então presidente do Supremo Tribunal Federal o "Manifesto de 113 Cidadãos antirracistas, contra as leis raciais." O intuito era pressionar o tribunal pela tese de inconstitucionalidade das cotas raciais nas universidades. O manifesto afirma:

> Por certo existe preconceito racial e racismo no Brasil, mas o Brasil não é uma nação racista. Depois da Abolição, no lugar da regra da "gota de sangue única", a nação brasileira elaborou uma identidade amparada na idéia anti-racista de mestiçagem e produziu leis que criminalizam o racismo. Há sete décadas, a República não conhece movimentos racistas organizados ou expressões significativa de ódio racial. O preconceito de raça, acuado, refugiou-se em expressões oblíquas envergonhadas, temendo assomar à superfície.

Na disputa judicial sobre o tema e com posições acirradas, a argumentação de afirmação da suposta democracia racial brasileira voltou a ser eloquente no manifesto que foi assinado por uma série de acadêmicos e outros personagens notórios.

Como afirmamos anteriormente, tais afirmações não se sustentam nem no plano acadêmico, pois as pesquisas arrolam centenas de dados sobre formas diversificadas de discriminação racial que povoam o cotidiano brasileiro, as relações interpessoais e as institucionais; nem no plano cotidiano, pois um observador minimamente arguto irá identificar as diversas formas de definição de espaços sociais e a complexa "etiqueta das relações raciais" que salta aos olhos.

## 3 O REVIDE CONSERVADOR E O CERCEAMENTO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE PROFESSORAS E PROFESSORES

Nos últimos anos assistimos a uma progressão de manifestações de movimentos reacionários à liberdade de ensino e ao pluralismo de concepções pedagógicas que atacam as pautas de movimentos sociais em geral e as políticas de igualdade racial em particular.

As organizações neoconservadoras organizaram estratégias de coibir, perseguir e criminalizar docentes que não repitam a visão de mundo baseada no *status quo*. Tais movimentos ultraconservadores consideram que o professor e os livros didáticos ao trazerem como conteúdo escolar as profundas desigualdades que marcam a sociedade brasileira estariam realizando "doutrinação ideológica". As propostas de educação baseadas em visão crítica da realidade social, diálogo com movimentos sociais e análise das desigualdades, especialmente as de raça, gênero e classe social, passaram a ser coibidas com estratégias diversas.

Estes movimentos se alimentam da desinformação geral para mobilizar comunidades escolares e famílias sobre temas que geram inquietude e reações emocionais. No que se refere às relações étnico-raciais no Brasil mobilizam sentidos contrários ao trabalho com elementos relativos ao racismo; as afirmações dos movimentos negros; ao ensino de história e cultura africana e afro-brasileira nas escolas; à compreensão das religiões de matriz africana.

Como detalhado neste artigo o mito da democracia racial foi hegemônico no pensamento brasileiro ao longo do século XX e passou a ser mobilizado de forma contínua e sistematizada pelos movimentos ultraconservadores. As ideias de ausência de racismo são nitidamente falsas e um sem-fim de situações concretas que provam o contrário ganhou maior visibilidade na mídia e em redes sociais. No entanto, os discursos de suposto tratamento igualitário de todas pessoas brasileiras, independente de raça/cor e a retórica de que as denúncias sobre o racismo são que causam o mesmo ganharam força em paralelo e são estratégias discursivas que atuam no campo de disputas sobre educação e sobre currículo.

O movimento negro ao se reorganizar nos anos de abertura, final da década de 1980, trazia como principal ponto de discussão o mito da democracia racial. Sem deixar de lado os dois campos principais de reivindicação política de todo o século XX, educação e identidade, centrou na discussão sobre o racismo visto que os governos da ditadura militar haviam atuado no sentido de aprofundar as ideias de um país livre do racismo e esta concepção era hegemônica em vários espaços, por exemplo nas diversas câmaras legislativas e na grande mídia corporativa. Nos anos 1990 parte da batalha de que a sociedade

brasileira conseguia se ver como sociedade estruturada no racismo foi vencida e as pautas afirmativas na educação e nas identidades ganham novamente centralidade.

Para dar um exemplo bastante elucidativo podem-se olhar os discursos da mídia corporativa. No centenário da abolição em 1988 os editoriais dos principais jornais foram muito mais comemorativos da suposta democracia racial, por exemplo o jornal *A Tarde* lançou um editorial festejando a suposta democracia racial brasileira. Do final dos anos 1990 em diante nos veículos mais expressivos estas afirmações deixam de ser expressas. No debate público sobre cotas raciais para negros nas universidades a mídia corporativa jogou um papel fundamental; a ponto da proposta defendida e em certa medida formulada pela Rede Globo, cotas para escola pública com subcotas raciais, ter sido a que prosperou. Continuaram as críticas contundentes, em grande parte da mídia corporativa, às propostas de cotas, mas sem expressão das ideias de suposta democracia racial.

No mesmo período são ativadas posições ultraconservadoras que passaram a ter maior expressão principalmente a partir de 2015. Nestas observasse o retorno à retórica da democracia racial, com expressões que ganharam maior espaço no debate público.

A frase "nosso país não tem este problema, que é criado por estes militantes" é reveladora de como estas expressões passaram a ser divulgadas. Muitas vezes a expressão é límpida no sentido de afirma que o Brasil é um lugar livre de racismo e que possibilita de forma igualitária as possibilidades a todos os grupos de raça/cor. Mas na maioria das vezes as afirmações são indiretas e usando de estratégias de manter se o mais genérica possível de fora a obnubilar as relações desiguais. As afirmações mais comuns são as que usam de normatividade branca no sentido de apagar possíveis percepções de desigualdade, como na afirma que "O Brasil dá oportunidade a todos".

No quadro de revide conservador que se tornou mais agudo a manifestação do mito da democracia racial tornou-se mais presente e voltou a ingressar os discursos da mídia corporativa, tanto pela manifestação de representantes dos próprios movimentos neoconservadores que passaram a escrever nestes veículos, quanto pela cobertura de discursos políticos, além das redes sociais de extrema direita que ganharam imenso vigor no Brasil e no mundo.

Relevante apontar que os recursos comuns ao *lawfare*, de criação e divulgação de notícias falsas (*fakenews*), informações incorretas (*misinformation*) e notícias que servem para confundir e influenciar a opinião pública (*desinformation*) são formas expressas nos discursos que criam e sustentam o mito da democracia racial ao longo de todo o período de sua expressão.

Importante destacar que as afirmações que as relações entre brancos e negros no Brasil são cordiais, que não existem barreiras sociais que impeçam a mobilidade ascendente de pessoas negras e indígenas, que não existe preconceito ou discriminação racial não tem base empírica nenhuma. Pelo contrário tanto os dados de pesquisas diversas, quanto os casos de racismo que cotidianamente povoam as redes sociais informam sobre a extensão do racismo à brasileira.

Na pesquisa, tanto as agências oficiais quanto as pesquisas realizadas em diversos espaços brasileiros, são inúmeros os dados sobre a profunda e extensa desigualdade racial e marcas do racismo no Brasil são inúmeros. Dois exemplos bastante contundentes.

Uma revisão de literatura sobre racismo nas escolas apontou que diversos estudos revelaram que o uso de estereótipos raciais, por meio de apelidos, ofensas e falas que desqualificam pessoas negras e indígenas estavam presentes nas escolas; "diversos estudos observaram nas instituições escolares situações que geram experiências de racismo, bem como expressões utilizadas para depreciar pessoas negras, qualificando-as como inferiores, violentas, indolentes, perigosas"[19]. Ao mesmo tempo trouxeram resultados que professoras e professores, equipes pedagógicas, diretoras e diretores não apresentavam instrumental para lidar com as situações de racismo e em função disto silenciavam sobre o mesmo.

No *Atlas da Violência*[20] os dados apontam que em 2018 foram 2,7 indivíduos negros mortos para cada indivíduo não negro; a taxa de homicídios de pessoas negras foi, em 2018, de 37,8 para 100 mil habitantes, de pessoas não-negras foi de 13,9; entre 2008 e 2018 os homicídios de mulheres negras aumentaram em 36,1% e de mulheres não-negras diminuíram 14,0%; no mesmo período os homicídios de pessoas negras aumentaram em 34,2%, de pessoas não-negras diminuiu em 15,4%. No *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*[21] de 2019 os dados revelam que as vítimas de violência letal foram 75,7% pessoas negras e 51,6% jovens, em 2019; que o feminicídio aumentou em 7,1% em relação ao ano anterior e 66,6% das vítimas eram negras; que as vítimas de violência contra crianças e adolescentes foram 75% negras; que a proporção de pessoas negras no sistema prisional saltou de 58,4% em 2005 para 66,7% em 2019.

---

19 SILVA, Petronilha. B. G. e ; SILVA, Paulo V. B. ; SANTOS, Nilsa M. C. ; VELOSO, Roberta R. C. . Relações étnico-raciais, racismo e etnocentrismo em pesquisa educacionais. *In:* PASSOS, Joana Celia dos; DEBUS, Eliane (Org.). *Resistências e re-existências*: desenvolvimento e cultura afro-brasileira. 1ed. Florianópolis: Atilendê, 2018, v. 1, p. 207-242.

20 BRASIL. *Atlas da Violência*. Brasília: IPEA, 2020.

21 FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. Brasília: FBSP, 2021.

Nas mídias sociais os exemplos também são abundantes. O espancamento e assassinato jovem negro numa loja do Supermercado Extra em 15 de fevereiro de 2019 e de um homem negro por seguranças no supermercado Carrefour em 19 de novembro de 2020, filmadas e amplamente noticiadas acionaram redes de protestos. Acionaram também maior visibilidade para muitos outros caso e vítimas, pelo menos desde 2009 quando um homem negro foi espancado em loja do Carrefour de Osasco, acusado de roubar o carro que era o proprietário. Em 04 de junho de 2020 o menino Miguel de 5 anos caiu de um prédio ao ser deixado pela mãe aos cuidados da patroa. Ataques racistas contra a menina Titi, então com 4 anos, fez seus pais, casal de celebridades Giovana Ewbank e Bruno Gagliasso, registrarem denúncias nas redes sociais e na polícia. Uma estudante negra foi vítima ofensas e humilhações racistas racismo numa escola particular no Rio de Janeiro, fato que ganhou ampla cobertura das mídias em maio de 2020. Um jovem *youtuber* em Brasília, em 28 de maior de 2021, foi vítima de abordagem violenta pela polícia em Brasília enquanto fazia manobras em bicicleta; a filmagem ganhou as redes sociais e as mídias. A estes casos que foram muito noticiados e ganharam destaque no debate público poderiam ser acrescentados centenas de outros; muitos que conhecemos ocorreram em anos recentes em círculo social próximo. O conjunto de informações sobre o caráter violento, sistemático e cotidiano no racismo no Brasil não deixaria margens para dúvidas em relação a sua marcante presença e seu papel de obstáculo social.

Olhando os dados de realidade fica impossível afirmar que o Brasil seja um país de relações de igualdade entre brancos, negros e indígenas e livre de racismo. No entanto os discursos que reavivam o mito da democracia racial não somente mantêm sua existência como ganharam fôlego nos discursos neoconservadores.

Observamos três estratégias mais comuns nestes discursos da extrema direita brasileira.

Um é a crítica permanente com o "politicamente correto" que é expresso pelos conservadores de forma frequente em discursos sobre as pautas de raça/etnia, gênero, e classe social, entre outras. As demandas de inclusão são encobertas por um discurso que busca se afirmar como antielitismo de valorização da linguagem popular, que é contrário as pautas identitárias e as demandas dos movimentos sociais a que buscam criminalizar e ridicularizar. As críticas diversas ao "vitimismo, "vitimização", "firula", "frescura" ou "mimimi" operam desvalorização e frequentemente distorções das demandas, descrédito das demandas de justiça social, dos sofrimentos e da própria existência como sujeitos de direito.

Outra é a afirmação que colocar as relações étnico-raciais como tema significa difundir uma "guerra racial", que não existiria no Brasil. Nesta direção qualquer demanda de

de políticas de promoção de igualdade racial e de políticas de identidade seria equivocada de princípio, visto que não temos um problema racial são estas demandas que o criam.

Identificamos também uma série de afirmações em redes sociais e em escritos publicados na mídia corporativa a associação das demandas que associam as demandas dos movimentos negros em específico e dos movimentos sociais em geral ao "esquerdismo", "comunismo" e deste ao "nazismo". As interpretações são férteis nos comentários das redes sociais mas também em escritos publicados em veículos das redes sociais conservadoras e em parte da mídia corporativa.

As estratégias discursivas foram acompanhadas de estratégias de controle dos comportamentos e discursos de professoras e professores. A educação é pensada como campo de formação e espaço de disputa de poder sobre as narrativas e além das tentativas de controle sobre os conteúdos são operadas ações de controle. Os movimentos neoconservadores divulgam a desinformação e os preconceitos e buscam mobilizar os sentimentos das famílias sobre temas que são emocionalmente sensíveis, como é o caso do racismo.

Além do trabalho pedagógico sobre o racismo o trazer conteúdos de história e cultura africana e afro-brasileiras são muitas vezes encarados nesta perspectiva, como conteúdos que seriam inadequados porque criariam o falso problema do racismo, expressariam as demandas do "vitimismo" e do "esquerdismo".

Diversas formas de controle de professoras e professores foram e são utilizadas, com ameaças por agentes da comunidade escolar ou de agentes externos à escola, a perseguição e ameaças em redes sociais, as denúncias e processo formais em escolas, secretarias de educação e no judiciário. As notificações extrajudiciais como estratégia de coerção (mesmo sem efeitos jurídicos), algumas vezes de forma articulada (muitas denuncias e por vezes em diferentes comarcas para mesmo professora ou professor.

## 4 ALGUMAS CONCLUSÕES

A argumentação que desenvolvemos buscou analisar as retóricas da miscigenação e da democracia racial como formas de reificação e dissimulação das desigualdades raciais. O Brasil, por um lado, passou a contar com políticas de promoção de igualdade racial que buscam atuar tanto no plano dos discursos, quanto na redistribuição de recursos educacionais. Por outro lado, ainda mantêm estruturas de desigualdade bastante arraigadas, que se expressam nas relações interindividuais - de forma tanto implícitas, como diretas e violentas, sendo o massacre de jovens negros sua maior expressão – e nas formas de

distribuição de poder, de acesso aos bens simbólicos e aos materiais. Nestes processos, a análise desenvolvida neste artigo aponta que há interrelação com as estruturas do racismo colonial e de como a hegemonia branca se constituiu em contextos nacionais múltiplos[22].

As formas discursivas de afirmação do "mito da democracia racial" como ideologia (que compreendemos como sentidos mobilizados a serviço da distribuição desigual de poder) ganharam novos impulsos com o fortalecimento de movimentos ultraconservadores, sua atuação nas redes sociais, no debate público, nas disputas em torno de espaços nos currículos escolares.

As estratégias de falseamento e desinformação não são novas para a afirmação do mito da democracia racial, mas ganham novos formatos e amplitude nos discursos neoconservadores contemporâneos. Junto com as formas de controle sobre o comportamento de professoras e professores podemos aproximar as estratégias de coersão ao instituto de *lawfare*, aliando desinformação com acusações sem materialidade, promoção de ações judiciais como formas de constranger, desacreditar e controlar a professoras e professores.

O palco de disputas de narrativas encontrasse mais complexo, pois as ações afirmativas desenvolvidas nos últimos 20 anos operaram para ampliar a massa crítica sobre o racismo em espaços de formação e de informação. O arcabouço jurídico institucional, especialmente as cláusulas pétreas da Constituição Federal onde constam os princípios constitucionais da educação escolar são limitadores das perseguições e mecanismos de defesa de professoras e professores e de sindicatos tem ocupado também espaço nas arenas discursivas e nas institucionais e jurídicas. Os movimentos sociais negros ampliaram suas bases, formas de atuação, capacidade de articulação e de resposta.

O mito da democracia racial continua em cheque e as tensões em torno de seus sentidos são múltiplas e espaços de constantes disputas.

---

22 Sobre as desigualdades étnico-raciais no plano simbólico ver SILVA, Paulo V. B.; ROCHA, NELI G. e SANTOS, Wellington O. Negras(os) e brancas(os) em publicidades de jornais paranaenses. *Intercom* São Paulo, v. 35, p. 149-168, 2012.

Capítulo 10

# *LAWFARE* E FASCISMO

*Tarso Cabral Violin*[1]

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. O FASCISMO. 2. INTEGRALISMO, O FASCISMO BRASILEIRO, E O BRASIL DE HOJE; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

É uma grande honra e satisfação participar de obra em homenagem à grande professora, jurista, cidadã e amiga, Prof.ª Dr.ª Tatyana Scheila Friedrich, professora da nossa querida Universidade Federal do Paraná e expoente do Direito Internacional brasileiro. Foi a Taty uma das que me apoiou no início da minha vida acadêmica no NUPESUL – Núcleo de Pesquisa em Direito Público do Mercosul do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, o que foi essencial para a minha entrada no Mestrado em Direito do Estado da UFPR. Justíssima a homenagem realizada por todos os coautores e por todas as coautoras da presente obra.

O *Lawfare*, ou "guerra jurídica", é o uso de forma manipulada do ordenamento jurídico como instrumento de combate contra o adversário (ou inimigo) com desrespeito das próprias regras e princípios constitucionais e legais, com uma aparência de legalidade, com estratégias midiáticas e psicológicas.

---

1 Advogado, Pós-Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná, Vice-Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direito do Terceiro Setor e Políticas Públicas do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, Escritor de diversas obras e Professor Titular de Direito Público.

Nazistas queriam exterminar seus inimigos, os judeus, os comunistas, os negros, os testemunhas de jeová e os deficientes. Os neoliberais querem exterminar seus inimigos, que são os sindicatos de trabalhadores e seus oponentes políticos. E numa junção de fascismo e neoliberalismo, o movimento que levou ao golpe de 2016 contra a ex-presidente Dilma Roussff (PT) e a chamada Operação Lava Jato que prendeu o líder das pesquisas nas eleições de 2018, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT) e levou ao poder um presidente fascista como Jair Bolsonaro são exemplos de *Lawfare*. O *Lawfare* será amplamente analisado na presente obra, mas pretende analisar o que é o fascismo, tentando demonstrar que o *Lawfare* é de índole fascista e acabou elegendo um governante fascista no Brasil.

O fascismo, tema do presente artigo, é o que estudo no meu Pós-Doutoramento em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo (USP), sob supervisão do Professor Titular Enrique Ricardo Lewandowski. No pêndulo da política mundial e brasileira há períodos democráticos, autoritários e momentos em que há riscos para a democracia. Na atualidade há movimentos autoritários e reacionários que vêm adquirindo força e adeptos, e muitas vezes são chamados de movimentos fascistas que defenderiam a institucionalização de um Estado Fascista. Entretanto, o termo "fascismo" pode ser utilizado no sentido amplo, como ideário antidemocrático, e em sentido mais estrito, com características mais específicas, como o ideário reacionário, totalitário, de Estado máximo, com a defesa de um militarismo sem críticas, armamentismo, guerra ao inimigo interno e externo, ataque à política e aos políticos, ataque às instituições democráticas, como os Parlamentos, o Poder Judiciário e à imprensa, entre outras características. E essa confusão entre os sentidos amplo e estrito ocorrem entre os doutrinadores mais clássicos, do período do início do fascismo italiano entre os anos 1920 e 1950, até entre os pensadores mais recentes.

O que é Fascismo? No Brasil atual, há traços ou chances de caminharmos para o fascismo, ou pelo menos um "protofascismo"? O Bolsonarismo é fascismo ou protofascismo? Tentaremos demonstrar que são as características do fascismo europeu e do integralismo brasileiro do Século XX que estão sendo replicadas no Brasil e em outros países ocidentais, o que em nosso país fere a Constituição Social e Democrática de Direito de 1988; fenômeno que já pode ser denominado de "protofascismo", com chances de culminarmos com um fascismo do Século XXI.

## 1 O FASCISMO

Na Teoria Geral do Estado quando se estuda os regimes de governo, há os democráticos e os totalitários/ditatoriais. Os regimes não-democráticos, antes denominados de

despóticos, tirânicos ou absolutistas, no século XX são chamados de Estados totalitários ou ditatoriais, entre eles os governos de direita da Alemanha nazista de Hitler e da Itália fascista de Mussolini, o stalinismo soviético ou as ditaduras do Estado Novo de Getúlio Vargas (1937-45) e militar pós-golpe de 1964 no Brasil.

Nina Ranieri entende que o totalitarismo se opõe ao liberalismo pois é a expansão ilimitada do poder político, no qual a sociedade e o Estado, como organismos éticos, são superiores ao indivíduo. Para ela o conceito de Estado totalitário não coincide com os de Estado autoritário ou autocrático, embora possam ser combinados entre si, pois no Estado totalitário o poder estatal se subtrai à vontade da maioria, enquanto que no autoritário o domínio do poder é realizado em nome próprio. Ela informa que ao contrário dos despotismos anteriores, os indivíduos são desunidos e formam a sociedade de massas, em que a preocupação com o interesse de um grupo ou de uma classe é substituído pelo interesse de cada um, sem interesses comuns e não se filiam a partidos políticos ou outros coletivos.[2] Lembre-se que para Carl Schmitt, em seu livro A Ditadura, existe o conceito de ditadura comissária, da Roma antiga, uma ditadura com poderes excepcionais, transitória, com poderes limitados, que apenas suspende a Constituição, e a ditadura soberana, que transforma a Constituição, com poderes ilimitados e permanentes do ditador.[3]

O fascismo surge na Itália, influenciado pela *Action Française*, idealizada por Charles Maurras, que era um monarquista não-absolutista, capitalista, contrarevolucionário e defendia um nacionalismo integral. A história inicial do fascismo italiano se confunde com a própria história de Benito Mussolini - cujo pai era um socialista ateu - e inicialmente fazia parte do comitê central do Partido Socialista Italiano (PSI), mas perdeu votação interna ao defender a entrada da Itália na Aliança com o Império Alemão e Império Austro-Húngaro, renunciou ao cargo de editor-chefe do jornal oficial do partido, o *Avanti!*, e fundou em 1914 seu jornal *Il Popolo d'Italia* e foi expulso do partido.

*Il Popolo d'Italia* fazia parte de um movimento de esquerda de sindicalistas nacionalistas pró-guerra contra o Império Austro-Húngaro recém formado em 1914, o *Fascio Rivoluzionario d'Azione Interventista* (Liga Revolucionária de Ação Intervencionista), com apoio de empresários interessados nos lucros da guerra (Fiat a fabricante de armas Ansaldo). *Fascio* (um feixe de varas, sendo que feixe é o conjunto de objetos unidos) não era um termo novo na esquerda italiana ou europeia e remete à *fasces* latina, uma ferramenta simbólica, uma lâmina de machado atada a um conjunto de varas que era carregada à

---

2 RANIERI, Nina. *Teoria do Estado*: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito, 2ª ed. Barueri: Manole, 2019, pp. 41-44.

3 SCHMITT, Carl. *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamento moderno de la soberania hasta la lucha de classes proletária.* Alianza Editorial Textos, Madrid, 2009.

frente dos magistrados romanos, um símbolo de força que nasce da união, e essa união para os romanos representava o Estado, e para a esquerda do séc. XIX representava a união do povo. Marianne, a mulher ícone da revolução francesa, foi retratada várias vezes com a *fasces* à mão, união solidária do povo contra a aristocracia e o clero, e grupos de italianos se organizavam em conjuntos chamados *fasci*, plural de *fascio*. Enquanto os austríacos ofereceram Trieste e Trentino para que a Itália ficasse neutra, a Tríplice Entente ofereceu Triste, Trentino, assim como a península da Ístria, as ilhas Dodecaneso e influência sobre a Albânia, acordado no Tratado de Londres, nunca cumprido. Saldo com três anos e meio de guerra, 600 mil mortos, um milhão de soldados feridos (22 mil incapacitados), com a perda de 7% da mão de obra masculina. Em 1919 foi assinado o Tratado de Versalhes, nos termos determinados pelo presidente estadunidense Woodrow Wilson, humilhando os derrotados e alguns vencedores, como a Itália, que ficou apenas com Triste e Trentino, o que já havia sido garantido mesmo se ela não entrasse na guerra, o que tornou o país numa nação dividida e ressentida. O final da guerra aflorou a identidade italiana, unificada há menos de 50 anos, a economia não ia bem, os latifundiários liberais dominavam o parlamento, a cisão entre esquerda nacionalista e os marxistas internacionalistas (financiados pelo governo alemão) aumentou, com aumento da insatisfação nas ruas, inclusive pessoas com ensino superior empobrecidas contrárias ao liberalismo e socialismo. Jovens voltavam da guerra sem empregos e pobres, sem moradia, com incapacidade para entrar no serviço público, concorrência com o trabalho feminino, acostumados com a hierarquia, disciplina e lealdade militar, com uma luta de classes ao contrário – nas palavras de Michels – um desejo das camadas médias de retornar à antiga e mais segura posição, a superioridade sobre o proletariado.[4]

O poeta Gabriele d'Annunzio juntou dois mil veteranos de guerra e partiu para Fiume (península da Ístria), que era do Império Austro-Húngaro mas que o presidente estadunidense, ao invés de ceder para a Itália, queria repassar para o novo país Iugoslávia. As tropas aliadas foram expulsas e o poeta reacionário e saudosista da Roma imperial governou o Estado Livre de Fiume por quinze meses, mas o governo italiano não quis anexar a região ao seu território. A maioria dos seus homens eram os *arditi*, soldados de elite do exército italiano na I Guerra Mundial, com camisas negras, braços inclinados e mão espalmada para baixo, na saudação romana dos tempos do Império. Deram a forma estética do fascismo.

Enquanto isso a esquerda socialista e anarquista radicalizava com greves e esperança de uma revolução, e conquistava cadeira no parlamento e conquistas políticas. O pri-

[4] Além de Doria, sobre o tema é essencial o livro de PACHUKANIS, Evguiéni B. Para uma caracterização da ditadura fascista. *In:* PACHUKANIS, Evguiéni B. *Fascismo.* São Paulo: Boitempo, 2020, p. 25-55 e 57-61.

meiro-ministro era um político tradicional de centro. Camisas negras começam a incendiar sindicatos, sem intervenção dos *carabineri* (polícia). Em 1919 Mussolini criou a primeira Fascio e começaram a existir *Fasci di Combattimento*, grupos de camisas negras que atacavam grevistas e jornais de esquerda. Mas era a esquerda que crescia eleitoralmente, com o discurso de que a burguesia foi a culpada pela guerra. Mussolini foi candidato a deputado e não se elegeu, e os socialistas ganharam fácil dos fascistas (160 mil contra 4 mil votos no país). Aos poucos os membros de cada *Fascio* começavam a ser chamados de fascistas. A Fascio de Ferrara, sistematizada graças ao seu líder Italo Balbo, criada em 1920, começa a crescer com apoio de grandes latifundiários e classe-média empobrecida e bem educada, queriam uma solução dura contra os grevistas, pela ordem, mesmo que não viesse do governo, com mortes de vários socialistas e poucos fascistas, e terror contra sindicatos, que começaram a perder força para os fascistas. Para Pachukanis "a burguesia industrial está pronta para fazer um acordo com qualquer um que lhe convenha, apenas para estabelecer a 'ordem'" e "a burguesia, mesmo a mais liberal, está pronta para fechar um acordo com qualquer um que lhe convenha, com qualquer condotiero, bastando que seja capaz de salvar sua sagrada propriedade" e "o fascismo entra em cena no papel desse salvador". Em 1920 (em maio havia 100 *fasci* e 30 mil membros e dezembro 8 mil *fasci* e 150 mil membros) e 1921, inspirados na *Fascio* de Ferrara, começam as demais *fasci* a se fortalecerem no país, a influenciarem o governo, e começam a ganhar cadeira no parlamento dos socialistas, com a eleição de Mussolini e crescimento de filiados fascistas. Se opunham à burguesia e aos socialistas, esses queriam uma sociedade igualitária e sem classes, os fascistas focavam os interesses de uma nação unida. Em 1921 já deixando de lado qualquer invólucro antiplutocrático e revolucionário, abraçando o capitalismo, com o discurso de Mussolini pela "seleção dos mais valiosos, a igualdade entre os mais capazes e o sentimento desenvolvido de responsabilidade individual" (lembrando que um ano antes defendiam oito horas de trabalho, salário mínimo, seguridade social, aumento dos impostos diretos, confisco de bens de Igreja, confisco de 85% dos lucros de guerra e pesada taxação sobre o capital), abandonaram também o discurso republicano (agora a monarquia representaria a continuidade histórica da nação) e anticlerical. Em 1922 Mussolini já tinha sob seu comando o maior exército privado do mundo, e seu alvo não eram mais os sindicatos, mas o governo. Foram assumindo a força governos municipais (vários eram ocupados por socialistas), os socialistas ainda tentaram radicalizar as greves, mas os fascistas encerraram movimentos de esquerda. Pachukanis informa que a greve-geral de agosto de 1922 fracassa com as organizações fascistas com terror e fura-greves, ao ponto dos fascistas darem ao governo 48h para barrar a greve, se não usariam suas próprias forças. Com medo de ter menos policiais e soldados (8 mil) do que os milicianos vindos do norte (de 60 a 100 mil), receio de não ter o apoio dos militares, que eram simpáticos aos fascistas, e medo de perder a coroa, o rei Vittorio Emanuele III, ao invés de assinar o Estado

de Sítio solicitado pelo Primeiro Ministro, derrubou o premiê e convidou Mussolini para o seu lugar, que chegou ao poder e foi o mais jovem Primeiro-Ministro italiano.

Pachukanis informa que inicialmente os burgueses apoiam o golpe, Mussolini não fecha o Parlamento e a burguesia participa do governo, sendo mantida a Constituição liberal e a liberdade de imprensa. Mas Mussolini não dissolve as milícias fascistas, a torna uma instituição pública que presta juramento ao rei, mas subordinada ao líder fascista. Mussolini aprova medidas defendidas pelos burgueses, com a redução do aparelho estatal, aboliu o Ministério do Trabalho, funde o Ministério da Economia e Fazenda, suprime postos de ministros aliados, dissolve a Guarda Real, reduziu o efetivo inflado das estradas de ferro, equilibrou o orçamento, efetivou uma série de desnacionalizações (telefonia, radiotelégrafo e encomendas), aboliu o monopólio do fósforo e o imposto sobre a herança, aboliu a aposentadoria por idade, retirou a jornada de 8 horas e promoveu o aumento de uma hora diária e, com a derrota do movimento operário, permitiu a redução do salário do operário italiano a um dos menos da Europa, com o crescimento da produção e do mercado capitalista entre os anos de 1924 e 1925, com redução do desemprego e elogio dos banqueiros e da imprensa estadunidense ao regime fascista, mas em 1926 a recessão e desemprego voltam, gerando descontentamentos. Em 1924, com o assassinato de um líder parlamentar socialista moderado após discurso duro contra o governo fascista (os fascistas temiam a publicação de documentos denunciando seus negócios sujos e extorsões de alguns bancos, segundo Pachukanis), parte importante do Parlamento composta por socialistas e liberais renunciaram, pressionando que o rei dissolvesse o Parlamento e convocasse novas eleições, que não o fez. A frágil democracia italiana foi sendo desconstruída, em 1929 os partidos foram abolidos, e o partido fascista começou a se confundir com governo e Estado, um Estado corporativista.

O parlamentarismo foi suprimido, foram extintos governos locais em comunidades com população inferior a 5 mil habitantes, substituídos por oficiais nomeados por Roma, foram proibidas sociedades secretas como a Maçonaria (para agradar o Vaticano), confiscados os bens de imigrantes, legislação que previa o afastamento de servidores públicos que no cumprimento de suas obrigações e na sua vida privada não estivessem de acordo com o governo fascista, legislação que permitia o fechamento de órgãos de imprensa, após uma advertência, e responsabilização material dos editores e tipógrafos; e uma lei de 1926 com o intuito de extinguir os sindicatos e matar definitivamente a influência da Confederação Geral do Trabalho e das associações católicas, e proibição de eleições nas organizações. Uma repressão legalizada e uma arbitrária, com atividade punitiva dos órgãos oficiais do Estado fascista e o trabalho paralelo dos bandos fascistas. O novo estatuto do partido fascista de 1926 previa que o fascismo "é uma milícia a serviço da nação" com um juramento para os ingressantes de cumprimento das

ordens do líder não escolhido e imutável e servir a causa com todas as forças, inclusive com sangue. E os fascistas, ao fecharem toda a imprensa não fascista, expressaram com satisfação que a partir dali "deve-se pôr fim na utopia estúpida de acordo com a qual cada um pode pensar com a própria cabeça", pois "a Itália tem uma única cabeça", um cérebro, que é o do líder, e "todas as cabeças dos traidores devem ser cortadas sem piedade", e os traidores podem ser punidos com exclusão do partido e de todas as organizações econômicas.[5]

Como se verificou, o fascismo é um movimento iniciado na Itália no período entre guerras mundiais, em período de recessão econômica mundial, que acabou influenciando mudanças políticas outros países. Atualmente se discute se há um retorno a esse ideário no âmbito mundial, em decorrência da ascensão ao poder de governantes de vertente autoritária.[6] São vários os autores que estudaram o fascismo, desde o seu surgimento.

As primeiras análises sobre o fascismo foram realizadas por autores como o marxista Palmiro Togliatti, o qual entende que o fascismo é uma disputa inter-imperialista, na qual a esquerda não precisaria se preocupar.[7] Outra autora essencial para entender o início do fascismo é a considerada socialdemocrata Clara Zetkin, que retrata o fascismo já como um movimento de massas, e que os seus defensores não estariam sendo enganados.[8] Muito baseado em Zetkin, Leon Trótski também analisa o fascismo como movimento de massas.[9] Antonio Gramsci talvez realize a análise mais aprofundada, ao retratar o fascismo não apenas como fenômeno da luta de classes, mas como uma decomposição da sociedade capitalista e democrática, também como fenômeno de características culturais italianas, como por exemplo o autoritarismo paterno e dos patrões.[10]

O jurista russo Evguiéni B. Pachukanis, considerado o mais importante teórico marxista do Direito, escreveu entre as décadas de 1920 e 1930 textos essenciais sobre o fascismo, até ser morto pelo regime stalinista, artigos reunidos no Brasil na obra "Fascis-

---

5 PACHUKANIS, Evguiéni B. Para uma caracterização da ditadura fascista. In: PACHUKANIS, Evguiéni B. *Fascismo*. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 25-55 e 57-61. DORIA, Pedro. Fascismo à brasileira - como o integralismo, maior movimento de extrema-direita da história do país, se formou e o que ele ilumina sobre o Bolsonarismo. São Paulo: Planeta, 2020, p. 16-58.

6 Sobre o tema ver HORTA, Fernando. *Decifrando o fascismo*. Youtube do Ópera Mundi. Aula de 30.06.2020.

7 TOGLIATTI, Palmiro. *Lições sobre o fascismo*. São Paulo: Ciências Humanas, 1978.

8 ZETKIN, Clara. *Como nasce e morre o fascismo*. São Paulo: Autonomia Literária, 2019, p. 37.

9 TRÓTSKI, Leon. *Fascismo*: o que é e como combatê-lo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

10 GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

mo".[11] Entende que o fascismo é uma ideologia que defende o poder forte, a disciplina e a ordem, uma ditadura dos grandes industriais e do capital financeiro (e seus subordinados da pequena burguesia da juventude acadêmica da intelectualidade técnica e de servidores públicos), e não da pequena burguesia de artesãos de lojistas ou dos latifundiários, e nele a dominação de classe não se apresenta apenas como a sujeição de uma parte da população à outra, mas assume a forma de uma dominação estatal oficial. Para ele o fascismo não é uma doutrina intelectual ou filosófica, pois tem natureza primitivista com caráter fragmentado e contraditório, sendo influenciado pelo elitismo, aristocratismo, chauvinismo, nacionalismo, antissemitismo, etc. O fascismo de Mussolini desprezava as doutrinas, os princípios e os programas, tinha propostas práticas, e seguia um caminho negacionista contra a doutrina socialista e democrática e contra a Revolução Francesa, sendo pouco original, pois os reacionários já eram contrários a essa revolução.

Pachukanis tem um conceito mais específico de fascismo, não alargado, com ações de repressão mediante arbitrariedade, perseguições, prisões, mortes, destruições e condenações empreendidas não apenas pelos órgãos oficiais do Estado, **mas também pelos bandos fascistas milicianos**, enquanto que no bonapartismo e em outras ditaduras a repressão é legalizada, como para ele, na época, era a Hungria, Bulgária, Espanha, Lituânia, Polônia, e até a Alemanha no momento pós-primeira guerra, que ainda buscava salvar suas instituições estatais, enquanto que na Itália o poder estava no partido fascista. O fascismo, quando no poder, atua como um **Estado dentro do Estado**, que não se estabiliza com uma burocracia impessoal, mas como uma organização que dita sua vontade ao governo ou simplesmente ocupa lugares nos órgãos estatais e, por isso, ao contrário da expectativa do grande capital e da burguesia liberal, Mussolini não suprimiu nem dissolveu as milícias fascistas.

Como já informado, para Pachukanis, entre os subordinados apoiadores dessa ditadura do grande capital que é o fascismo, estão os **servidores públicos**. Informa que os teóricos fascistas diziam quese a Burocracia indicaria a queda das ideias feudaliustas e medievais de Estado, a burocracia fascista não submetida a uma "desintegração revolucionária" seria a portadora de uma encarnação das ideiais do antigo Estado alemão e a ideia de comunidade, o que parece ser algo anti-iluminismo e anti-revoluções burguesas como a

[11] PACHUKANIS, Evguiéni B. Fascismo. São Paulo: Boitempo, 2020. PACHUKANIS, Evguiéni B. Para uma caracterização da ditadura fascista. *In:* PACHUKANIS, Evguiéni B. *Fascismo*. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 25-55. PACHUKANIS, Evguiéni B. Fascismo. São Paulo: Boitempo, 2020. Sobre o autor e seus textos sobre fascismo ver MASCARO, Alysson Leandro. Prefácio. *In:* PACHUKANIS, Evguiéni B. *Fascismo.* São Paulo: Boitempo, 2020, p. 9-24; e MASCARO, Alysson; MAGALHÃES, Juliana Paula. *Fascismo, de Pachukanis*. Youtube da TV Boitempo. 05.11.2011. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-aKEXFQiWoc. Acesso em: 04 jan. 2021.

Francesa, Inglessa e estadunidense: "essas fantasias reacionárias dos estudiosos burgueses mostram que a burguesia deixou de acreditar nos princípios de livre concorrência que defendia, no parlamentarismo, e que se esforça para vestir o trapo semirroto da ideologia medieval, feudalista".

Mas quando da implantação do fascismo no Estado e na Administração Pública, o regime não se estabiliza com uma burocracia impessoal de servidores públicos profissionalizados, mas como uma organização miliciana que manda no governo, no Estado e na Administração Pública. Inclusive, é criada lei que prevê o afastamento de servidores públicos que no cumprimento de suas obrigações e na sua vida privada não estivessem de acordo com o governo fascista.

O jurista critica análises de que o fascismo é o enfraquecimento do Estado e de suas instituições em favor das organizações, associações e milícias armadas fascistas, visão que pode levar a luta antifascista a uma volta à defesa do Estado burguês, pois o autor defende a tomada do poder estatal para o fim do próprio Estado. Para ele as milícias fascistas não estão dissociadas das instituições estatais, pois essas não se enfraquecem, pois há uma majoração do poder estatal, aumentando o aparato para a guerra, a repressão/intimidação, a salvação dos bancos e a dependência da população miserável de assistenciais estatais mínimas ("migalhas miseráveis do serviço social"), citando a até o caso brasileiro de destruição do café, para salvar o capitalismo, enquanto pessoas passam fome. Ele entende, inclusive, que os sociais-democratas se associam com o fascismo, chama aqueles de social-fascismo, assumindo uma leitura stalinista em texto de 1931.[12] Critica os autores que diferenciam **sociedade** (*Gesellschaft*), advinda de relações artificiais e individualistas, com tensões mútuas e que se orienta por estratégias futuras e pelo lucro; de **comunidade** (*Gemeinschaft*), resultante de vínculos orgânicos coletivos, laços sanguíneos e que se funda nas tradições do passado. O absolutismo, o fascismo e o bolcheviquismo seriam todas ditaduras que valorizariam a comunidade contra a sociedade. Mas para Pachukanis esse conceito de comunidade afasta a possibilidade da luta de classes, amálgama o todo social e impede conflitos na sociedade capitalista.

Para o autor apenas a superestrutura está em questão no fascismo (contra o sistema parlamentar, a democracia, as liberdades e o campo político), sendo que o capitalismo e a exploração burguesa permanecem intocados, sendo substituídos os partidos políticos por organizações terroristas do capital, paramilitares e militares. Critica os teóricos que tentam relacionar as políticas de extrema direita com o marxismo, com a propalada semelhança na política (Marx também criticava a democracia burguesa – apenas não valorizava o Estado) e nos princípios econômicos (capitalismo de Estado reformista). Para ele o fas-

[12] PACHUKANIS, Evguiéni B. *Fascismo*. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 89-117.

cismo italiano é uma ditadura de um líder, de dominação pura, enquanto que no nazismo a ideia de domínio parte do princípio da comunidade, da subordinação orgânica da parte ao todo. Por fim, Pachukanis critica a socialdemocracia (chamada por ele de social-fascismo) que bloqueou a revolução socialista alemã com a República de Weimar, salvou o capitalismo e depois foi destruída pelo Nazismo. A característica talvez mais marcante do fascismo, para Pachukanis, é o uso da organização de massa, além da organização disciplinada, construída à maneira da guerra. Luta pelo poder, por todos os meios, incluindo os que violam a legalidade existente. Alimentada da luta e conflito constantes entre fascistas e antifascistas, uma ditadura partidária, o que o diferencia de outras ditaduras ou autoritarismos, como o bonapartismo do golpe francês de 1851, calcados no exército. O fascismo persegue e enfraquece partidos de esquerda na Itália que eram fortes por meio de vários governos municipais e sindicatos ativos em lutas e greves, aglutina o grande capital e latifundiários, quando toma o poder, afasta revoluções e defende um poder forte e a liberdade de circulação do capital, com rebaixamento salarial e crescimento na produção, sem reorganizar a economia em termos de um nacionalismo econômico soberano, permitindo desnacionalizações, com imperialismo internacional em sintonia com o imperialismo inglês a serviço do interesse do capital. Para Pachukanis "a essência do fascismo é a ofensiva aberta contra a classe operária com todos os métodos de coerção e de violência; é a guerra civil contra os trabalhadores" e as críticas fascistas ao capitalismo não são com relação à exploração e não querem derrubar o poder do capital.

Para o jurista o socialismo não será gestado pelo capitalismo de Estado burguês, pelo Direito ou por instituições, e quando a dominação burguesa for ameaçada, mais ela precisará do Estado de Direito que se transformará em sombra incorpórea até que o agravamento excepcional da luta de classes revele a essência do poder como violência organizada de uma classe sobre as outras, quando o humanismo da burguesia dá lugar ao apelo à severidade, a uma mais ampla aplicação da pena de morte. Segundo o autor o fascismo não é apenas um fenômeno localizado no Estado, mas também no tecido político e social contra a classe trabalhadora, servindo de âncora de salvação dos grandes capitalistas. Para Alysson Leandro Mascaro "é verdade que a burguesia, no limite, teme o poder arbitrário do fascismo, mas os benefícios da quebra dos movimentos dos trabalhadores fazem-na aceitar um governo subordinado a uma hierarquia dirigida pelo líder fascista". No entre guerras Pachukanis já deixava claro que o regime de guerra não conseguiria se estabilizar em longo prazo, e para ele a solução do fascismo não é o capitalismo, mas sim o socialismo, mas defende o combate ao fascismo mesmo quando a classe trabalhadora não esteja madura para a revolução proletária. Se o fascismo, além de anticomunista/socialista, é antiliberal, por que a burguesia apoiou o fascismo? Pachukanis pergunta "se a sociedade burguesa não estava ameaçada por um perigo direto, por que, ainda assim, foi estabelecida uma di-

tadura fascista?" e informa que a marcha de Roma foi organizada de acordo com os líderes dos partidos nacionalistas, representantes dos grandes proprietários e dos bancos, com o rei e com o alto-comando militar, sendo que os liberais rapidamente tomaram parte do golpe, com a esperança de que Mussolini rapidamente voltaria aos métodos constitucionais.

O autor critica teóricos liberais que comparam fascismo e bolchevismo, como Kelsen, o qual diz que os dois repousam sobre um único e mesmo princípio: uma minoria eleita que dita a vontade dos demais diferencia fascismo de comunismo. Para Pachukanis, por mais que tanto o comunismo-leninista quanto o fascismo critiquem no conteúdo a democracia burguesa, na forma o comunismo se revela como ditadura de classe do proletariado para estabelecer um novo sistema de relações produtivas, enquanto que a ditadura fascista é totalmente distinta na medida que é uma tentativa de manter as formas sociais capitalistas, buscando retardar seu definhamento: "o fascismo é fruto do estágio imperialista do desenvolvimento capitalista, no qual este último manifesta traços de estagnação, parasitismo e decadência" e "no lugar do entorpecente social-reformista, coloca-se a demagogia fascista como meio de dominação de massas". Assim, para Mascaro, "não basta a coincidência pontual de alguma crítica para estabelecer uma equivalência", pois é radical a distinção na forma, "a ação política revolucionária em vista da superação das formas capitalistas *versus* a ação política reativa que busca saltar essas mesmas formas". E Pachukanis dizia que na Itália fascista não havia forças para fazer cair o fascismo, e "nenhum regime, não importa o peso de seus crimes, quão grandes eles foram, jamais caiu devido a eles". Para Puchakanis é uma "insanidade científica" dos teóricos nazistas dizerem que nazismo e comunismo são semelhantes na questão da ditadura, pois o fascismo, para ele, "tem sua própria posição especial em relação à burguesia, ao Estado burguês, à democracia burguesa". Enfim, para Pachukanis a ditadura fascista é diferente de outras ditaduras e a palavra não deve ser banalizada; nem todo movimento de extrema-direita é fascista e a extrema-esquerda é o oposto de extrema-direita. Analisa como é o fascismo e nazismo no Estado, informa que os revolucionários alemães em 1919 (Rosa Luxemburgo) são dizimados pelos socialdemocratas que estavam no poder, sendo que a centro-esquerda puxou o tapete da esquerda, o que gestou o campo para o surgimento do nazismo. O fascismo é o Estado paralelo por meio das milícias, é uma ditadura do capital, tem natureza primitivista (organização para a guerra, parte da burguesia, burocracia e acadêmicos que se identifica com o fascismo, e depois as massas), é contraditório, pois a burguesia se sente desconfortável; a saída não se dá por meio do Direito, do Estado e das instituições burguesas e não bastaria um retorno aos ideais humanistas. O autor ainda informa que os fascistas questionam as eleições com votação secreta e a imprensa, e que Hitler teria dito que "trinta centímetros de granada (...) soam mais forte do que mil jornais de judeus sujos". Também critica o capitalismo de Estado ("regulação pelo Estado burguês do ca-

pitalismo"), que é interpretado como um estágio superior de desenvolvimento das forças produtivas, "quando na verdade, na atuação histórica, o capitalismo de Estado não apenas expressa um estágio superior do desenvolvimwnto das forças de produção, mas ainda um estágio superior do agravamento da contradição", no qual se manifesta de forma vívida a doença, a impotência e a decomposição do capitalismo, critica o reformismo e "qualquer uma das tentativas de intervir nas relações econômicas, de regular o capitalismo, apenas agrava ainda mais todas essas contradições". Alerta também que o discurso nazista/fascista contra o capitalismo é demagogia e demagogia, pois têm laços estreitos com o capitalismo monopolista.

Também como análise inicial do fascismo devemos estudar o próprio Benito Mussolini, que acabou reproduzindo muito os escritos de Giovanni Gentile[13], retratando o fascismo como uma revolução de terceira via, que se opõem ao socialismo/comunismo e ao liberalismo, aproveitando da organização e arregimentação dos socialistas e a manutenção da propriedade privada liberal.[14] Doutrina um pouco menos rasa do que a do líder nazifascista Adolf Hitler.[15] Além das análises inicias do fascismo, posteriormente muitos pensadores fizeram estudos sobre o tema, estudando sob a perspectiva da luta de classes, a tentativa de explicação sobre a participação de trabalhadores e sindicalistas nos movimentos fascistas, a análise se aconteceria fascismo sem capitalismo e sem democracia. Entre as explicações não marxistas, há analises psicológicas, filosóficas, culturais e morais. Sob o ponto de vista psicológico, quem melhor analisou o fascismo foi Wilhelm Reich, em seu "Psicologia de massas do fascismo", no sentido de que o fascismo é desejo e repressão, a interposição entre os mundos público e privado, quando as massas não conseguem perceber que percepção e realidade são coisas diferentes, enquanto que fascismo diz que são as mesmas coisas. O fascismo como processo de empoderamento psicológico que acontece dentro das casas, com uma família autoritária.[16] No âmbito filosófico Hannah Arendt, em "As origens do totalitarismo", trata da banalização do mal, o processo de desumanização do outro, quando a pessoa não vê mais problema em causar o mal ao outro. O fascismo não é racional, sem consciência de consequência dos seus atos.[17] No aspecto cultural, George Mosse trata da institucionalização da ideologia, do nacionalismo como anti-racionalismo e a construção no

---

13 GENTILE, Giovanni. *Origini e dottrina del fascismo*. Quaderni dell' Istituto nazionale fascista di cultura. Libreria del Littorio, 1990. Ver também GENTILE, Emilio. *Quem é fascista?* Guerra & Paz, 2019.

14 MUSSOLINI, Benito. *Fascismo*: a doutrina. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

15 HITLER, Adolf. *Minha luta*. São Paulo: Centauro, 2001.

16 REICH, Wilhelm. *Psicologia de massas do fascismo,* 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

17 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

século XIX da ideia de pátria. Pátria não como população, não como povo, mas definida pelos poderosos, com emoção pela bandeira do país, mas sem sensibilidade social, a Pátria que acolhe e é acolhida, exige participação, mas te protege.[18] No aspecto moral, Renzo de Felice elaborou a melhor biografia de Benito Mussolini. Trata do fascismo como movimento, sem criticar negativamente, e como regime, com críticas negativas. Como uma revolução das expectativas de classe média, uma espécie de "Mussolinismo", como componente moral.[19]

Há também muitos autores contemporâneos sobre o fascismo. Karl Polanyi é essencial ao tratar como funciona o fascismo, uma espécie de religião política, com ruptura definitiva entre o capitalismo e a democracia, sem uma divindade, mas apenas a Pátria e o Estado.[20] Theodor W. Adorno, em obras como "Ensaios sobre psicologia social e psicanálise" e "Liderança democrática e manipulação de massas" trata da personalidade autoritária, da criação da escalada fascista, do antissemitismo, do conservadorismo, do autoritarismo, do cinismo, da projeção, da autodestruição e da sexualidade. Seymour Lipset (*Political Man*: The Social Bases of *Politics) entende que* fascismo é sinônimo de extremismo, e pode ser de esquerda ou direita, mas com argumento fraco. Ernst Nolte ("Fascismo e comunismo", junto com François Furet), sobre o fascismo como resistência à transcendência, que toda a estrutura social é fazer com que o ser-humano consiga entender sua posição, que o fascismo é questão menor, do não saber, do conservadorismo, do não mudar, do não fazer, do não querer olhar para trás na caverna do Platão, um fenômeno meta-político. Roger Griffin (The Nature of Fascism) trata o fascismo como um extremismo nacionalista como forma de segmentação e reconstrução da nação após um período de crise, e enfatiza a criação do mito fascista, a Nação para separar, o que acaba gerando minorias políticas que apoiam o nazismo. Deleuze e Guattari (O Anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia) estudam o fascismo em nós mesmos, os micros fascismos, com uma aproximação com a psicanálise, sobre como as massas podem desejar ser reprimidas e o cuidado que se deve ter para que sociedades aparentemente sãs não virem fascistas. Para eles, sociedades sãs, nas quais as instituições funcionam, há um controle das características fascistas; e o fascismo combinaria com o liberalismo, no qual há esfera pública e privada, e não precisaria entrar na pública, com uma repressão do Estado e psicológica. Michael Mann (Fascistas), por mais que segundo Horta não seja suficiente, é interessante ao mostrar o fascismo como fenômeno sociológico composto por nacionalismo orgânico, estatismo, negação dos movimentos sociais, pois apenas existiria Pátria e Estado, e pa-

---

18 MOSSE, George. *A Crise da Ideologia Alemã*: origens intelectuais do Terceiro Reich.

19 DE FELICE, Renzo. *Explicar o fascismo*. Edições 70, 1976.

20 POLANYI, Karl. *Sobre o fascismo.* Editora Terra sem Amos.

ra-militarismo.[21] Madeleine Albright, cuja obra é um pouco mais política do que científica, trata do Iliberalismo de Zakaria, usando o termo fascismo para vários regimes, de forma muito ampla, na esquerda e na direita,[22] sendo tudo o que não é capitalismo liberal.[23]

Enrique Ricardo Lewandowski entende que poder é a capacidade que algo ou alguém tem de produzir efeitos no universo físico ou no mundo social, sendo o poder social a capacidade de moldar a conduta das pessoas, numa relação entre pessoas, existindo vários tipos de poder, com o comportamento moldado por vontades distintas, que agem com maior ou menor eficácia segundo o modo com que são exercitadas, com coação, recompensa ou persuasão, e esse poder social atua com maior abrangências na política, o poder político.[24]

Umberto Eco alerta que se pensamos nos governos totalitários europeus do período pretérito à segunda grande guerra mundial, "seria muito difícil que, em circunstâncias históricas tão diversas, retornassem sob a mesma forma", que a direita de hoje tem muito pouco a ver com o velho fascismo e não entende que "o velho nazismo, em sua forma original, esteja ressurgindo como movimento capaz de mobilizar uma nação inteira", mas que existe outro fantasma rondando o mundo. Para ele "o fascismo não era uma ideologia monolítica, mas antes uma colagem de diversas ideias políticas e filosóficas, um alveário de contradições", mas era uma confusão estruturada, sob o ponto de vista emocional firmemente articulado a alguns arquétipos, com a prisão e morte de adversários, suspensão da liberdade de imprensa, sindicatos desmantelados, Poder Legislativo como pura ficção, e o Poder Executivo que controlava o Judiciário e a mídia e que promulgava diretamente as leis, inclusive com a defesa do Holocausto.[25]

---

21 Horta gosta da análise de Nolte, mas esse foi bastante questionado por historiadores, que o acusam de tentar justificar o fascismo. HORTA, Fernando. *Decifrando o fascismo*. Youtube do Ópera Mundi. Aula de 30.06.2020.

22 Pedro Cardoso também defende que há fascismo de direita e de esquerda. CARDOSO, Pedro. *Pedro Cardoso Eu Mesmo*: em busca de um diálogo contra o fascismo brasileiro. Rio de Janeiro: Record, 2019, p. 147 e 106. Para ele "o fascista é um impotente". Obra citada, p. 147.

23 ALBRIGHT, Madeleine. *Fascismo*: um alerta, 3ª ed. São Paulo: Planeta, 2018.

24 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 197 e 198. Max Weber entende que existem três razões que justificam a dominação, a tradicional, a carismática e a racional-legal. WEBER, Max. *Economia e sociedade*, 4ª ed. Brasília: UnB, 2000, p. 142-147. WEBER, Max. A política como vocação. In: WEBER, Max. *Ciência e Política*: duas vocações. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 60. Analisamos o tema em VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública*: uma análise crítica, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 73.

25 ECO, Humberto. *O fascismo eterno*. Rio de Janeiro: Record, 2018, p. 22, 23, 32 e 39.

George Orwell entende que não existe apenas um fascismo e há bastante confusão no tema, pois nem todo fascismo é belicoso no sentido de resolução dos problemas econômicos por meio de guerras e conquistas, como em Portugal ou nas ditaduras sul-americanas, e em nem todos ocorreu o antissemitismo. Em 1944 ele ainda não conseguia definir o termo de forma satisfatória, sendo contra o uso do termo apenas como um palavrão.[26]

Note-se que Giorgio Agamben alerta que, tecnicamente, o fascismo e o nazismo não foram ditaduras, uma vez que tanto Mussolini quanto Hitler foram investidos ou nomeados chefes de governo pelos legítimos chefes de Estado da Itália e Alemanha. Para ele, o que caracteriza tanto o regime fascista quanto o nazista é o fato de terem eixado subsistir as Constituições vigentes, fazendo acompanhar, num Estado Dual, a Constituição legal de uma segunda estrutura, não formalizada juridicamente, que existia ao lado da outra graças ao Estado de Exceção.[27]

Eco chama de "Ur-Fascismo" ou "fascismo eterno" essa confusão não sistemática, muitas vezes contraditória, quando se apresente uma das seguintes características: (a) culto da tradição, no sentido de que não pode existir o avanço do saber; (b) tradicionalismo com a recusa da modernidade (irracionalismo), com rejeição à revolução francesa e estadunidense, sendo o iluminismo e a idade da razão vistos como o início da depravação moderna; (c) irracionalismo depende do culto da ação pela ação, com a ação devendo ser realizada antes de e sem nenhuma reflexão. Uso de expressões como "porcos intelectuais", "cabeças-ocas", "esnobes radicais", "universidades são um ninho de comunistas", com suspeitas em relação ao mundo intelectual, com intelectuais fascistas oficiais empenhados principalmente em acusar a cultura moderna e a Inteligência liberal de abandono dos valores tradicionais; (d) desacordo é traição, pois o espírito crítico opera distinções, e distinguir é um sinal de modernidade. Mas na cultura moderna, a comunidade científica percebe o desacordo como instrumento de avanço dos conhecimentos; (e) busca consenso utilizando e exacerbando o natural medo da diferença (o desacordo é um sinal de diversidade), contra os intrusos, racista por definição; (f) provém da frustração individual ou social, apelo às classes-médias frustradas (velhos proletários que se transformaram em burguesia), desvalorizadas por alguma crise econômica ou humilhação política, assustadas pela pressão de grupos sociais subalternos; (g) nacionalismo com a obsessão da conspiração internacional, pois o único privilégio é o mais comum de todos, ter nascido em um mesmo país, os únicos que podem fornecer uma identidade às nações são os inimigos, apelo à xenofobia, seguidores se sentem sitiados.

---

26 ORWELL, George. *O que é fascismo? E outros ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 85-89.

27 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 75 e 76.

Mas conspiração pode vir também do interior, como por exemplo os judeus; (h) adeptos devem se sentir humilhados pela riqueza ostensiva e pela força do inimigo (ingleses, judeus, etc.), e devem ser convencidos de que podem derrotar o inimigo. Inimigos são ao mesmo tempo fortes demais e fracos demais. Fascismos estão condenados a perder suas guerras, pois incapazes de avaliar com objetividade a força do inimigo; (i) não há luta pela vida, mas antes vida para a luta, pacifismo é conluio do inimigo, é mau, porque a vida é uma guerra permanente. Mas há contradição, pois se inimigos forem derrotados o movimento assumirá o controle do mundo, com paz; (j) elitismo popular/de massa, com desprezo pelos fracos, os membros do partido são os melhores, com líder que conquista o poder pela força, com as massas débeis que merecem um dominador, com hierarquia militar, com líder desprezando seus subalternos; (k) cada um é educado para se tornar herói, com culto da morte, mas sua impaciência provoca com maior frequência a morte dos outros; (l) desdém pelas mulheres (machismo) e condenação intolerante a hábitos sexuais não conformistas (da castidade à homossexualidade), pois guerra permanente e heroísmo são jogos difíceis de jogar, com transferência da sua vontade de poder para questões sexuais. Como sexo também é jogo difícil, o fascista joga com as armas (objeto fálico); (m) populismo qualitativo, pois os indivíduos enquanto indivíduos não têm direitos, o líder se apresenta como o intérprete da vontade comum do povo, que não age por ter perdido seu poder de delegar. Oposição aos pútridos governos parlamentares; (n) textos pobres e elementares (novilíngua de Orwell).[28]

Muito embora Eco falasse da Itália e de outras realidades, principalmente europeias ou dos países cêntricos, seu texto pode se encaixar no que ocorre no Brasil na atualidade. Pretende-se analisar se o Brasil vive uma escalada para o "fascismo eterno" de Eco, se considerarmos a atuação do governo federal atual e seus apoiadores. Verifica-se uma tendência de posicionamentos contrários aos avanços do saber dos séculos XIX, XX e XXI e um retrocesso aos períodos pré-renascentistas e pré-iluministas da idade das trevas, com um irracionalismo que recusa a modernidade e as revoluções burguesas. Uma batalha surreal contra o que chamam de "depravação moderna".

Enrique Ricardo Lewandowski lembra que os antigos gregos denominavam de *arete* a virtude de uma pessoa a um só tempo corajosa, valorosa e honrada, com conhecimento racional do bem, e que qualquer riqueza ou coisa útil às pessoas, deriva dessa virtude, que se transforma em virtude cívica, com um alargamento da cidadania e da participação popular na gestão das *polis*. Valores transmitidos às futuras gerações por meio da *paideia*, técnica pedagógica que oferecia o conhecimento necessário para a vida em harmonia consigo mesmo e com os demais integrantes da comunidade política, ensinando a mandar e

[28] ECO, Humberto. *O fascismo eterno*. Rio de Janeiro: Record, 2018, p. 44-59.

obedecer, sobre o fundamento da justiça.[29] O fascismo e os fascistas, ao serem contrários ao iluminismo, podem ser considerados como anti-*arete* e anti-*paideia*.

Antonio Negri[30] ao analisar a realidade brasileira após a eleição em 2018 do presidente Jair Bolsonaro, entende que o "estranho" fascismo que ora se aplica nos Estados Unidos da América e no Brasil "está em profunda conjugação com o neoliberalismo", e "uma nova experiência radical das teorias de Chicago deve encontrar em seu desenvolvimento". Para o autor "as atuais conversões fascistizantes da classe dirigente capitalista (...) parecem determinadas pela necessidade de apoiar com mais força, por todos os meios estatais, compulsivamente, um desenvolvimento *mais neoliberal* em profunda crise". Para ele isso é uma deformidade: "*a força do autoritarismo é chamada em apoio à crise do liberalismo"*. Ou seja, o fascismo se apresenta "como a face dura do neoliberalismo". O autor informa que o fascismo de hoje é reacionário também no campo político, diferente do fascismo dos anos 1920-30, que era relativamente progressista ("pseudo-keynesiano"). Marcia Tiburi alerta que no fascismo "é preciso exterminar a política para que o capitalismo no seu estilo selvagem (tendencialmente, sempre selvagem e bárbaro) se mantenha: poucos muito ricos, muitos explorados, outros tantos cada vez mais afundados na vida da miserabilidade".[31]

Negri informa que se antes "as constituições democráticas eram inadequadas para bloquear a crise da democracia, na situação atual favorecem a ascensão do fascismo, gerando corrupção", pois "as modernas constituições democráticas foram organizadas num confronto dinâmico de interesses eventualmente fundidos à direita e à esquerda, entorno de um modelo de inimizade e com padrão de solução pacífica para isto, na hipótese de uma posição equilibrada dos interesses conflitantes". Para ele, a globalização exigiu uma homogeneização da governança no âmbito global, requerendo para governar inserir nas constituições regras desenvolvidas pelas relações monetárias multinacionais das empresas no mercado global, eliminando substancialmente o confronto, mas esta fase acabou e a acentuação dos conflitos pela globalização leva a uma crise do que ele chama de "formas de *governance* demoliberais", gerando as rupturas como "*America first*, *Brexit"* e agora "*Brazil first*, *Italia first", com* incidentes que acabam com a democracia progressista e transformam os Estados, ainda mais em momentos de crise econômica.

---

29 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Apresentação. *In:* LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (Coord.). *A influência de Dalmo Dallari nas decisões dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 9-14.

30 NEGRI, Antonio. Primeiras observações sobre o desastre brasileiro: o caminho democrático para o fascismo. *Revista Cult* em 29.11.2018. Disponível em: https://revistacult.uol.com.br/home/. Acesso em: 08 fev. 2019.

31 TIBURI, Marcia. *Como conversar com um fascista*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 30.

Negri entende que com o enfraquecimento do poder estadunidense, que dava um certo equilíbrio global, o processo de escalada do fascismo se acelerou, se instalou, e se arma do neoliberalismo como projeto para dominá-lo. O autor diz que o neoliberalismo se encontra numa situação desesperada, tendo deslocado ou rejeitado o antigo equilíbrio constitucional democrático; está agora exposto ao vazio e precisando de algo novo, o encontra em formas de autoritarismo e de fascismo renovados, recorrendo de instrumentos midiáticos, ideológicos e de difamar e destruir as forças que se opuserem. Antes eram os keynesianos e forças socialdemocratas, agora os chamados de "comunistas" e "bolivarianos": "este fascismo fundado no vácuo ideológico qualifica-se como um falsificador da memória e restaurador reacionário de identidades passadas. Que seja um passado escravagista como nos EUA, importa; que seja um presente escravocrata, como no Brasil, isto preocupa ainda mais".

Os neoliberais dizem, com sua fobia ao Estado e crítica ao keynesianismo, que há parentesco, de continuidade genética, do Estado administrativo, o Estado-providência, o Estado burocrático, o Estado fascista, o Estado totalitário, como se fossem todos de uma mesma árvore.[32] Foucault é contrário a essa crítica inflacionista do Estado, e sugere "a tese de que o Estado-providência, o Estado de bem-estar não tem nem a mesma origem do Estado totalitário, do Estado nazista, fascista ou stalinista". Para ele "esse Estado dito totalitário não é, em absoluto, a exaltação do Estado, mas constitui, ao contrário, uma limitação, uma atenuação, uma subordinação da autonomia do Estado, da sua especificidade e do seu funcionamento próprio". Conclui: "o que está atualmente em questão na nossa realidade não é tanto o crescimento do Estado ou da sua razão de Estado, mas antes o seu decrescimento".[33] Tony Judt também segue essa linha: "governos fracos ou desacreditados demais para agir através de seus cidadãos estão mais propensos a conseguir seus objetivos por outros meios: extorsão, sedução, ameaça e em último caso coerção para fazer com que as pessoas obedeçam. A perda de propósito social articulado por meio de serviços públicos na verdade aumenta os poderes irrestritos do Estado todo-poderoso", o que pode reduzir a sociedade ao pó da individualidade, com uma rede de fornecedores particulares, o que parece com a guerra de todos contra todos de Hobbes, na qual a vida de tantas pessoas tornou-se novamente solitária, pobre e muito revoltante.[34]

---

32 Friedrich August von Hayek entende que "o socialismo, tanto quanto o fascismo ou o comunismo, conduz ao estado totalitário e à destruição da ordem democrática". HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade*: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985, p. 157.

33 FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 263-264.

34 JUDT, Tony. *O mal ronda a terra*: um tratado sobre as insatisfações do presente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 116.

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt[35] analisam a democracia e o autoritarismo nos Estados Unidos da América e em vários outros países, mostrando que a morte da democracia atualmente quase não se dá nas mãos de homens armados, como em golpes militares rápidos, como no Chile contra Allende, mas com líderes eleitos, com os regimes democráticos decaindo aos poucos, quase de forma imperceptível, como no Peru, Venezuela, Hungria ou Rússia. As Constituições e outras instituições nominalmente continuam vigentes, as pessoas votam, os jornais existem e autocratas eleitos mantêm um verniz de democracia enquanto corroem a sua essência. Informam que os Estados Unidos da América estão nesse caminho, com a eleição de Donald Trump (Partido Republicano) em 2016; e que isolar *outsiders* demagogos extremistas populares exige coragem política, o que não teve o Partido Republicano, por medo, oportunismo ou erro de cálculo, ao trazer um extremista como candidato presidencial, normalizando as eleições. Isso gerou um perigo para a democracia, quando os partidos políticos devem ser os guardiões dela, pois são a verdadeira proteção contra autoritários. Entendem que para a identificação de políticos antidemocráticos, há quatro sinais de alerta como os que: (a) rejeitam, em palavras ou ações, as regras do jogo democrático. Rejeitam a Constituição ou querem violá-la, aumento de número de magistrados na Corte Constitucional para domínio político, proibição de organizações, restrição de direitos civis/políticos básicos, golpes militares, restrição do direito de voto de minorias, protestos de massa destinados a forçar mudanças no governo, tentam silenciar figuras culturais e tentam minar a legitimidade das eleições; (b) negam a legitimidade dos oponentes. Descrevem seus rivais como subversivos ou opostos à ordem constitucional, rivais são ameaças à segurança nacional ou modo de vida predominante, ou são criminosos ou agentes estrangeiros; (c) toleram e encorajam a violência. Laços com gangues ou milícias, estimulam ataques a oponentes, e sem punição a apoiadores, e elogiam atos de violência do passado ou em outros países; e (d) dão indicações de disposição para restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia. Apoiam leis que restrinjam protestos ou críticas, ameaças contra rivais e elogios a medidas repressivas no passado ou em outros lugares no mundo.

Levitsky e Ziblatt informam que nenhum candidato preencheu nenhum dos quatro critérios no último século, nem mesmo Richard Nixon, mas apenas Trump.[36] Defendem

---

35 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

36 O Chefe do Poder Executivo federal no Brasil atual parece se enquadrar em todas essas opções, pois já se manifestou contra a democracia, é contrário aos direitos humanos/fundamentais constitucionais, defendeu aumento de cadeiras no STF para poder dominá-lo politicamente, quer cortar dinheiro para ONGs ambientais contrárias às suas políticas de destruição do meio ambiente, defende o golpe militar de 1964, atacou dinheiro para a cultura para artistas adversários políticos, questionou a legitimidade das urnas eleitorais, negou a legitimidade do ex-presidente Lula de ser seu concorrente nas eleições de

que as salvaguardas constitucionais não são suficientes para garantir a democracia, mas sim as regras não escritas, informais, que são a tolerância mútua e a reserva institucional (evitar ações que violam o espírito das leis), e essas regras começaram a ser quebradas pelos republicanos, gerando a posterior eleição de Trump. Por fim, defendem uma frente única de democratas, da esquerda a centro-direita, para que barrem os inimigos da democracia, com políticas universalistas voltadas para a desigualdade econômica, evitando políticas que apenas beneficiem minorias, para evitar estigmas raciais e ressentimentos.[37]

Note-se que quando se trata de Democracia, é o regime democrático explicitado por Enrique Ricardo Lewandowski, não apenas no sentido formal, mas compreende a participação do povo no poder, o sufrágio universal, o império da lei, a separação dos poderes, a garantia das liberdades públicas, o governo da maioria, a expressão das minorias, o direito de oposição, com o bem-estar público e a justiça social, não sendo atingida a democracia sem o preenchimento de certos requisitos prévios de ordem econômica e social, sem privilégios, sem iniquidade social.[38]

---

2018, e entende que qualquer adversário político é subversivo ou corrupto, diz que movimentos sociais são terroristas ou contrários à segurança nacional, entende que qualquer proposta mais progressista ou liberal política é contrária à vida predominante das maiorias, entende que os médicos cubanos são agentes estrangeiros, encoraja que seus seguidores hajam com violência contra seus adversários políticos, tem ligações com as milícias do Rio de Janeiro, defende a não punição de apoiadores e familiares, elogia a ação de torturadores da ditadura militar, faz ataques sistemáticos contra as mídias que não sejam de extrema-direita e apoia aplicação de lei de terrorismo contra adversários. Ainda, Bolsonaro foi beneficiado por decisão do STF que cancelou milhões de títulos eleitorais por falta de biometria, principalmente no Nordeste, onde o então candidato tinha menos votos. Bolsonaro ainda foi beneficiado por um ataque a faca durante a campanha, o que posteriormente o nominou como ataque terrorista contra ele, o que acabou ajudando na divulgação de seu nome como uma vítima de um inimigo político. Levitsky e Ziblatt ainda informam como foi a eleição e o governo de Alberto Fujimori no Peru (com o que nos parece com muitas semelhanças com Bolsonaro), pois Fujimori não conseguiu que nenhum partido grande o indicasse, os peruanos se mostravam enojados com os partidos estabelecidos e não viam nele alguém íntimo das elites, discurso populista que capitalizava esse ódio, na posse disse que o país enfrentava a mais profunda crise de sua história republicana, à beira do colapso, com corrupção e terrorismo, era outsider, só tinha uma vaga ideia do que fazer no governo, poucos amigos entre os caciques políticos, eleito, descobriu que aqueles que havia atacado e derrotado ainda controlavam muitas alavancas do poder. Começou de forma turbulenta, com o Congresso não aprovando leis, preferia governar sozinho, a partir de seu laptop, optou por governar por decreto, xingando parlamentares e juízes, acabou dissolvendo o Congresso e virando um tirano.

37 Rubens R. R. Casara entende que "o fascismo é cinza, monótono, enquanto a democracia é multicolorida e em constante movimento". CASARA, Rubens R. R. Apresentação. *In:* TIBURI, Marcia. *Como conversar com um fascista*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 11-15.

38 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*, 2ª ED. Belo Horizonte, 2018, p. 126.

Não há dúvida sobre a onda anti-democrática que assola o mundo e o Brasil, mas será analisado se essa onda pode ser denominada de fascismo ou protofascismo. Como o fenômeno no Brasil será estudado, é importante tratar também do Integralismo, chamado de fascismo brasileiro.

## 2 INTEGRALISMO, O FASCISMO BRASILEIRO, E O BRASIL DE HOJE

O Brasil já contou com uma forte influência do fascismo no período pré-II Guerra Mundial com o integralismo. Por mais que na Constituinte para a Constituição de 1934 já tivesse uma certa influência do fascismo italiano, houve uma radicalização político-ideológica entre 1934 e 1937, provocada pela mobilização de massa oriunda do Integralismo (movimento fascista brasileiro), reforçando tendência autoritária e legitimando o golpe militar em 1937, que dissolveu o Congresso, extinguiu a Constituição de 1934, e preparou a nova Carta, A Polaca, inspirada na Constituição da ditadura polonesa, elaborada por Francisco Campos.[39]

No início do século XX no Brasil os italianos moradores no país ainda se sentiam como calabreses, sicilianos, etc., pois a Itália ainda era um país recente. Em 1924 surge a *Fascio* de São Paulo. Enquanto os trabalhadores se identificavam com os movimentos socialistas e anarquistas, no Brasil os sindicatos não abraçaram o fascismo, mas sim os patrões, classe-média e ricos, que cultivaram o sentimento de ser italiano, e o Brasil segregava menos quem vinha de fora, com misturas, e o sentimento de ser operário pesou mais do que o de ser italiano. O operário italiano tinha mais em comum com o português, japonês e brasileiro, do que com o chefe italiano. Plínio Salgado, foi o pai do Integralismo, paulista do interior, político, escritor (chegou a ler poema no Theatro Municipal de São Paulo na Semana de Arte Moderna de 1922) e jornalista. Um filho de elite católica, e com um pouco de sangue indígena, que se encontrou com Mussolini em 1930, era um homem conservador que não via com bons olhos a homossexualidade, achava que o cosmopolitismo ameaçava a identidade nacional, a tradição e o passado, era contra o liberalismo e contra a ideia de luta de classes socialista que desagregava as famílias, um sertanejo descendente de bandeirantes contrário ao urbano. Influenciado por um mundo com a democracia liberal em crise e com muitas desigualdades, com a necessidade de um novo regime político, mais moderno e mais eficiente, em um ambiente com o nascimento do fascismo, com ideias antiliberais, de que os partidos políticos não representavam as correntes de pensamento da sociedade, com uma nação organizada em entidades classistas-corporativistas. O número

[39] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Constituição Brasileira: modelo de Estado, Estado Democrático de Direito, objetivos e limites jurídicos. *In: Constituição Brasileira*, p. 63-83.

dois foi o cearense Gustavo Barroso, que presidiu a Academia Brasileira de Letras, e era racista. Número três foi o jurista Miguel Reale, que depois virou apenas um conservador (o movimento teve grande força na Escola Nacional de Direito - RJ e na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco - SP). Foram integralistas Hélder Câmara e Vinicius de Morais, os quais depois foram para a esquerda. Plínio não queria a ditadura do proletariado comunista e nem a ditadura liberal da burguesia, não queria a eliminação de classes e defendia um ensino não para uma autonomia, mas para uniformizar uma compreensão de país. Era contra o federalismo, em princípio não era racista, e lança um Manifesto em 1931, defendendo que "a autonomia dos estados deve ser delimitada dentro das possibilidades da Pátria comum" e uma "representação das classes, produzindo um legislativo de técnicos e não de políticos; a delimitação das áreas políticas ao exercício do sufrágio; eleição indireta do presidente da República". Em período sem dinheiro em 1932, foi réu em processo por jogo fraudulento, em rifa desorganizada em nome da Cruz Vermelha, que não premiou ninguém e o dinheiro sumiu, por ter sido a ponte entre o organizador do evento e a entidade, o que gerou o apelido "Plínio Tômbola" (tômbola é um jogo italiano parecido com o bingo).[40]

[40] Sobre o Integralismo, obra obrigatória é a de DORIA, Pedro. Fascismo à brasileira - como o integralismo, maior movimento de extrema-direita da história do país, se formou e o que ele ilumina sobre o Bolsonarismo. São Paulo: Planeta, 2020. Em 1932 é publicado o manifesto da Ação Integralista Brasileira, com os seguintes trechos: O homem vale pelo trabalho, pelo sacrifício em favor da **Família, da Pátria** e da Sociedade. A Nação Brasileira deve ser organizada, una, indivisível, forte, poderosa, rica, próspera e feliz. Para isso precisamos de que todos os brasileiros estejam unidos. Mas o Brasil não pode realizar a união íntima e perfeita de seus filhos, enquanto existirem **Estados dentro do Estado, partidos políticos fracionando a Nação, classes lutando contra classes**, indivíduos isolados, exercendo a ação pessoal nas decisões do governo; enfim todo e qualquer processo de divisão do povo brasileiro. Por isso, a Nação precisa de organizar-se em **classes profissionais**. Cada brasileiro se inscreverá na sua classe. Essas **classes elegem**, cada uma de per si, seus representantes nas Câmaras Municipais, nos Congressos Provinciais e nos Congressos Gerais. Os **eleitos** para as Câmaras Municipais elegem o seu **presidente** e o **prefeito**. Os eleitos para os congressos Provinciais elegem o governador da Província. Os **eleitos** para os Congressos Nacionais **elegem o Chefe da Nação**, perante o qual respondem os ministros de sua livre escolha. Uma Nação, para progredir em paz, para ver frutificar seus esforços, para lograr prestígio no Interior e no Exterior, precisa ter uma perfeita consciência do **Princípio de Autoridade**. Precisamos de Autoridade **capaz de tomar iniciativas em benefício de todos e de cada um; capaz de evitar que os ricos, os poderosos, os estrangeiros, os grupos políticos exerçam influência nas decisões do governo**, prejudicando os interesses fundamentais da Nação. Precisamos de **hierarquia**, de **disciplina**, sem o que só haverá desordem. O **cosmopolitismo**, isto é, a influência estrangeira, é um **mal de morte para o nosso Nacionalismo. Combatê-lo é o nosso dever**. E isso não quer dizer má vontade para com as Nações amigas, para com os filhos de outros países, que aqui também trabalham objetivando o engrandecimento da Nação Brasileira e cujos descendentes estão integrados em nossa própria vida de povo. Referimo-nos aos **costumes**, que estão enraizados, principalmente em nossa burguesia, embevecida por essa **civilização** que está periclitando na Europa e nos Estados Unidos. Os nossos lares estão impregnados de **estrangeirismos**; as nossas palestras, o nosso modo de encarar a

Ao invés da suástica nazista alemã, a letra grega sigma (Σ), os integralistas eram chamados de encamisados, de preto na Itália, de cáqui na Alemanha, de verde no Brasil, mas sempre com uniforme para padronização e o fetiche da disciplina militar, e bradavam

---

vida, não são mais brasileiros. E procuram implantar a imoralidade de costumes. Nós somos contra a influência perniciosa dessa pseudo-civilização, que nos quer estandardizar. E somos contra a influência do comunismo. O nosso ideal não nos permite entrar em combinações com partidos regionais, pois não reconhecemos esses partidos; reconhecemos a Nação. A nossa Pátria não pode continuar a ser retalhada pelos governadores de Estados, pelos partidos, pelas classes em luta, pelos caudilhos. (…) Por isso, não colaboramos com nenhuma organização partidária, que vise dividir os brasileiros. Uns tramam contra os outros. E, enquanto isso, o comunismo trama contra todos. (…) Somos pelo Brasil Unido, pela Família, pela Propriedade, (…) pela abolição dos Estados dentro do Estado. O direito de propriedade é fundamental para nós, considerado no seu caráter natural e pessoal. O comunismo destrói a família para melhor escravizar o operário ao Estado. Não destruímos a pessoa, como o comunismo; nem a oprimimos, como a liberal-democracia; dignificamo-la. Pretendemos realizar o **Estado Integralista**, livre de todo e qualquer princípio de divisão: **partidos políticos; estadualismos** em luta pela hegemonia; **lutas de classes**; facções locais; caudilhismos; economia desorganizada; antagonismos de militares e civis; antagonismos entre milícias estaduais e o Exército; entre o governo e o povo; entre o governo e os intelectuais; entre estes e a massa popular. Pretendemos fazer funcionar os poderes clássicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), segundo os impositivos da Nação Organizada, com bases nas suas Classes Produtoras, no Município e na **Família**. Pretendemos criar a **suprema autoridade da Nação**. Pretendemos mobilizar todas as capacidades técnicas, todos os cientistas, todos os artistas, todos os profissionais, cada qual agindo na sua esfera, para realizar a grandeza da Nação Brasileira. Pretendemos tomar como base da Grande Nação, o próprio homem da nossa terra, na sua realidade histórica, geográfica, econômica, na sua índole, no seu caráter, nas suas aspirações, estudando-o profundamente, conforme a ciência e a moral. Desse elemento biológico e psicológico, deduziremos as relações sociais, com normas seguras de direito, de pedagogia, de política econômica, de fundamentos jurídicos. Como cúpula desse edifício, realizaremos a ideia suprema, a síntese de nossa civilização: na filosofia, na literatura, nas artes que exprimirão o sentido do nosso espírito nacional e humano. Pretendemos criar, com todos os elementos raciais, segundo os imperativos mesológicos e econômicos, a Nação Brasileira, salvando-a dos erros da civilização capitalista e dos erros da barbárie comunista. Criar numa única expressão o Estado Econômico, o Estado Financeiro, o Estado Representativo e o Estado Cultural. Pretendemos levantar as populações brasileiras, numa união sem precedentes, numa força jamais atingida, numa esperança jamais imaginada. Pretendemos lançar as bases de um **sistema educacional** para garantia da subsistência da Nação no futuro. Pretendemos insuflar energia aos moços, arrancá-los da descrença, da apatia, do ceticismo, da tristeza em que vivem; ensinar-lhes a lição da coragem, incutindo-lhes a certeza do valor que cada um tem dentro de si, como filho do Brasil e da América. Movimentar as massas populares numa grande afirmação de rejuvenescimento. Sacudir as fibras da **Pátria**. Erguê-la da sua depressão, do seu desalento, da sua amargura, para que ela caminhe, dando começo à Nova Civilização, que, pela nossa força, pela nossa audácia, pela nossa fé faremos partir do Brasil, incendiar o nosso continente, e influir mesmo no Mundo. Para isso, **combateremos os irônicos, os "blasés", os desiludidos, os descrentes**, porque nesta hora juramos não descansar um instante, enquanto não morrermos ou vencermos, porque conosco morrerá ou vencerá uma Pátria. (Grifamos.)

*Anauê* ("você é meu irmão"). Em 1934 surgem movimentos democráticos que englobavam esquerda e liberais antifascistas. Mas em uma manifestação integralista em São Paulo, alguns antifascistas mais radicais chegam a atirar nos camisas-verdes integralistas, que começam a tirar desesperadamente suas camisas. No dia seguinte, Apparício Torelly, o Barão de Itararé, diz que "um integralista não corre, voa", e os apelidou de "galinhas-verdes". Plínio Salgado, que dizia que o Integralismo não era racista, declara guerra contra o "judaísmo organizado" e "intelectuais, covardes e judeus". Em 1935 ocorre a desorganizada Intentona Comunista de Luís Carlos Prestes e um aumento exagerado de uma "ameaça comunista", e o governo Vargas vai ficando cada vez mais autoritário, com leis e alterações na Constituição de 1934 e prisão e tortura de esquerdistas e envio de judeus comunistas para a Alemanha nazista. A Ação Integralista Brasileira vai crescendo eleitoralmente, é financiada pelo governo nazista alemão e pretendia indicar Plínio Salgado para a eleição presidencial de 1938. Os integralistas inventam o "Plano Cohen" (inspirado no nome de Béla Kun, que implementou o segundo governo comunista no mundo em 1919 na Hungria), uma fraude, como se comunistas e judeus tomariam o Brasil com greves, incêndios, sequestros, explosões, ataques ao clero e estupros. Enquanto isso o Ministro da Justiça, Francisco Campos, preparava o texto da Constituição de 1937, baseada nas Constituições fascistas da Polônia e da Itália. Campos também prometia poder dos integralistas no governo Vargas. Os integralistas fazem uma marcha dos 50 mil pelas ruas do Rio de Janeiro (governo Vargas contou 17 mil). Getúlio outorga a Constituição de 1937, com centralização do poder, fim da Federação, e fim das eleições para governadores, e implementa um autogolpe e o Estado Novo. E pela Constituição e decreto-lei extingue partidos políticos, inclusive a AIB, e proíbe bandeiras, escudos, hinos, armas, uniformes, símbolos. Era o fim do Integralismo, que ainda tentou e quase conseguiu matar o presidente em 1938 (levante), em plena residência oficial do presidente, de madrugada. Plínio negou participação direta, chegou a ser preso e partiu em exílio para a Europa. Com a redemocratização foi candidato derrotada à presidência em 1955, virou deputado federal e apoiou o golpe de 1964, e sempre negou que a AIB era fascista. Faleceu em 1975. O Integralismo e seu partido Ação Integralista Brasileira (AIB, de 1933-37) foi o maior movimento fascista do mundo fora da Europa entre os anos 1920 e 1940 e o maior movimento popular de direita da nossa história, pelo menos até o surgimento do Bolsonarismo, sendo que a AIB contou com mais de 1 milhão (1937) de afiliados em um Brasil com 30 milhões de habitantes. Foi a maior ameaça ao primeiro governo de Getúlio Vargas.[41]

E o Brasil de hoje? O Brasil pode estar vivendo hoje em um período pré-iluminista na questão política, no qual conquistas como a Democracia, a República, o Estado Laico,

[41] DORIA, Pedro. *Fascismo à brasileira - como o integralismo, maior movimento de extrema-direita da história do país, se formou e o que ele ilumina sobre o Bolsonarismo*. São Paulo: Planeta, 2020.

os direitos fundamentais individuais e liberdades em geral, o devido processo legal, e a presunção de inocência, estão sendo questionados por uma onda mundial neoliberal (ou ultra neoliberal) e autoritária (será que fascista ou pelo menos protofascista?).[42]

Para Pedro Doria o Bolsonarismo está incluído em um movimento internacional que inclui Donald Trump (EUA), Viktor Orbán (Hungria) e Matteo Salvini (Itália), com características como atração por armas de fogo, fetiche e encantamento pelo militar, flerte com a violência física, questionamento do ideal iluminista da tolerância pela diferença, do culto ao debate, e uso da educação como máquina de uniformização do pensamento. Segundo ele, com a total falta de empatia com os mortos pelo COVID-19, o que os freudianos chamam de "pulsão de morte", uma violenta atração pela destruição da vida e da vida do outro, do diferente, que compreende a liberdade como permissão da violência. Cita Robert Paxton, no sentido de que o fascismo acredita que a sociedade está em declínio, que ele se enxerga humilhado, que se percebe como uma vítima do sistema, contra-ataca com nacionalismo, arma seus militantes cultua unidade e exige fidelidade, se relaciona com as elites tradicionais, mas com desconforto, respira violência e, no momento que tem força atropela restrições éticas e legais, características do Bolsonarismo. Mas para ele há diferença entre o fascismo e o Bolsonarismo, pois esse é um movimento sem ambições intelectuais – sendo que Mussolini era um leitor voraz, Salazar um acadêmico, Hitler trouxe para sua proximidade filósofos, cineastas e alguns dos melhores cientistas alemães e o integralismo era formado por artistas e pensadores.[43]

## 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se pensarmos no fascismo com as características do tradicionalismo, irracionalismo, recusa da modernidade, rejeição ao iluminismo (e, portanto, uma espécie de guerra contra os direitos fundamentais e direitos humanos), culto da ação sem reflexão ou crítica, guerra contra o inimigo e a diversidade, apelo às frustrações de uma sociedade despolitizada e com medo, apoio acrítico à hierarquia militar e ao líder que representa os anseios do povo sem intermediários, desdém pelas minorias políticas como os pobres, mulheres, negros, índios e homossexuais, defesa do povo armado, criminalização da política e dos políticos, e comunicação por meio de textos pobres em redes sociais sem a necessidade

---

42 VIOLIN, Tarso Cabral; MACHADO, Isabele Amorim. O fim da democracia e a escalada para o fascismo. *In:* BORDAS, Eduardo; GUIMARÃES, Edgar; REYNA, Justo; GABARDO, Emerson. (Org.). *A existência digna e a Administração Pública do Século XXI.* 1ed.Curitiba: Íthala, 2019, v. 1, p. 179-191.

43 DORIA, Pedro. *Fascismo à brasileira - como o integralismo, maior movimento de extrema-direita da história do país, se formou e o que ele ilumina sobre o Bolsonarismo.* São Paulo: Planeta, 2020.

da imprensa, podemos estar vivendo uma escalada fascista no Brasil e diversas outras regiões do planeta.[44]

Se o *Lawfare*, é o uso de forma manipulada do ordenamento jurídico como instrumento de combate contra o adversário (ou inimigo) com desrespeito das próprias regras e princípios constitucionais e legais, com uma aparência de legalidade, com estratégias midiáticas e psicológicas; esse *Lawfare* nada mais é do que um braço do fascismo do século XXI.

Tanto o *Lawfare* quanto o fascismo têm as características do tradicionalismo (reacionarismo contra o inimigo político que luta por um Estado de Bem-Estar Social), irracionalismo na manipulação por meio do Direito e da mídia, recusa da modernidade e de todos os direitos liberais e sociais (lembram do ódio contra pobres nos aeroportos ou da "gente diferenciada"), rejeição ao iluminismo, com uma espécie de guerra contra os direitos fundamentais e direitos humanos (contra regras e princípios constitucionais claros de razoabilidade e contraditório e ampla defesa, e juízo imparcial), culto da ação sem reflexão ou crítica (quem não lembra de decisões judiciais que demandariam meses de análise saírem em segundos para prejudicar o inimigo político que deveria ser preso), guerra contra o inimigo (prisão sem fundamento do líder nas pesquisas) e a diversidade, apelo às frustrações de uma sociedade despolitizada e com medo, apoio acrítico à hierarquia militar e ao líder que representa os anseios do povo sem intermediários (nunca esqueceremos que o paladino da justiça, após garantir a eleição do líder fascista, virou seu Ministro da Justiça e queria ser escolhido para o STF), desdém pelas minorias políticas como os pobres, mulheres, negros, índios e homossexuais, defesa do povo armado, criminalização da política e dos políticos, e comunicação por meio de textos pobres ("Conje", Powerpoint, etc.) em redes

[44] Entretanto, há quem entenda que o "bolsonarismo" não é um fascismo clássico/histórico, mas no máximo um "fascismo rastaquera". Para Marco Antonio Villa, na definição clássica de fascismo, o líder é carismático e com oratória, e Bolsonaro não teria essas características. Outra característica seria o nacionalismo, e o presidente brasileiro tem um discurso extremo oposto ao ser subserviente com os EUA. No fascismo italiano há referência histórica, da Roma antiga, o que não há na atual chefia do Executivo federal. No fascismo há partido e manifestações de massa, e Bolsonaro não tem partido e não consegue criar um novo partido, e não consegue a manifestação de massa. No fascismo há uma teoria e relação com o grande capital, e não é o caso do governo atual. No fascismo há uma relação com parte dos intelectuais (integralismo no Brasil contava com intelectuais), sendo que Bolsonaro tem aversão a intelectualidade. Culto da violência e das armas, falta de solidariedade social, classes-médias frustradas, busca de inimigos internos, reacionarismo contra a contemporaneidade, usa o medo nas redes sociais com fake news, confronto contra as instituições democráticas e contra a Constituição, seriam características fascistas do "bolsonarismo". VILLA, Marco Antonio. *Bolsonaro e o fascismo rastaquera*. Youtube. 11.07.2020.

sociais sem a necessidade da imprensa, ou usando a imprensa de forma manipuladora para seus interesses.[45]

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALBRIGHT, Madeleine. *Fascismo:* um alerta, 3ª ed. São Paulo: Planeta, 2018.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

CARDOSO, Pedro. *Pedro Cardoso Eu Mesmo*: em busca de um diálogo contra o fascismo brasileiro. Rio de Janeiro: Record, 2019.

CASARA, Rubens R. R. Apresentação. *In:* TIBURI, Marcia. *Como conversar com um fascista*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 11-15.

DE FELICE, Renzo. *Explicar o fascismo*. Edições 70, 1976.

DORIA, Pedro. *Fascismo à brasileira - como o integralismo, maior movimento de extrema-direita da história do país, se formou e o que ele ilumina sobre o Bolsonarismo*. São Paulo: Planeta, 2020.

ECO, Humberto. *O fascismo eterno*. Rio de Janeiro: Record, 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Constituição Brasileira: modelo de Estado, Estado Democrático de Direito, objetivos e limites jurídicos. In: *Constituição Brasileira*, p. 63-83.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GENTILE, Emilio. *Quem é fascista?* Guerra & Paz, 2019.

GENTILE, Giovanni. *Origini e dottrina del fascismo. Quaderni dell' Istituto nazionale fascista di cultura*. Libreria del Littorio, 1990.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade*: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985.

HITLER, Adolf. *Minha luta*. São Paulo: Centauro, 2001.

HORTA, Fernando. *Decifrando o fascismo*. Youtube do Ópera Mundi. Aula de 30.06.2020.

JUDT, Tony. *O mal ronda a terra:* um tratado sobre as insatisfações do presente. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

[45] Sobre a mídia e a necessidade de sua democratização, ver o nosso VIOLIN, Tarso Cabral. *Democratização dos Meios de Comunicação*: Estado, Direito e Políticas Públicas. Porto Alegre: Fi, 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Apresentação. *In:* LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (Coord.). *A influência de Dalmo Dallari nas decisões dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 9-14.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*, 2ª ED. Belo Horizonte, 2018.

Manifesto da Ação Integralista Brasileira.

MASCARO, Alysson Leandro. Prefácio. *In:* PACHUKANIS, Evguiéni B. *Fascismo*. São Paulo: Boitempo, 2020.

MASCARO, Alysson; MAGALHÃES, Juliana Paula. *Fascismo, de Pachukanis*. Youtube da TV Boitempo. 05.11.2011. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-aKEXFQiWoc. Acesso em: 04 jan. 2021.

MOSSE, George. *A Crise da Ideologia Alemã*: origens intelectuais do Terceiro Reich.

MUSSOLINI, Benito. *Fascismo*: a doutrina. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

NEGRI, Antonio. Primeiras observações sobre o desastre brasileiro: o caminho democrático para o fascismo. *Revista Cult* em 29.11.2018. Disponível em: https://revistacult.uol.com.br/home/. Acesso em: 08 fev. 2019.

ORWELL, George. *O que é fascismo? E outros ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

PACHUKANIS, Evguiéni B. *Fascismo*. São Paulo: Boitempo, 2020.

POLANYI, Karl. *Sobre o fascismo*. Editora Terra sem Amos.

RANIERI, Nina. *Teoria do Estado*: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito, 2ª ed. Barueri: Manole, 2019.

REICH, Wilhelm. *Psicologia de massas do fascismo*, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SCHMITT, Carl. La Dictadura. *Desde los comienzos del pensamento moderno de la soberania hasta la lucha de classes proletária*. Alianza Editorial Textos, Madrid, 2009.

TIBURI, Marcia. *Como conversar com um fascista*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

TOGLIATTI, Palmiro. *Lições sobre o fascismo*. São Paulo: Ciências Humanas, 1978.

TRÓTSKI, Leon. *Fascismo*: o que é e como combatê-lo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

VILLA, Marco Antonio. *Bolsonaro e o fascismo rastaquera*. Youtube. 11.07.2020.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Democratização dos Meios de Comunicação*: Estado, Direito e Políticas Públicas. Porto Alegre: Fi, 2020.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública*: uma análise crítica, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

VIOLIN, Tarso Cabral; MACHADO, Isabele Amorim. O fim da democracia e a escalada para o fascismo. *In:* BORDAS, Eduardo; GUIMARÃES, Edgar; REYNA, Justo; GABARDO, Emerson. (Org.). *A existência digna e a Administração Pública do Século XXI*. 1ed.Curitiba: Íthala, 2019, v. 1, p. 179-191.

WEBER, Max. A política como vocação. *In:* WEBER, Max. *Ciência e Política*: duas vocações. São Paulo: Martin Claret, 2004.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*, 4ª ed. Brasília: UnB, 2000.

ZETKIN, Clara. *Como nasce e morre o fascismo*. São Paulo: Autonomia Literária, 2019.

Capítulo 11

# DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: LADEIRA ACIMA E LADEIRA ABAIXO

*Vera Karam de Chueiri*[1]
*Katya Kozicki*[2]

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. DEMOCRACIA-CONSTITUCIONAL: LADEIRA ACIMA; 2. DEMOCRACIA-CONSTITUCIONAL NA DESCIDA; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Esta escrita toma duas direções: se dirige à nossa amiga e colega Tatyana Friedrich neste momento em que chega ao mais alto grau da carreira acadêmica e, também, se propõe a uma breve análise da democracia constitucional brasileira, relacionando campos de saber e campos de ação, que nem sempre estiveram juntos, ou seja, a teoria do direito, a teoria constitucional e os direitos humanos. Houve um tempo em que a teoria constitucional era matéria quase exclusiva do direito constitucional, não obstante a constituição fosse objeto de reflexões da filosofia e teoria do direito, como também, da filosofia, da teoria e da ciência política e dos direitos humanos.

Pois bem, a nossa premissa neste texto arrisca dizer que nas últimas três décadas, no Brasil e fora dele, a teoria constitucional deixou de ser um campo de conhecimento de reflexão exclusiva dos constitucionalistas convocando os teóricos do direto e da política

1 Professora titular de Direito Constitucional da UFPR

2 Professora titular de Teoria do Direito da UFPR e PUCPR

a estar juntos, mas não só. Também os internacionalistas têm colaborado para pensar as democracias constitucionais em suas fronteiras e em suas crises.

Isto, pois, (re)pensar o direito implica em partirmos destas zonas fronteiriças sem, porém, que elas nos acomodem. Não basta o reconhecimento de que a teoria constitucional, a filosofia e a teoria do direito, a filosofia, a teoria e a ciência política, como também o direito internacional e os direitos humanos estão comprometidos. Isto não nos traz a tranquilidade de um posto avançado conquistado, é preciso que se explore à exaustão tal comprometimento. Um pequeno exercício de exploração será feito neste capítulo acerca do uso que pode ser feito da Constituição contra ela mesma, deflagrando uma crise improdutiva no arranjo democrático-constitucional que o derruba ladeira abaixo. Antes, porém, mostramos os sentidos da democracia-constitucional que preservam a sua higidez e que estiveram presentes no Brasil desde a Constituição de 1988 até o golpe de 2016.

## 1 DEMOCRACIA-CONSTITUCIONAL: LADEIRA ACIMA

Partimos da compreensão da Constituição como aquilo que nos constitui como comunidade política, isto é, uma *comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais na concretude de nossas vivências cotidianas* (CARAVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 14) Tal afirmação relaciona-se à uma compreensão radical e reflexiva da constituição que retém o impulso constituinte na determinação de quem somos (CHUEIRI, 2013). A teoria constitucional forjada no limiar da passagem do século passado para este - como superação do projeto positivista no direito - leva à compreensão da constituição desde o nosso ponto de vista (nós, o povo), de quem, no jargão da filosofia e teoria do direito é o participante interno (e não o observador externo). Ainda, ela é compreendida a partir da dinâmica entre o constituinte e o constituído, abrindo novas possibilidades para o direito e para a política ou, em outras palavras, para o constitucionalismo e para a democracia, interna e externamente considerados.

Nós, o povo soberano, ao nos constituirmos, auto legislamos, impondo a nós próprios limites e tal constituição tem uma dinâmica tensa e conflituosa, mas possível e necessária.

O primeiro enfrentamento é o que acontece entre o poder constituinte e a constituição. Aquele é avesso a uma integração total em um sistema hierarquizado de normas e competências (NEGRI, p. 7-24). É um poder que funda o direito, mas se opõe aos limites resultantes desta fundação. Essa dificuldade se acentua ainda mais pelo fato de que o ato fundacional e constituinte se relaciona à democracia que, por sua vez, é rebelde a qualquer tipo de domesticação, como a que pode ocorrer pelo processo da sua constitucionalização.

O poder constituinte é a fonte de produção das normas constitucionais e, assim, encerrado numa factualidade (NEGRI, p. 7-9) da qual, ao mesmo tempo, quer escapar. Essa situação de tensão que poder constituinte gera, na medida em que não é uma instituição do poder constituído ou da constituição, permite que o compreendamos como potência, a qual, por sua vez, não predomina sobre o ato (fundacional).

Do nosso ponto de vista esta primeira dificuldade enfrentada pela teoria constitucional relativa à relação entre poder constituinte e poder constituído pode ser articulada de maneira que o constitucionalismo, ao invés de frear o poder constituinte, o exponha e o reafirme, na medida em que faz o trabalho de memória das lutas por direitos e dos compromissos assumidos em nome destes, bem como, da sua permanente reinvenção. Isso acontece quando o constitucionalismo possibilita a proteção de direitos, mas não só. Ele igualmente possibilita a crítica e a reinvenção destes. Desta forma, o constitucionalismo não se refere tão somente ao passado mas ele se realiza no presente e não como mera repetição daquele, mas como condição para o futuro; isto é, como condição para a ação política por meio da qual os direitos se exercem e se reinventam.

Neste sentido, dizemos que a Constituição de 1988 só faz sentido e, desta maneira se aplica, se comprometida com a potência que a constituiu. É como se a Constituição de 88 reatualizasse a força constituinte cada vez que afirma que o poder não pode ser exercido com abuso, que todos nós devemos ser tratados com igual respeito e consideração e que grupos sociais vulneráveis devem, em suas diferenças, ter seus direitos assegurados (mesmo contra o direito da maioria).

Quando uma demanda por direitos se coloca politicamente, a potência do poder constituinte se reafirma e, com a ela, a democracia também, numa relação tensa, mas produtiva com o constitucionalismo. Ou seja, a relação entre poder constituinte e poder constituído tem de ser entendida neste contexto no qual as tensões sinalizam vigorosamente no sentido de um constitucionalismo democrático. Se é o poder constituinte uma potência, ela está no ato fundacional do qual decorre a Constituição e nesta permanece em tensão com os poderes constituídos; no que se tornou a fundação da comunidade política. Assim, a Constituição se impõe não só porque é a norma fundamental, mas porque nos constitui como comunidade de pessoas que se reconhecem como livres e iguais em suas diferenças, sendo, a um só tempo, uma categoria epistêmica central e uma prática cotidiana irrenunciável.

As dificuldades que se colocam desde a fundação da comunidade política (ou da ordem, ou da constituição) e as possíveis maneiras de lidar com elas não nos imobiliza diante do fato (e não alivia a nossa responsabilidade acerca) de que o direito deve ser aplicado e que as demandas devem ser respondidas. Aprendemos com a história consti-

tucional, não sem dor, que *não há democracia*, *soberania popular, sem a observância dos limites constitucionais à vontade da maioria (...,) nem constitucionalismo sem legitimidade popular (...).* (CARAVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 68) A vivência cotidiana desta tensão é experimentada na demanda permanente por direitos o que, em sociedades complexas como a nossa, exige que lidemos, de um lado, com o nexo interno entre os direitos fundamentais e, de outro, com o caráter estruturalmente aberto e indeterminado das normas gerais e abstratas que os prescrevem. Aqui a abertura para o direito internacional dos direitos humanos torna-se uma chave importante e imprescindível.

A Constituição em sua abertura deve responder simultaneamente às pretensões de justiça e de segurança jurídica. Se por um lado uma decisão fundada na Constituição oferece uma resposta à determinada pretensão de direito fundamental e, desta forma, realiza a Constituição, por outro lado, essa resposta deve ser considerada precária e contingente. Eis outra chave importante para compreender o arranjo democrático-constitucional, a sua precariedade e contingência, o que, por outro lado, reclama a potência constituinte para o ato de refundação permanente da Constituição, na medida da sua aplicação.

Esse arranjo constitucional democrático reafirma a nossa convicção acerca da centralidade da relação entre constitucionalismo e democracia para o pensamento político progressista liberal (contemporâneo) e, também, para o pensamento político progressista não liberal. Para aquele, ela se relaciona à justificação dos arranjos políticos e jurídicos, sua autoridade diante da comunidade política. Para este significa tanto uma estratégia de crítica às instituições liberais, quanto, ao contrário, de engajamento com o propósito de forjar uma nova hegemonia (MOUFFE, 2013, p. 71) e estimular a participação popular nas tomadas de decisão, inclusive, sobre a política democrática e o direito. Ou seja, ter o povo - as pessoas de carne e osso - como protagonista das mudanças políticas que lhe afetam diretamente, o que pressupõe um sistema democrático-constitucional permanentemente aberto a tais mudanças.

De uma maneira complexa, conflituosa e tensa (cujo detalhamento não cabe neste capítulo), desde cinco de outubro de 1988, esses vinham sendo os sentidos teóricos e práticos da Constituição. Por isso a nossa referência a um dito popular que idêntica a ascendência em um caminho íngreme como uma conquista importante e que figurativamente dá a direção do futuro, da capacidade de fazer promessas, na medida em que no presente se dá um passo (a frente). No entanto, de 2016 até os dias atuais, para nossa indignação e perplexidade, a direção que o arranjo democrático-constitucional brasileiro vem tomando é outra, isto é, ele se voltou para direção contrária numa queda quase vertiginosa, ladeira abaixo.

## 2 DEMOCRACIA-CONSTITUCIONAL NA DESCIDA

O episódio chave desta mudança de direção da nossa democracia constitucional foi o *impeachment* da presidente eleita Dilma Rousseff em 2016. De lá para cá a complexidade, a tensão e os conflitos que são próprios à relação da democracia com o constitucionalismo deram lugar a um desfiguramento ou uma destruição deste arranjo por meio de práticas desconstituntes (PAIXÃO, 2020a, 2020b). Ou seja, um tipo de atitude em direção à Constituição que até mesmo por meio de lei ordinária modifica os seus sentidos em relação aos princípios republicano, democrático e federativo na proteção e garantia dos direitos fundamentais e humanos. Segundo Paixão, o processo tem várias etapas e responsáveis, mas é possível rastrear seus passos iniciais, que se localizam na década de 2010, já na antessala da crise política que encontraria seu ápice com o *impeachment* de 2016" (2020a, p. 2).

Neste sentido, a experiência democrática-constitucional brasileira deve ser referida como a dos últimos vinte e oito anos mais cinco. Partimos da premissa de que em 2016 tivemos um golpe – parlamentar e constitucional.[3] Não é mera questão semântica ou retórica utilizar a expressão golpe ao invés de impeachment. Ao contrário: o vocabulário da política e do direito nos oferecem os dois termos, cada um com seus limites significativos e possibilidades argumentativas. Citamos Dworkin (1999, p.3) que ao se referir ao processo de *impeachment* de Bill Clinton afirmou: "É um tipo de golpe usar fórmulas constitucionais para subverter princípios constitucionais".

O golpe se deu com a utilização de fórmulas constitucionais, os artigos 85 e 86 do texto constitucional e da Lei n. 1079, de 10 de abril de 1950, que trata dos crimes de responsabilidade do Presidente da República em virtude de suas prerrogativas e competências constitucionais. A utilização dessas "fórmulas", digamos assim, se deu inclusive com o respaldo do Supremo Tribunal Federal que, no exercício da jurisdição constitucional manifestou-se sobre o processo em diferentes momentos. Tratou-se de quebra constitucional. (KOZICKI; CHUEIRI, 2019, p. 158) Isto, pois, a ordem constitucional brasileira estabelece o processo de *impeachment* como um processo político que não pode prescindir de fundamentação jurídica, ou seja, as razões para o *impeachment* devem se basear na tipificação do crime de responsabilidade. Não há hoje dúvida quanto à gestação e organização de um golpe pois não houve situação típica que configurasse crime de responsabilidade para a presidente Dilma Rousseff. As evidências apresentadas para justificar o cometimento de crime de responsabilidade foram frágeis. Foram determinantes as circunstâncias políticas

[3] Esse argumento foi desenvolvido por nós no artigo publicado na *Lua Nova*, São Paulo, 108: 157-176, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ln/a/PKW8c7yQfs6gqBKMnh3KLFG/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 5 out. 2021.

que desrespeitaram às regras do jogo constitucional, sob a coordenação do então presidente da Câmara dos Deputados.

Durante os vinte e oito anos da democracia constitucional brasileira, tínhamos a sensação, a partir de decisões tomadas nas esferas institucionais do executivo, do legislativo e do judiciário, como também, da participação dos movimentos sociais, de que havíamos conquistado uma estabilidade, não sem as tensões que lhe são próprias do arranjo. "Havia uma solidez constitucional, na medida em que, normativamente, não se questionavam os princípios liberais que expressavam as liberdades fundamentais, a igualdade formal, a dignidade das pessoas e, empiricamente, as instituições, suas estruturas e seus procedimentos seguiam funcionando conforme as regras do jogo constitucional democrático." (KOZICKI; CHUEIRI, 2019, p. 159) O golpe de 2016 se utilizou da fórmula constitucional do *impeachment* e, com ele, o declínio da nossa democracia-constitucional tomou velocidade. Afastar uma presidente, legitimamente eleita, em circunstância alguma é desejável e quando decorrente do cometimento de crime de responsabilidade, ainda que não seja desejável, é justificável. No entanto, sem esta circunstância do enquadramento nos crimes de responsabilidade, o *impeachment* que já faz terra arrasada, torna-se uma arma letal ainda mais potente, pois ele é indevida e perversamente utilizado com efeitos devastadores sobre a estrutura democrática constitucional e a sociedade. Vale dizer, o *impeachment* não se sustenta em bases jurídico-políticas, pois as respectivas condições para o seu uso não se verificam, os seus efeitos são deletérios como hoje identificamos no que nos sobrou de constitucionalismo e democracia "O roteiro do *impeachment* tem muitas faces, mas é difícil esquecer as várias declarações de voto, no julgamento do *impeachment*, elogiosas aos torturadores, ditadores e violadores de direitos de todas as ordens".[4] (KOZICKI; CHUEIRI,

[4] Destacamos algumas declarações de voto na oportunidade de votação: – "Viva o Brasil e viva o Sérgio Moro! juiz da operação lava-jato!"
– "Feliz aniversário, Ana, minha neta."
– "Eu, junto com meus filhos e minha esposa, que formamos a família no Brasil, que tanto esses bandidos querem destruir com propostas de que as crianças mudem de sexo e aprendam sexo na escola com seis anos de idade, meu voto é sim!"
– "Como delegado da Polícia Federal, meu voto vai para o fim da facção criminal lulopetista, fim da Central Única dos trabalhadores e seus marginais. Viva a Lava- jato e a República de Curitiba! E minha bandeira nunca serÁ vermelha!"
– "Por causa da morena mais bonita do Brasil, o voto é sim."
– "Pátria amada, pátria amada, teu filho delegado de polícia Waldir não foge à luta." – "Pela paz de Jerusalém, eu voto sim."
– "Perderam em 1964, perderam agora em 2016. Pela família e pela inocência das crianças nas aulas que o PT nunca teve. Contra o comunismo, por nossa liberdade. Pela memória do Coronel Carlos Ustra [torturador], o pavor de Dilma Rousseff, pelo exército de Caxias do Sul, pelas Forças Armadas, por um Brasil acima de tudo, por Deus acima de todos, meu voto é sim!".

2019, p. 168) Falas criminosas e sádicas em ataque a presidente, falas vagas ou ambíguas foram proferidas no espaço institucional do poder legislativo. Isto revela não exatamente o afastamento e deposição da presidente, mas a deposição da democracia constitucional brasileira. As instituições, como as casas do Congresso Nacional e o STF, ao invés de zelar/guardar/proteger o arranjo constitucional democrático o atacaram e desconstituíram.

Manifestações autoritárias e ataques à Constituição se tornaram o *leitmotif* a partir do golpe de 2016 e, sobretudo, após o processo eleitoral de 2018. Uma hipótese para este estado de coisas é a reação dos que se sentiram incomodados com o PNDH 3 e a instituição da Comissão Nacional da Verdade, sua missão de apurar os crimes da ditadura civil-militar (1964-1985) e a responsabilidade dos que os cometeram. Não por acaso o presidente eleito reafirmou, várias vezes, que os que não estiverem alinhados com o seu (des)governo devem ir "para a ponta da praia". A "ponta da praia" era uma gíria usada pelos militares para o destino de presos políticos que seriam mortos sob tortura na base militar da Marinha na Restinga de Marambaia, em Pedra Guaratiba, no Rio de Janeiro. Eis a ladeira abaixo da nossa democracia-constitucional, da qual pouco resta.

A Constituição tem sido sistematicamente usada contra ela mesma pelo atual governo federal, como também pelo legislativo federal e até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal. Podemos dizer que atravessamos, desde o gople de 2016/*impeachment* uma crise constitucional, o que vislumbramos pelo fato de que os mecanismos para a solução das crises políticas foram desabilitados e substituídos pela vontade insana do governo federal. A pandemia e as políticas públicas deflagradas pelo governo federal são eloquentes neste sentido. A crise constitucional é marcada pelo descumprimento das promessas constitucionais de 1988, como a deliberada desabilitação da Constituição, especialmente no cumprimento dos direitos fundamentais. Vejamos a Emenda Constitucional 95, que fixou o teto para os gastos públicos por vinte anos, afetando principalmente a saúde e a educação, ou a aprovação da Lei n. 13.467/2017, acerca da reforma trabalhista, que ataca os direitos sociais e as diversas normativas emitidas durante estes últimos dois anos da pandemia da COVID-19[5]. Some-se a isso a militarização promovida pelo executivo federal em suas pastas, notadamente no Ministério da Saúde.

A "indicação de militares – da ativa, sobretudo – para cargos tipicamente civis do Executivo, em ministérios tipicamente civis e sem relação com a defesa do País ou

[5] Deisy Ventura na pesquisa em que coordena acerca da pandemia relata que o governo federal falhou em todos os aspectos de uma resposta à pandemia: na testagem, na vigilância e na proteção social (Brasil..., 2020). Disponível em: https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/rfi/2020/07/01/brasil-falhou-em-todos-os-aspectos-na-resposta-a-pandemia-dizespecialista-da-usp.htm Acesso em: 5 out. 2021.

atribuições contemporaneamente conferidas às Forças Armadas, como missões de paz e reconstrução, aponta, de forma incontestável, para uma politização incompatível com o pressuposto de profissionalização do oficialato."(KOZICKI; CHUEIRI; PINARO, BONATTO, 2020, p. 142) Tal fato se apoia em uma interpretação equivocada do art. 142 da Constituição, pois contra ela mesma, na medida em que sugere que as Forças Armadas podem, por vontade do presidente da república e pelo seu comando, intervir arbitrariamente nas instituições de governo.

Cremos que esses exemplos demonstrem o quanto nossa democracia constitucional desceu ladeira abaixo e nosso temor é que ela encontre o abismo, a partir do qual sua reconstrução será na base de grandes sacrifícios e sofrimentos, maiores e mais intensos dos que já nos são infligidos. Mas isso não nos desobriga de frear essas práticas desconstituintes e impedir que cheguemos ao abismo. Os direitos humanos, suas instituições e movimentos sociais organizados, mobilizados internamente e externamente, podem, estrategicamente, ajudar-nos a deter essa derrocada ou essa crise destrutiva da nossa democracia constitucional.

A este respeito (e voltando ao início do nosso texto) destacamos o trabalho da professora Tatyana Friedrich que, por meio do direito internacional, em especial o trabalho com os migrantes e refugiados, e por meio da sua militância política, reforça a luta pela democracia-constitucional e pelos direitos humanos. O exercício da hospitalidade e da solidariedade em relação ao outro/à outra, os estranhos/as estranhas, como são os refugiados e as refugiadas, sua inclusão e não discriminação reafirma tal compromisso, do que somos testemunhas, como amigas e colegas, que acompanham sua trajetória e trabalho como professora e pesquisadora na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/rfi/2020/07/01/brasil-falhou-em-todos-os--aspectos-na-resposta-a-pandemia-dizespecialista-da-usp.htm. Acesso em: 5 out. 2021.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, n. 58, p. 25-36, 2013. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/ view/34863/21631. Acesso em: 9 abr. 2021.

CHUEIRI, Vera Karam de; KOZICKI, Katya. Vinte e oito anos de constitucionalismo e democracia e dois de excepcionalidades: diálogos entre teoria constitucional e teoria do direito. *In:* LEITE, Glauco Salomão; SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allan; ARAÚJO, Marcelo

Labanca Corrêa de. *30 anos da Constituição brasileira*: balanço crítico e desafios à (re)constitucionalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 93-109.

KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera Karam de. Impeachment: arma nuclear constitucional. *Lua Nova*, *on-line*, n. 108, p. 157-176, 2019. Epub Nov 28, 2019.

KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera Karam de; SILVA, Rick Daniel Pianaro da; BONATTO, Marina. Militarização da saúde: crise e as relações civis-militares no governo Bolsonaro. *Revista Direito Público*, v. 17, n. 96, p. 123-151, 2020. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4618. Acesso em: 8 abr. 2021.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte*: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). *In: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*: Autonomia Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, 2014. v. 43. Tomo I.

PAIXÃO, Cristiano. Captura da constituição e manobras desconstituintes: crônica do Brasil contemporâneo. *GGN*, 6 nov. 2020a. Disponível em: https://jornalggn.com.br/artigos/captura-da-constituicao-e-manobras-desconstituintes-cronica-do-brasil-contemporaneo-por-cristiano-paixao/. Acesso em: 6 nov. 2020.

PAIXÃO, Cristiano. Destruindo "por dentro": práticas desconstituintes do nosso tempo. *GGN*, 13 jul. 2020b. Disponível em: https://jornalggn.com.br/artigos/destruindo-por-dentro-praticas-desconstituintes-do-nosso-tempo-por-cristiano-paixao/. Acesso em: 9 fev. 2021.

PAIXÃO, Cristiano; MECCARELLI, Massimo. Constituent power and constitution-making process in Brazil: concepts, themes, problems. *Giornale di Storia Constituzionale*, v. 40, n. 2, p. 29-54, 2020.

CAPÍTULO 12

# *LAWFARE*, CORRUPÇÃO E ESTADO DE EXCEÇÃO

*Charlotth Back*[1]

*Nathalia Penha Cardoso de França*[2]

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. DESLEGITIMAÇÃO JUDICIAL DA POLÍTICA; 2. GUERRAS INDIRETAS E *LAWFARE*; 3. *LAWFARE* E CORRUPÇÃO: UM DISCURSO FUNCIONAL AO AUTORITARISMO NO ESTADO BRASILEIRO; 4. CORRUPÇÃO, NEOLIBERALISMO E AUTORITARISMO: O FENÔMENO BOLSONARO; 5. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

---

1 Doutora em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide (Espanha), com estágio doutoral no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre em Relações Internacionais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento pela Universidad Pablo de Olavide. Vice presidente da Comissão de Direito Internacional da OAB/RJ. Professora nos Departamentos de Direito e Relações Internacionais na Universidade Estácio de Sá. Investigadora do HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas da Universidade Federal de Juiz de Fora. Membro da Secretaria Internacional da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia e do Conselho Latino Americano de Justiça e Democracia (CLAJUD) do Grupo de Puebla. E-mail: charlotthback@gmail.com

2 Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Internacional Público e Privado pela The Hague Academy of International Law. Graduada em Direito pela PUC/SP. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Sistema de Justiça e Estado de Exceção" (PUC/SP). E-mail: nathaliapcfranca@gmail.com

## INTRODUÇÃO

No pós 11 de setembro, a sociedade estadunidense, com grande influência da mídia e do governo, passa a considerar os terroristas como os grandes inimigos internos e externos à paz e à segurança do país. Nesse contexto, a política externa americana volta sua atenção para o Oriente Médio, local em que passa a atuar militar, política e economicamente em prol dos interesses das empresas estadunidenses. Dentro desta estratégia de guerra, a justiça dos Estados Unidos converte o processamento judicial do terrorismo e daqueles que supostamente o financiam em verdadeira guerra jurídica, imputando aos acusados crimes previstos em leis de guerra, os quais, ao menos nos planos jurídico e político, passam a ser considerados prisioneiros de guerra –inclusive sendo presos em uma prisão de caráter excepcional, Guantánamo.

Os sentidos garantista e limitador dos poderes punitivos do Estado, assegurados pelo Direito Penal e pelos Direitos Humanos, na prática, dão lugar a uma perseguição jurídico política, por meio da qual as leis penais convertem-se em verdadeiras leis de combate, situação análoga ao que ocorreu nos regimes fascistas. Este contexto de autoritarismo judicial, juntamente com o início da crise sistêmica do modelo neoliberal, justifica a adoção de medidas altamente restritivas e persecutórias em contra minorias e populações vulneráveis, racializadas e migrantes. Os indivíduos processados criminalmente – considerados infratores ou contrários à ordem, e por isso inimigos - já não contam mais com a proteção dos princípios penais mínimos dos Direitos Humanos, pois a eles não se lhes aplica o Direito – combate-lhes com o Direito, prática chamada de *lawfare*. A aplicação do Direito torna-se, ao invés de protetiva, combativa e com o claro intuito de vencer os considerados "inimigos da sociedade".

A aplicação do *lawfare* não se limita à estratégia norte americana no Oriente, mas também se estende a outros espaços de interesse geopolítico do país, especialmente a América Latina. Como parte do desdobramento das táticas de dominação, a guerra por meio do direito, ao invés de contemplar a utilização de armamentos militares e de deslocamentos geográficos, passa a privilegiar instrumentos de dominação indiretos, que utilizam as instituições, a mídia e a cultura locais como mecanismos de destruição do inimigo e de desestabilização de governos legitimamente eleitos.

Em Estados latino-americanos, não atingidos pelo terrorismo – e por isso pouco afetos à "guerra contra o terror" -, a criação do inimigo a ser combatido passa pela perseguição de governos que apresentavam alternativas ao modelo neoliberal de Estado. Os principais alvos são os políticos de oposição - de esquerda - sob o pretexto do combate ao fantasma do comunismo e da consequente corrupção advinda deste modelo, além dos

movimentos sociais, sob a alegação de que são beneficiados de forma desproporcional por políticas públicas, o que prejudicaria a coletividade como um todo.

Os novos golpes contra a democracia, agora travestidos de golpes jurídico-parlamentares, e as persecuções políticas legitimadas por setores do poder judiciário e da mídia, são sintomas de que há uma grande ofensiva contra as conquistas sociais e contra a relativa independência internacional conquistadas pelos países latino americanos na primeira década do século XX. Em ambos os casos, o que se vê é a utilização traiçoeira das leis, a qual inverte ideologicamente o Direito para macular os direitos humanos ao invés de protegê-los, para perseguir e alvejar líderes populares que apresentam alternativas ao modelo neoliberal de sociedade.

No contexto brasileiro, o "combate à corrupção" tem sido a narrativa que dá suporte ao *lawfare*, e o transforma em uma autoproclamada missão do sistema de justiça e da grande mídia. Não é de se estranhar que a escolha da linguagem se dê no campo bélico. Assim como ocorre com a "guerra ao terror" e a "guerra às drogas", o "combate à corrupção" remete a uma terra sem lei, a uma anomia na qual todo meio é válido para o alcance da finalidade, que nem sempre acarreta o término do fenômeno da corrupção em si, mas a derrocada dos que são apontados discricionária e politicamente como atores responsáveis por desse fenômeno.

Tendo este cenário como base, pretende-se analisar neste estudo o combate à corrupção como estratégia para legitimar do uso instrumental do Direito como arma para violações patológicas de direitos fundamentais no Brasil e para a transformação completa do Estado, que vinha materializando um modelo neoliberal menos opressor e excludente. Esta prática se concretizou com a tentativa de judicialização do Estado, o seu esvaziamento como espaço de mediação dos conflitos inerentes às sociedades democráticas e com a compreensão de que o Estado é um ambiente técnico, mero gestor de recursos, retirando a importância da política como meio de decisão sobre os rumos do país. O decorrente ataque judicial ao Estado converte-se em um fenômeno bastante funcional ao sistema neoliberal, que relativiza a importância do seu papel enquanto promotor de políticas públicas que minimizem as desigualdades e promovam o bem-estar.

## 1 DESLEGITIMAÇÃO JUDICIAL DA POLÍTICA

Desde o Pós-Guerra, por um compreensível reconhecimento histórico de falibilidade da Administração Pública como única esfera de decisão na condução dos rumos estatais, o equilíbrio entre os poderes do Estado tem mudado constantemente para uma preponderância crescente do Judiciário em detrimento do Executivo e do Legislativo, e

para o controle judicial das políticas públicas. Hirschl[3] demonstra uma tendência global de avanço e adensamento do neoliberalismo na sociedade e na economia, e narra o fenômeno da judicialização da mega-política, ou seja, decisões judicias tratando de temas de competência política cada vez mais recorrentes passam a ser determinadas ou revisadas por órgãos judiciais.

Se um dia o instrumento de ampliação da judicialização da política foi através do direito constitucional e de um "ativismo judicial" que se justificava pela proteção contra majoritária das minorias e pela "imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público"[4], outro cenário é visto recentemente nos processos político eleitorais: há uma interferência judicial nas escolhas políticas do eleitorado e na atividade estatal, utilizando-se do direito penal como pautador das condutas dos agentes públicos. Assim, sobretudo na América Latina, a criminalização da política se somou à judicialização da política já observada.

A maioria dos estudos iniciais sobre o tema levavam em conta apenas o entendimento das causas do aumento da criminalização da política, e deixavam de lado os seus efeitos concretos, como quem são os sujeitos afetados, quais interesses políticos são favorecidos e desfavorecidos pelo fenômeno, e qual o saldo jurídico de grandes invasões de atribuições.

Uma perseguição excessiva da atividade política pelo braço mais forte do Estado, o sistema de justiça criminal, mina a legitimidade geral da justiça estatal e é contraproducente para a já enorme quantidade de casos criminais clássicos. Há claro atropelo de garantias e direitos processuais em casos de pretensa investigação e acusação de cometimento de crimes que envolvam agentes públicos, seja para a obtenção de confissões forçadas, no uso de prisões preventivas fora dos moldes legais como força extorsiva, e vazamento de informações para a mídia em momentos nevrálgicos do processo e dos períodos eleitorais.

A esse fenômeno, Fernando Hideo Lacerda[5] dá o nome de processo penal de exceção, isto é, o combate a um inimigo apontado como tal por interesses estatais ou mesmo mercadológicos internacionais, pautados no neoliberalismo, para retirar a legitimidade de líderes eleitos.

---

3 HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

4 SALOMÃO, Luis Felipe. *Ativismo judicial:* para quem e por quê? Migalhas, Palestra realizada na XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, em 27 de novembro de 2017, em São Paulo. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e-por-que

5 LACERDA, Fernando Hideo Iochida. *Processo penal de exceção.* Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

> Desse modo, o sistema de justiça forja interpretações do direito contrárias à Constituição Federal e ao ordenamento posto, com o propósito fraudulento de emprestar legitimidade democrática formal – através do procedimento institucionalizado das práticas judicias – a atos materialmente autoritários que afrontam a soberania popular. Tais medidas de exceção não instituem formalmente uma nova Constituição, mas estrutural um processo de esvaziamento de sentido dos direitos fundamentais e garantias individuais. O texto passa a ser manipulado de acordo com as preferências subjetivas do intérprete – contaminado pelos mecanismos ideológicos de dominação –, dando forma a um sistema de justiça demagogo. (p. 120)

Assim, mesmo a finalidade pretextuosa de combate à corrupção não se concretiza através dos meios jurídicos, pois as condenações transitadas em julgado no tema permanecem raras, já que, em algum momento, sucumbem às várias nulidades ocorridas ao longo do curso processual. Por outro lado, alguns países já consideram a ação penal, ou mesmo a condenação em primeira instância, como impedimento para participação em pleitos eleitorais, o que prejudica os pilares democráticos de qualquer forma.

Seja através de manipulação de processos criminais, com finalidade de eliminar ou retirar do jogo político um inimigo, seja por perpetração de processos de *impeachment* inconstitucionais contra adversários políticos, os países de capitalismo periférico têm voltado os canhões da exceção para líderes sociais que se mostraram historicamente progressistas. Nestes casos, sempre há a atuação central do sistema de justiça em colaboração com a mídia.

Sobre o sistema de justiça brasileiro e sua atuação, explica Pedro Serrano que:

> O sistema de justiça gerencia essa governança de exceção permanente a que estão submetidos os territórios ocupados pela pobreza. Essa aparente contradição entre a impunidade no campo dos homicídios e o endurecimento da punição aos crimes relacionados às drogas e crimes contra a propriedade, como roubos e furtos, corresponde, na realidade, ao interesse da elite incluída. As vítimas dos casos sem conclusão – porque sem empenho efetivo de apuração por parte do poder público – são os pobres, pretos, moradores da periferia, muitas vezes, assassinados pelas próprias forças de repressão do Estado. O que se observa é que nossa estrutura judicial não foi estabelecida para realizar justiça de forma universal e democrática, mas sim para investigar os crimes que interessam aos incluídos, àqueles que estão, de fato, sob a proteção do Estado democrático de direito. (p. 214)[6].

[6] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. "Autoritarismo líquido e as novas modalidades de prática de exceção no século XXI." *Themis*, 18(1):197-223, 2020.

Quando a população percebe que o Poder Judiciário foi lamentavelmente cooptado pela lógica tendenciosa e pouco respeita as leis e os princípios que deveria seguir, sua legitimidade também fica prejudicada. Se as regras não são claramente seguidas nem pelos representantes do judiciário, as pessoas não conseguem orientar suas condutas com segurança jurídica, e, no caso dos agentes públicos, qualquer atividade ou atuação pode ser considerada futura e jurisprudencialmente ilegal, crime de responsabilidade, ou até crime comum. O resultado, portanto, é uma paralisação da atividade política com fundado receio da uma criminalização ou um sancionamento político – no caso de impeachment, por exemplo – imprevisível.

O debate público, ao assistir a esse cenário, se afasta de questões que afetam a vida dos cidadãos e se torna uma polarização de acusações recíprocas. Essa "política pela denúncia", nas palavras de Balán[7], liquida tempo e força de vontade que devem ser elementos-chave da gestão pública, atribuídos por todos do povo aos seus representantes. Na negação da aplicação correta da lei, que é o produto mais legítimo da soberania popular, a guerra jurídica "toma de assalto a democracia"[8] (p. 27), pois o pretenso governo impessoal das leis dá lugar ao governo pessoal dos homens.

Como lembra Rafael Valim[9], Carl Schmitt considera que o soberano de verdade é quem decide sobre a exceção, e percebe-se quem é o verdadeiro soberano no cenário narrado, pois aquele que decide quando e como aplicará a lei, em acordo ou desacordo com os limites constitucionais, ou seja, o perpetrador da exceção com finalidades específicas, é na verdade o mercado, em nome de uma elite invisível e não localizável.

> Em última análise, *o estado de exceção é uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal*. É o meio pelo qual se neutraliza a prática democrática e se reconfiguram, de modo silencioso, os regimes políticos em escala universal. (...) A fim de preservar o estado de coisas vigente, o Estado empreende uma guerra incessante contra um inimigo virtual, constantemente redefinido, do qual se retira, em alguns casos, a própria condição de pessoa, reduzindo-os a um outro genérico, total, irreal. Em síntese, o *mercado define os inimigos e o Estado os combate*. (pp. 33-36)

---

7 BALÁN, M. *Competition by Denunciation:* The Political Dynamics of Corruption Scandals in Argentina and Chile. Trabalho apresentado na 67 Conferência anual da Associação de Ciência Política Midwest, Chicago, Abril, 2-5, 2009.

8 VALIM, Rafael. *Estado de Exceção:* a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017.

9 VALIM, Rafael. *Estado de Exceção:* a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017.

As evidentes ilegalidades de prisões, processos penais e impeachments fraudulentos não seguem mais o receituário dos golpes ocorridos na segunda metade do século XX, com taques nas ruas e fuzis nas mãos, mas se travestem de golpes jurídico institucionais e com verniz de legalidade, uma vez que são seguidos os trâmites[10] - portarias, peças processuais, oitiva de testemunhas, prazos de defesa etc.-, o que cria uma encenação de devido processo e um simulacro de respeito aos demais direitos.

No entanto, o olhar mais atento perceberá o atropelo destas garantias em nome da rápida e efetiva decisão final pré-anunciada: uma condenação, com ou sem provas suficientes. Para Casara (p. 15)[11], é a manutenção de algumas práticas com aparência de legalidade que nos conduz à ilusão de que nos afastamos do autoritarismo, a qual "dociliza aqueles que acreditam que se está no marco do Estado Democrático de Direito", ocorrendo a deslegitimação judicial da atividade política.

Esse quadro está completamente imerso na racionalidade neoliberal, a qual alguns autores pretendem justificar como desague necessário do processo de globalização, mas que, em verdade, constitui um mecanismo estratégico de consolidação e concentração dos grandes poderes político-econômicos mundiais, e não sua socialização. Para isso, é necessário desmantelar o Estado de Bem-Estar social, minimizar direitos e recorrer a práticas autoritárias, especialmente pela crescente utilização do poder penal para excluir ou neutralizar os inimigos[12].

Essa lógica individualista, altamente competitiva, consumista e de espetacularização, inclusive de processos judiciais, considera que todo ato é individual, e que as pessoas apontadas por cometerem tal ato devem ser execradas até perderem tudo que têm, em vez de considerá-las como possíveis partes de uma estrutura maior e mais poderosa.

## 2 GUERRAS INDIRETAS E *LAWFARE*

Como estamos demonstrando neste estudo, o autoritarismo judicial que interfere diretamente na política interna criou novas formas de agir com relação aos considerados inimigos e sobretudo de conviver com o Estado de Direito. Paralelamente, na seara da

---

10 BACK, Charlotth. Direito penal do inimigo político. *In: Comentários a uma sentença anunciada:* o processo Lula**.** Organizadores: Carol Proner et al. (orgs). Bauru: Canal 6, 2017.

11 CASARA, Rubens. *Estado pós democrático*. *Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

12 CASARA, Rubens. *Estado pós democrático*. *Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

política internacional, um novo conceito vem ganhando força entre os analistas militares, o de "guerra híbrida" ou "guerra indireta". Muito embora ainda seja um termo que precisa de mais precisão, há certo consenso de que a guerra híbrida seria uma combinação de guerra regular, guerra irregular e guerra assimétrica.

O termo "guerra híbrida" foi popularizado por Andrew Kyrobko[13] ao analisar a nova estratégia dos EUA no Oriente Médio, a qual combina táticas tradicionais com técnicas de desestabilização político ideológica do inimigo, especialmente por meio da produção do consentimento da sua população, o que daria ares de espontaneidade aos acontecimentos decorrentes desta estratégia. Ademais, ocorre um grande trabalho através dos grandes meios de comunicação e de parte dos setores judiciários que cria um ambiente de legitimidade e principalmente normalização das táticas utilizadas.

Isso significa que é um tipo de guerra travada por atores estatais ou particulares que agem incorporando táticas de combate não convencionais, ações terroristas, caos, guerra cibernética, guerra financeira, guerra midiática e guerra jurídica[14], nas quais o fator psicológico é fundamental e se torna "quase impossível que se perceba quem integra as fileiras no exército inimigo" (p.89)[15].

O *lawfare*, nesse contexto, ganha importância como instrumento das guerras híbridas empreendidas pelos EUA. O uso traiçoeiro das leis possibilita que ocorra um ataque "a partir de dentro"[16] – com a cooperação de setores nacionais -, fornece uma máscara de legalidade a este ataque – já que justifica ilegalidades com a própria lei – e distorce a vontade da maioria – uma vez que o aparato midiático passa a ser responsável pela criação de um ambiente persecutório e punitivo. Em certos casos, a manipulação do Direito e das instituições viabiliza mudanças de regimes para outros que atendam aos interesses geopolíticos norte-americanos, já que esta estratégia minimiza os custos políticos, militares e econômicos se comparados com os custos de golpes militares tradicionais.

Não se pode negar que a atuação do Estado americano e a implementação de sua política externa é indissociável dos interesses comerciais e financeiros das suas empresas[17], o que demonstra que o *lawfare* serve não apenas como estratégia política de

---

13 KORYBKO, Andrew. *Guerras híbridas*. *Das revoluções coloridas aos golpes*. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

14 JOSAN, Cristina Andrei. "Hybrid wars in the age of asymmetric conflicts". *Review of Air Force Academy*, 28(1):50, 2015.

15 SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil.* Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

16 SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil.* Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

17 SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil.* Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

consolidação de poder, mas também está vinculado a uma "mão visível" do Estado (p. 23)[18], cujo poder permite a influência e o controle de mercados e economias nacionais. As grandes corporações não apenas conseguem manipular os mercados, mas também são as proprietárias dos meios hegemônicos de comunicação, encarregados de encobrir as ações de guerra e de criar consenso em torno das mesmas.

O fato de que a maioria dos processos judiciais latino-americanos envolvendo casos de corrupção tenha como réus ex-líderes ou atuais líderes latino americanos de governos progressistas dá pistas de que estamos claramente diante de uma nova estratégia de disputa geopolítica. Vale mencionar que, durante o ciclo político iniciado pela vitória eleitoral de Hugo Chávez na Venezuela em 1998, por exemplo, os países de liderança esquerda da região empreenderam uma série de políticas com consequente reforço por organizações regionais de integração política que procuravam demonstrar uma visão geopolítica da América Latina alternativa a estadunidense.

Os golpes perpetrados por meio do *lawfare*, que contaram com a cooperação de setores dos sistemas de justiça e da mídia, e que ocasionaram subsequentes derrotas eleitorais de grupos progressistas, começaram a modificar o mapa geopolítico da região, levando a uma onda de conservadorismo e autoritarismo. Parte dessa guinada à direita se materializou em importantes mudanças políticas e especialmente em mudanças econômico financeiras, as quais beneficiaram o capital internacional, principalmente em nichos bastante disputados como a construção civil, o sistema bancário e o acesso a recursos estratégicos, como petróleo e biodiversidade. Assim analisa Fernando Hideo Lacerda:

> A persecução criminal torna-se uma arma de guerra nas mãos de um sistema de justiça submisso ao mercado, destinada a intensificar a eliminação das classes populares e travar um novo combate contra os adversários políticos, intelectuais críticos, comunicadores inconvenientes, advocacia combativa, servidores públicos que permanecem leais à Constituição e setores estratégicos da economia nacional (p. 14)[19].

O *lawfare* se apresenta, portanto, como bastante funcional aos interesses das corporações internacionais, ao mesmo tempo em que se materializa como método de criação do caos e de desestabilização política e econômica dos governos latino americanos.

---

18 CURCIO-CURCIO, Pasqualina. *La mano visible del mer*cado. *Guerra económica en Venezuela*. Caracas: Editorial Nosotros Mismos, 2017.

19 LACERDA, Fernando Hideo Iochida. *Processo penal de exceção.* Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

## 3 *LAWFARE* E CORRUPÇÃO: UM DISCURSO FUNCIONAL AO AUTORITARISMO NO ESTADO BRASILEIRO

No contexto brasileiro, a estratégia do *lawfare* tem sido usada na autoproclamada missão do Judiciário de "combate à corrupção". Já em 1969, Marighella[20] observava a tendência da utilização do discurso contra a corrupção como método de guerra aplicado à política, no qual será utilizado "cada meio possível, da corrupção, de erros e de falhas do governo e seus representantes, forçando-os a explicações desmoralizantes e justificações nos meios de comunicação de massas que mantém baixo censura". Mais recentemente, o "combate à corrupção" tem se encaixado perfeitamente na estratégia contemporânea da guerra híbrida empreendida contra o Brasil. A corrupção passou a ser o "bode expiatório de todos os males do país" (p. 92)[21] e o estratagema para o surgimento de movimentos políticos conservadores.

A utilização de táticas simbólicas e discursivas de ataque e de submissão dos adversários não surgiu juntamente com as guerras híbridas – ela já estava presente no discurso colonial, no qual a culpa pela conquista era dos próprios "bárbaros conquistados". A teoria e a prática do Direito Internacional "moderno" mascara um lado invisível desde o seu início – a colonialidade -, pois aquelas nasceram marcadas pelo estabelecimento da diferença entre o europeu e o não europeu, entre o soberano e o não soberano[22]. Este discurso jurídico segmentou o mundo em povos civilizados e não civilizados desde a expansão colonial do século XV, passando pelo imperialismo do século XIX e se mantendo nas novas formas de imperialismo e dominação dos séculos XX e XXI.

A aplicação do Direito, a serviço da dominação e da expansão político econômica, portanto, existia, ainda que com outro nome, e, hoje, é parte integrante da própria estrutura teórica e prática do Direito Internacional[23]. No entanto, o que ocorre agora é a exacerbação da instrumentalização ideológica das leis em um contexto estatal distinto, no qual a lógica empresarial domina todos os aspectos do Estado.

E por que o combate à corrupção funciona como uma justificativa que ao mesmo tempo motiva e legitima ações decorrentes da nova ofensiva geopolítica em contra o Bra-

---

20 MARIGHELLA, Carlos. *Mini-manual del guerrillero urbano.* Sabotagem, 1969.

21 SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil.* Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

22 KOSKENNIEMI, M. *The gentle civilizer of nations:* the rise and fall of international law 1870-1960. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

23 ANGHIE, A. *Imperialism, sovereignty and the making of international law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

sil? Em primeiro lugar, de acordo com Jessé Souza[24], a corrupção política esteve "desde sempre na cabeça das pessoas como a causa suprema das mazelas brasileiras" (p. 94). Para Schwarcz (p. 90)[25], ela é um dos traços permanentes que revelam o autoritarismo do Estado brasileiro e "faz parte, em maior ou menor escala, do cotidiano do país desde os tempos do Brasil colônia", o que demonstra o estigma negativo que a corrupção carrega na sociedade brasileira.

Em segundo lugar, a missão anticorrupção dissimula o conservadorismo, o ódio ao diferente e a violência empreendida contra adversários em discurso moralista e de defesa das instituições públicas, o que torna "impreciso e nebuloso quem é o combatente inimigo" (p. 90)[26]. O "combate à corrupção" se utiliza das "próprias contradições", hostilidades e disputas presentes no Brasil para desestabilizar os governos democraticamente eleitos e enfraquecer suas instituições democráticas. Ademais, de acordo com Casara (p. 215)[27], o próprio significante "corrupção" "não apresenta contornos rígidos, é maleável e seletivo, mas acaba sendo vendido como de interesse de todos e utilizável contra todos os indesejáveis".

Em terceiro lugar, é praticamente impossível combater este discurso, já que ninguém é contrário à luta contra corrupção. É evidente que todos querem que seus representantes trabalhem de acordo com a vontade de seus eleitores e que tomem decisões levando em consideração o bem comum da sociedade brasileira. Ocorre que a luta contra a corrupção, por mais louvável que pareça, não pode ocorrer ao arrepio das leis e das garantias fundamentais previstas na nossa Constituição. Não é possível aceitar que todos os meios lícitos e ilícitos sirvam de forma indiscriminada em nome deste combate – autorizando o afastamento de direitos e garantias mínimas penais dos acusados.

Dessa forma, os críticos à missão de "combate à corrupção" condenam os meios utilizados para este fim, e não o combate ao crime de corrupção em tese. Devemos aqui relembrar o apoio midiático dado a este discurso, o qual construiu um "consenso" em torno do tema que passou a ser praticamente irrefutável e foi manipulado para "permitir o afastamento dos limites éticos e jurídicos ao exercício do poder penal" (p. 214)[28].

---

24 SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil.* Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

25 SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

26 SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil.* Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

27 CASARA, Rubens. *Estado pós democrático*. *Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

28 CASARA, Rubens. *Estado pós democrático*. *Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

Políticos do espectro progressista, como resta evidente pelo caso Lula da Silva, estão sendo tratados como verdadeiros inimigos e não como cidadãos acusados em um processo crime; ou seja, os réus destes processos de "combate à corrupção" não são sujeitos de direito, ou mesmo alvos de proteção jurídica. São, na verdade, objetos de coação, desprovidos de direitos e da proteção jurídica mínima a que todos os indivíduos têm direito, mesmo aqueles investigados por crimes.

Segundo Jessé Souza[29], o "vira-latismo disfarçado de identidade nacional" coloca o povo brasileiro em uma posição de subordinação, pois "se acredita inferior e corrupto de nascença", reduz o debate sobre os problemas brasileiros e imputa à corrupção a culpa de todo mal existente no país. Para Alex Hochuli[30], haveria ao mesmo tempo um certo cinismo e uma ingenuidade da sociedade brasileira que daria suporte às operações ilegais de combate à corrupção, como a Lava Jato, mas que permitiria uma tolerância com outras práticas de corrupção consideradas menos graves.

A corrupção passa a ser uma "arma simbólica" (p. 103)[31] contra a própria população e justifica a troca de governos não funcionais aos interesses dos grandes grupos econômicos. Na história do Brasil, a luta contra a corrupção já foi mais de uma vez utilizada para afastar governos democraticamente eleitos, justificar golpes e criar condições para a tomada de medidas autoritárias que estancassem políticas favoráveis aos destituídos[32].

Esta missão, levada a cabo especialmente por membros do Judiciário, auxiliados pela grande imprensa, instrumentaliza o esvaziamento do papel dos direitos como limitadores ao exercício do poder econômico, cobrindo-o de uma roupagem jurídico-procedimental de respeito à Constituição. Para José Joaquim Gomes Canotilho[33], a legitimidade formal da Constituição não basta para "dar forma", "constituir" ou justificar qualquer tipo de ato. Exige-se uma fundamentação constitucional substantiva para todos os atos, baseada em parâmetros essencialmente fornecidos pelo catálogo de direitos fundamentais existentes - sejam eles políticos, civis, garantistas, econômicos, sociais ou culturais.

Por trás de um discurso pretensamente democrático e de defesa dos bens públicos, está um autoritarismo judicial dissimulado, típico de contextos de Estado de exceção e

---

29 SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil.* Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

30 HOCHULI, Alex. A brasileirização do mundo e o fim da história. *Podcast* Chutando a Escada, 02 de julho de 2021. Disponível em: https://chutandoaescada.com.br/2021/07/02/chute-220-brasileirizacao/

31 SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil.* Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

32 SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *A democracia impedida*: o Brasil no século XXI. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

33 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

da aplicação do *lawfare*. O autoritarismo passa a ser mais eficiente pois consegue diluir-se e confundir-se no interior de uma proposta discursivamente democrática, que, por isso mesmo, não pode ser contraposta a nenhum outro argumento, sem que este seja considerado um "perigo aos homens de bem". É o que Pedro Serrano intitula autoritarismo líquido:

> (...) nesse caso, não se trata de medidas de exceção isoladas, e sim de uma patologia, ou seja, de uma manifestação de intensidade muito maior do que seria admissível ou imaginável, embora indesejado, num sistema democrático. O autoritarismo líquido é um mecanismo mais evoluído de autoritarismo na sua ótica autoritária, pois confere ao Estado um poderio que, diluído na rotina democrática, enfraquece os mecanismos de controle típicos do regime jurídico administrativo nos moldes que conhecemos (p. 201)[34].

Tal discurso legalista, na verdade, disfarça os mais variados interesses políticos, econômicos e sociais dos grupos que planejam retirar das populações os seus direitos mais fundamentais. Estes direitos têm progressivamente dado voz, acesso e participação efetivos – seja por meio do voto ou por meio da candidatura a cargos eletivos – a pessoas antes excluídas do sistema político, tanto no Brasil como em outros países latino americanos.

Ao final, a luta contra a corrupção concreta é a luta contra o próprio Estado democrático brasileiro, como espaço que promoveu alguma democratização do poder político e econômico nos últimos anos e no qual tem sido possível a atuação de grupos políticos considerados adversários. Além disso, este mesmo Estado, não sem avanços e retrocessos, promoveu a inclusão social e a ascensão de grupos historicamente subalternizados e excluídos do debate público.

## 4 CORRUPÇÃO, NEOLIBERALISMO E AUTORITARISMO: O FENÔMENO BOLSONARO

As políticas de austeridade que, logo depois da crise de 2008, passaram a constituir o receituário a ser seguido pelos governos não hegemônicos, têm sido usadas como justificativa para o afastamento dos atores estatais da administração de serviços públicos cujo controle, sob a alegação de contenção de gastos e de atingimento da máxima eficiência, é transferido para atores privados.

---

[34] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. "Autoritarismo líquido e as novas modalidades de prática de exceção no século XXI." *Themis*, 18(1):197-223, 2020.

Isso significa que a privatização de serviços públicos retira grande parte da capacidade dos Estados de regularem o fornecimento destes serviços, e os coloca em uma posição de mediação entre as empresas e os indivíduos, ou pior, os exclui completamente desta relação jurídica. Nesse sentido, serviços que compõem direitos sociais dos cidadãos, como previdência, saúde e educação, ao saírem da esfera estatal, passam a ser submetidos às regras do mercado, da concorrência; isto é, os direitos à previdência, à saúde, à educação, entre outros, passam a ser bens mercantilizados, regulados pelas regras do mercado e acessíveis apenas àqueles que podem comprá-los.

Dentro desta mesma lógica de esvaziamento do "público", há a exacerbação do individual sobre o coletivo – os indivíduos, cada vez mais apartados uns dos outros em razão da tecnologia e do isolamento em nome da "segurança", não têm consciência da coletividade. O papel do Estado, neste modelo político econômico neoliberal, é de apenas regular as relações entre indivíduos e entre o ente estatal e os particulares, ou seja, sob esta concepção, os Estados deveriam gradualmente se abster de interferir nos direitos e liberdades individuais.

De acordo com Dardot e Laval[35], o neoliberalismo, diferentemente do que é defendido em muitos momentos, não tem interesse no desaparecimento do Estado, mas na reformulação deste - mais exatamente na relativização do seu papel de entidade que integra todas as dimensões da existência coletiva: a organização do poder político, o desenvolvimento da cultura nacional, as relações entre as classes sociais, a organização da vida econômica, o nível de emprego e assim por diante. Neste sentido, os Estados tendem a delegar muitas das suas funções a empresas particulares.

Neste contexto de privatização dos interesses públicos, o combate à corrupção passa a ser uma retórica constantemente utilizada para mascarar a imposição do Estado neoliberal. O discurso é utilizado como um "cavalo de Troia": por fora é atraente e quase inquestionável; no entanto, inúmeras vezes, mascara a imposição de modelos de "desenvolvimento" e modelos de "democracia", baseados exclusivamente na acumulação de capital, na racionalidade neoliberal, na exploração infinita dos recursos naturais, no individualismo e numa concepção esvaziada de democracia. Modelos outros, que não se encaixam nestas premissas, são denunciados como corruptos, e, por isso, merecedores de uma ação de combate imediata, contundente e destrutiva.

Por meio destas "táticas de choque"[36] que instalam o caos – social, político e econômico – foi possível "vender" à sociedade brasileira a necessidade de ataques, a

---

35 DARDOT, P.; LAVAL, C. *The new way of the world*: on neoliberal society. London: Verso, 2013.

36 KLEIN, N. *The shock doctrine*: the rise of disaster capitalism. New York: Metropolitan Books, 2007.

princípio provisórios, às políticas públicas e às proteções sociais, assim como a urgência da entrada de empresas privadas internacionais em esferas antes reservadas ao serviço público nacional. Tudo isso em nome da "eficiência no combate a uma grave crise" – vale dizer, gerada intencionalmente - que, ao final, serviu perfeitamente para a expansão do modelo econômico neoliberal e a destruição de outras alternativas de desenvolvimento. De acordo com Casara (p. 213)[37], este modelo de Estado neoliberal tem suas práticas "pautadas exclusivamente com base em critérios economicistas, de eficiência, sem limites éticos ou jurídicos".

As guerras híbridas, carregadas de interesses geopolíticos e geoestratégicos, hoje transformaram-se em intervenções diretas na política dos Estados-alvo e validam a relativização da soberania em nome da defesa da moralidade e do combate à corrupção. Claramente, estes objetivos são bastante ambíguos, pois são seletivos no que concerne aos indivíduos submetidos a processos penais, e contêm em si uma violência simbólica contra os direitos políticos das populações, uma vez que são somente "fachada para legitimar a mudança de governo por meios não democráticos que interessava tanto aos Estados Unidos quanto à elite brasileira"[38].

Portanto, as crises econômicas, políticas e sociais, que sempre acompanham o surgimento de políticas econômicas neoliberais no Brasil, e que pauperizam ainda mais os já empobrecidos, não são resultado de incompetência ou má gestão estatais. São parte fundamental do projeto de expansão do "livre mercado", que só pode avançar em contextos de desastres. Nesse sentido, o *lawfare* serve como arma para atacar os adversários, retirar-lhes as possibilidades de defesa e diminuir "legalmente" suas possibilidades de reação. Inúmeras atrocidades são cometidas em nome do "combate à corrupção", o qual serve para reforçar a racionalidade neoliberal.

Mergulhado em uma crise econômica, política e institucional forjada por setores da elite econômica juntamente com os grandes veículos de comunicação e parcelas do Judiciário, durante o segundo mandato da Presidenta Dilma Rousseff, o Brasil foi vitimado por um golpe jurídico-parlamentar que rompeu irreversivelmente com sua jovem democracia sob a aparência de legalidade. Em julho de 2016, a Presidenta Dilma Rousseff, eleita pelo voto popular e afastada do governo por crimes inexistentes, aguardava o resultado do processo de *impeachment* no Senado Federal, que seguia os "procedimentos" ditados pelos usurpadores da democracia brasileira. Já durante este período, no imediato afastamento da Presidenta eleita, as políticas do Estado brasileiro já se distanciavam cada vez mais do

---

37 CASARA, Rubens. *Estado pós democrático*. *Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

38 SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil.* Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

povo e se aproximavam dos interesses do capital transnacional, instrumentalizados por medidas provisórias, leis e reformas legislativas que desnaturalizavam totalmente o projeto de governo escolhido pelo povo nas eleições de 2014.

Além do golpe contra a Presidenta Dilma Rousseff, a Operação Lava Jato constituiu uma verdadeira máquina de *lawfare* no Brasil, por meio da qual foi possível a perseguição de adversários políticos, a destruição de biografias e o desrespeito aos direitos humanos. Para Avritzer (p. 27)[39], a Lava Jato foi responsável pela reconstrução de "elementos dos sistemas autoritários de justiça", escancarou as relações de acoplamento entre Estado e grandes empresas privadas, arrastando a atividade pública para a lógica privada, cujas consequências econômicas são apontadas por Luiz Gonzaga Belluzzo[40]: a reorganização da estrutura produtiva; a onda de fusões e aquisições que transformou o sistema financeiro; e a centralização do controle da propriedade. De acordo com Souza (p. 103)[41], a Operação Lava Jato foi a ponta de lança dos "interesses econômicos e corporativos dos Estados Unidos no exterior".

A Operação Lava Jato provocou impactos diretos e indiretos na economia brasileira e no desenvolvimento de campos nacionais estratégicos, ocasionando o desmonte de empresas altamente competitivas dos setores petrolífero e da construção civil, para citar alguns, e gerando desemprego direto e indireto que se seguiu à contração da renda no Brasil. Como aduz Adalberto Cardoso (p. 76)[42], a Operação "paralisou obras de infraestrutura por todo o país, provocando efeitos a montante a jusante nas cadeias produtivas de petróleo, gás, construção civil e obras públicas", e, sobre os setores de apoio a esses fenômenos, enxergou que:

> Muitas organizações da "velha" democracia patrocinaram estes movimentos, dentre elas a imprensa empresarial, os partidos e sindicatos de oposição ao governo Dilma Rousseff, organizações empresariais como FIESP, CNI e FEBRABAN, o Supremo Tribunal Federal e o sistema de Justiça como um todo, que respaldou a Operação Lava Jato e, ao fim, o Congresso Nacional (p. 80)[43].

---

39 AVRITZER, Leonardo. *Política e antipolítica*: A crise do governo Bolsonaro. São Paulo: Todavia, 2020

40 BELLUZZO, Luiz Gonzaga. As consequências económicas da Lava-Jato. *In:* KERCHE, Fábio; FERES JÚNIOR, João (orgs.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira.* São Paulo: Contracorrente, 2019.

41 SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil.* Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

42 CARDOSO, Adalberto. *À beira do abismo:* uma sociologia política do Bolsonarismo. Rio de Janeiro: Amazon, 2020.

43 SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. "Autoritarismo líquido e as novas modalidades de prática de exceção no século XXI." *Themis*, 18(1):197-223, 2020.

De 2016 em diante, os índices de desocupação e subutilização da mão de obra em idade economicamente ativa passam a subir, segundo os dados sistematizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em sua Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. A taxa de desocupação, que nos últimos trimestres dos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015, esteve, respectivamente, na casa de 6,9%, 6,2%, 6,5% e 8,9% da população economicamente ativa, nos anos de 2016, 2017, 2018 e 2019, alcançou os dois dígitos, chegando aos 12%, 11,8%, 11,6% e 11%, respectivamente[44].

A Operação Lava Jato também deu origem à antipolítica no Brasil[45], na qual há um impasse entre o sistema judicial e o Estado Democrático de Direito, que cria uma "concepção moral de política judicialmente sancionada", na qual caberia ao Poder Judiciário tutelar a política e avaliar o que seria certo ou errado, o que nega atributos essenciais para a democracia, como a negociação e a coalizão. Nesse sentido, ocorreu a desvalorização da política e a "concentração, na figura do juiz [Moro], dos princípios de legitimidade em relação à forma de lidar com bens públicos" (p. 28)[46].

O tema da judicialização da política e da perseguição judicial dos líderes progressistas impactaram de forma direta nas eleições de 2018, quando a mídia apontava o segundo turno como uma "difícil decisão" entre dois candidatos "extremistas", Jair Bolsonaro (ainda PSL) e Fernando Haddad (PT), mas como recorda Luiz Eduardo Soares (2020), a "retirada do PT" pesou na balança aparentemente equilibrada, segundo a imprensa de massa.

A estrutura conceitual do bolsonarismo pode ser definida como "um fenômeno político que transcende a figura de Bolsonaro e é caracterizada por uma ultra-visão de mundo conservadora, retornando aos valores tradicionais de retórica nacionalista e patriótica" (p. 19)[47]. O bolsonarismo também é tipificado como a crítica severa de qualquer coisa que seja minimamente identificada com a esquerda, direitos humanos e progressismo.

O cenário político em que surge o bolsonarismo é a crise de representação política e a descrença generalizada na política e nos partidos tradicionais. A ideia de que "todos os políticos são iguais" levou à eleição de pessoas que apelavam para o populismo, para a

---

44 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA . *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua* – Quadros sintéticos 4º semestre 2020. Site institucional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=26039&t=-quadro-sintetico . Acesso em: 20 set. 2021.

45 AVRITZER, Leonardo. *Política e antipolítica*: A crise do governo Bolsonaro. São Paulo: Todavia, 2020.

46 AVRITZER, Leonardo. *Política e antipolítica*: A crise do governo Bolsonaro. São Paulo: Todavia, 2020.

47 PINHEIRO-MACHADO, R.; FREIXO, A. de. *Brasil em transe*: Bolsonarismo, Nova Direita e Desdemocratização. Oficina Raquel: Rio de Janeiro, 2019.

utilização da força e se apresentavam como "alternativa a tudo isso que está aí". Como recorda Luiz Eduardo Soares[48], "uma semana antes do pleito, Bolsonaro, em discurso inflamado para a amassa de apoiadores que se aglomerava na principal avenida de São Paulo, (...) por meio de celular (...), ameaçava eliminar fisicamente os petistas e os esquerdistas", e milhares de pessoas comemoravam todo fim de frase do então candidato.

A subserviência estadunidense também se junta ao processo eleitoral de 2018 de maneira clara quando assistimos aos encontros de Bolsonaro e sua família com o estrategista da extrema-direita mundial Steve Bannon. Como elencou a matéria da Carta Capital da edição de 19 de outubro de 2018, "[a] campanha do ex-capitão repete estratégias verbais e operacionais de Donald Trump na disputa pela Casa Branca em 2016. Um dos filhos de Bolsonaro, Eduardo, esteve em agosto, em Nova York, com o principal estrategista de Trump na campanha, Steve Bannon"[49]. O fenômeno do bolsonarismo, portanto, está inserido na lógica neoliberal e subserviente aos EUA, mostrando-se disposto a "entregar ativos nacionais a bancos e corporações globais" (p. 106)[50]. Para Casara (p. 185)[51],

> Pode-se atribuir aos Estados Unidos, após as experiências latino-americanas que serviram de ensaio, o advento do uso neoliberal do poder penal, adequado a uma sociedade consumista, sem limites e submetida tanto ao mercado quanto ao individualismo narcísico e moralizante.

A "guerra contra a corrupção" e a ideia de antipolítica presentes seminalmente no bolsonarismo despolitizaram os debates públicos no Brasil, levando à concepção de que a atividade governamental é apenas tecnicista, fundada na gestão e alocação de recursos econômicos, de acordo com dados técnicos e científicos. Por trás de um discurso de defesa dos bens públicos, está um autoritarismo judicial dissimulado, típico de contextos de Estado de Exceção. O autoritarismo passa a ser uma alternativa aceitável pois consegue diluir-se e confundir-se no interior de uma proposta discursivamente democrática e moralista, que, por isso mesmo, não pode ser contraposta a nenhum outro argumento, sem que este seja considerado um "perigo aos homens de bem".

---

48 SOARES, Luiz Eduardo. *Dentro da noite feroz: o fascismo no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

49 CARTA CAPITAL. As pistas do método 'Cambridge Analytica' na campanha de Bolsonaro. *Carta Capital,* 19 de outubro de 2018. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/politica/as-pistas-do-metodo--201ccambridge-analytica201d-na-campanha-de-bolsonaro/. Acesso em: 28 set. 2021.

50 ANDERSON, Perry. *Brasil à parte*. 1964-2019. São Paulo: Boitempo, 2020.

51 CASARA, Rubens. *Estado pós democrático*. *Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

Ocorre que o Estado é um espaço de participação ampla e democrática no qual se debate sobre os diferentes projetos de poder, uma vez que o conflito é elemento constitutivo da democracia[52] e é na seara política em que são definidas as prioridades de um governo. Portanto, a falsa neutralidade presente na visão tecnicista e o moralismo que dá suporte ao combate à corrupção pretendem retirar o Estado da administração de serviços públicos, sob a alegação de contenção de gastos e de atingimento da máxima eficiência, e transferi-los transferido para atores privados, o que se coaduna perfeitamente com os interesses geoestratégicos de grandes corporações, dos grupos econômicos dominantes e dos grupos políticos hegemônicos.

## 5 CONCLUSÃO

Os instrumentos jurídicos, sociais, econômicos e ideológicos do mundo neoliberal, neste século XXI, possibilitaram novas formas de violar massivamente os direitos, mesmo em países nos quais, teoricamente, ainda existe um Estado Democrático de Direito. Não são mais tão necessárias as forças armadas ou a ação direta do Estado para tanto – hoje, são outros agentes estatais que tomam a frente de uma ofensiva contra os direitos humanos, mormente setores do Poder Judiciário e setores do Poder Legislativo.

Os mecanismos de perpetração dessas medidas de exceção, dentro das democracias, não poderia ser outro que não o próprio sistema de justiça. Assim, o Direito é usado como verniz aparentemente legitimador de vontades políticas escusas como a perseguição de líderes progressistas e mudanças de governos, que desafiam os interesses econômicos e políticos do capital estrangeiro sob a ótica neoliberal. A transformação do processo judicial em arena de batalha, na qual as regras, os direitos e as garantias são ignorados em nome da finalidade anunciada antes mesmo da investigação, ou seja, a condenação e a retirada de atores políticos do jogo eleitoral, equivale à implementação de técnicas de guerra dentro da seara jurídica, e a esse fenômeno a doutrina latino-americana deu o nome de *lawfare*.

Um dos espaços ocupados pelo *lawfare* na sociedade brasileira foi o "combate à corrupção", discurso sob o qual há mais perseguições a inimigos apontados pelo capital estrangeiro, pelo mercado neoliberal e pelo Estado, em última instância, do que efetivo, legítimo e estudado combate, dentro das linhas constitucionais estabelecidas pela democracia. Valendo-se de um roteiro jurídico e da normalidade das instituições, o golpe de 2016 subverteu a ordem política brasileira e modificou, na prática, o resultado das urnas

[52] MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

que elegeram a Presidenta Dilma Rousseff. Ademais, a Operação Lava Jato que utilizou a missão de combate à corrupção como justificativa para desrespeitar direitos e garantias fundamentais, na verdade, pretendeu destruir todos os ganhos sociais conseguidos pelos setores mais pobres na última década e constitucionalizar a austeridade fiscal como modelo de política econômica para os próximos governos

Este estudo, portanto, demonstrou que o combate à corrupção é o pretexto mais utilizado pela América Latina para suspender e violar patologicamente direitos, sobretudo de atores políticos de oposição e para conduzir as economias para o neoliberalismo sem limites. Tal cenário tornou propício e favorável o crescimento da extrema-direita na região, como constata-se o Bolsonarismo enquanto fenômeno brasileiro pós-Operação Lava Jato.

## REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. *Brasil à parte*. 1964-2019. São Paulo: Boitempo, 2020.

ANGHIE, A. *Imperialism, sovereignty and the making of international law.*Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

AVRITZER, Leonardo. *Política e antipolítica*: A crise do governo Bolsonaro. São Paulo: Todavia, 2020.

BACK, Charlotth. Direito penal do inimigo político. *In:* PRONER, Carol et al. (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada:* o processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017.

BALÁN, M. *Competition by Denunciation:* The Political Dynamics of Corruption Scandals in Argentina and Chile. Trabalho apresentado na 67 Conferência anual da Associação de Ciência Política Midwest, Chicago, Abril, 2-5, 2009.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. As consequências económicas da Lava-Jato. *In:* KERCHE, Fábio; FERES JÚNIOR, João (orgs.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira.* São Paulo: Contracorrente, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARDOSO, Adalberto. *À beira do abismo:* uma sociologia política do Bolsonarismo. Rio de Janeiro: Amazon, 2020.

CARTA CAPITAL. As pistas do método 'Cambridge Analytica' na campanha de Bolsonaro. *Carta Capital*, 19 de outubro de 2018. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/politica/as-pistas--do-metodo-201ccambridge-analytica201d-na-campanha-de-bolsonaro/. Acesso em: 28 set. 2021.

CASARA, Rubens. *Estado pós democrático*. *Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

CURCIO-CURCIO, Pasqualina. *La mano visible del mer*cado. *Guerra económica en Venezuela*. Caracas: Editorial Nosotros Mismos, 2017.

DARDOT, P.; LAVAL, C. *The new way of the world*: on neoliberal society. London: Verso, 2013.

GUINDO, Miguel García; GONZÁLEZ, Gabriel Martínez-Valera.. "La guerra híbrida: nociones preliminares y su repercusión en el planeamiento de los países y organizaciones occidentales". *Documento de Trabajo del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE),* 02/2015, Granada, 2015.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOCHULI, Alex. A brasileirização do mundo e o fim da história. *Podcast* Chutando a Escada, 02 de julho de 2021. Disponível em https://chutandoaescada.com.br/2021/07/02/chute-220-brasileirizacao/.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA . *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua* – Quadros sintéticos 4º semestre 2020. Site institucional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=26039&t=quadro-sintetico . Acesso em: 20 set. 2021.

JOSAN, Cristina Andrei. "Hybrid wars in the age of asymmetric conflicts". *Review of Air Force Academy*, 28(1):50, 2015.

KLEIN, N. *The shock doctrine*: the rise of disaster capitalism. New York: Metropolitan Books, 2007.

KORYBKO, Andrew. *Guerras híbridas*. Das revoluções coloridas aos golpes. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

KOSKENNIEMI, M*. The gentle civilizer of nations***:** the rise and fall of international law 1870-1960. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

LACERDA, Fernando Hideo Iochida. *Processo penal de exceção.* Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

MARIGHELLA, Carlos. *Mini-manual del guerrillero urbano.* Sabotagem, 1969.

MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

PINHEIRO-MACHADO, R.; FREIXO, A. de. *Brasil em transe*: Bolsonarismo, Nova Direita e Desdemocratização. Oficina Raquel: Rio de Janeiro, 2019.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Ativismo judicial:* para quem e por quê? Migalhas, Palestra realizada na XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, em 27 de novembro de 2017, em São Paulo. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e--por-que.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *A democracia impedida*: o Brasil no século XXI. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. "Autoritarismo líquido e as novas modalidades de prática de exceção no século XXI." *Themis*, 18(1):197-223, 2020.

SOARES, Luiz Eduardo. *Dentro da noite feroz:* o fascismo no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

SOUZA, Jessé. *A guerra contra o Brasil.* Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

VALIM, Rafael. *Estado de Exceção:* a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017.

Capítulo 13

# ESTADO ENTRE DIREITO E NÃO-DIREITO: LEGALIDADE, EXCEÇÃO E TÉCNICAS SECURITÁRIAS

*Heloisa Fernandes Câmara*[1]
*Gustavo Glodes Blum*[2]

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. TÉCNICAS DE ESTADO E PROTEÇÃO DA SEGURANÇA; 2. MÉTODOS DA TÉCNICA DE ESTADO, 2.1. MAQUIAVEL, 2.2. HOBBES, 2.3. LOCKE; 3. ENTRE RAZÃO DE ESTADO E MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DA CRISE, 3.1. RAZÃO DE ESTADO, 3.2. CONSTITUCIONALISMO E SEUS OUTROS; 4. A CRISE DO ESTADO E A QUESTÃO DA SEGURANÇA NA AMÉRICA LATINA HOJE: O ESTADO ENTRE DIREITO E NÃO-DIREITO; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

## INTRODUÇÃO

A formação, consolidação e história do Estado, e especialmente do Estado de direito, pode ser contada como a história da luta contra seus "outros", entendidos como arbítrio, uso da força, imprevisibilidade e poder sem controle.

---

1 Doutora, Mestre e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito (UFPR). Pesquisadora Centro de Estudo da Constituição (CCONS). Pesquisadora Visitante King´s College London (2015). Tutora PET Direito.

2 Estudante de Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Geografia do Instituto de Geociências da Universidade Estadual de Campinas (IG/Unicamp). Mestre em Geografia pela Universidade Federal do Paraná e Bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba).

Ainda que com experiências distintas[3], o "Estado de Direito" consolidou-se como "uma das fórmulas mais felizes da filosofia política e da filosofia jurídica ocidentais"[4]. Um dos pontos centrais das diferentes experiências do Estado de Direito é a tentativa de controlar o poder através do direito, em expressão de "otimismo normativo e pessimismo potestativo", nos dizeres de Danilo Zolo.

Neste sentido o estabelecimento de normas prévias, gerais, abstratas impediria tanto o exercício da força sem controle por parte do Estado, como o arbítrio em seu trato com os cidadãos e de forma geral colocariam limites à tendência ao abuso do poder, uma vez que, segundo a fórmula expressa por James Madison, "[s]e os homens fossem anjos, não seria necessário haver governo. Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos do governo"[5].

O controle do poder através dos arranjos legais e institucionais é uma tentativa de domar a força, tão necessária para a constituição do Estado. Nesse sentido, pode-se perceber que "[a] construção do Estado de direito parece ter amarrado e neutralizado este poder, como tentativa de exorcizar seu próprio pecado original"[6]. Ainda assim, a tentativa de exorcizar o pecado original da força é sempre provisória e contingente. No Estado de Direito, a legalidade e exceção estão permanentemente em co-constituição conflitiva, coexistindo ou mutuamente excluindo-se.

Este trabalho busca analisar as técnicas usadas pelo Estado para controlar a exceção e as técnicas utilizadas no estado securitário atual, com ênfase na América Latina. Seguindo Günter Frankenberg, entendemos por técnicas de estado a "forma como o poder político é exercido. Ele abrange a totalidade dos procedimentos, normas e princípios, formas de conhecimento e competências, estratégias e cálculos operacionalizados por

---

3 Danilo Zolo aponta quatro experiências históricas relevantes para compreender o fenômeno do Estado de Direito: *Rechtsstaat* alemão, *rule of law* inglês, *rule of law* norte-americano e État *de Droit* francês. Essas quatro experiências por mais que tenham fatores comuns, articulam os elementos de direitos fundamentais, rigidez constitucional, relação entre parlamento e executivo de formas distintas. ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. *In:* COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

4 ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. *In:* COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3.

5 MADISON, James. 51. Freios e contrapesos. *In:* WEFFORT, Francisco. *Os Clássicos da Política*. Vol. I. São Paulo: Ática, s/p.

6 MATTEUCCI, Nicola. Soberania. *In:* BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política.* vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1184.

atores e instituições"[7][8]. Desta forma, tratar de técnicas de estado para autores como Maquiavel, Hobbes e Locke permite-nos analisar a espinha dorsal do Estado que não se deixa dobrar nem mesmo em sua vertente controlada pelo direito. Neste sentido, o estado securitário atual representa a convergência contraditória entre legalidade e exceção, ou como a exceção não se permite ser domada pelo direito.

## 1 TÉCNICAS DE ESTADO E PROTEÇÃO DA SEGURANÇA

A existência – e possibilidade - de "crises"[9] é um dos fatores que motivam alterações na organização institucional do poder do Estado territorial moderno. De sua acepção mais ampla, a partir da qual se pode compreender um momento de não-resposta a alguma alteração interna e externa de determinado tipo de sistema, pode-se compreender a sua importância para observar e qualificar alguns processos políticos relevantes. Trata-se de um "momento de ruptura no funcionamento de um sistema", uma "mudança qualitativa em sentido positivo ou negativo", "uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem as interações dentro do sistema em exame"[10].

---

7 FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção. Editora UNESP, 2020.

8 O conceito de técnicas de estado por Frankenberg claramente tem heranças na concepção foucaultiana de governabilidade. Nesse sentido governabilidade "qualidade segundo a qual o Estado foi se tornando governamental". Por referir-se mais às questões governamentais vinculadas ao surgimento do Estado moderno do que propriamente a algo ou alguém que pode ser governado ou dirigido, ou a algo ou alguém que é dócil e obediente, prefere-se o conceito governamentalidade. Além da razão aduzida, vale ressaltar que, na tradução inglesa do termo, não foi utilizada a palavra já dicionarizada governableness, mas o neologismo governmentality. Finalmente, em virtude de sua minuciosa elaboração e sua significativa contribuição, o conceito governamentalidade não carregaria ainda mais a língua portuguesa, mas contribuiria para seu enriquecimento."Chamo 'governamentalidade' o encontro entre as técnicas de dominação exercidas sobre os outros e as técnicas de si" (Foucault, 1994b, p. 785). Nas técnicas de dominação exercidas sobre os outros, visualizamos a dimensão política do conceito; nas técnicas de si, sua dimensão ética". CANDIOTTO, César. Governo e direção de consciência em Foucault. *Nat. hum.*, São Paulo , v. 10, n. 2, p. 89-113, dez. 2008

9 O uso de crise para expressar momentos de incerteza e/ou ruptura é controverso, uma vez que crise invoca um momento determinado de decisão, de julgamento. Assim, crises permanentes, como as que fundamentam uma série de medidas securitárias atuais, seriam contradições em si.

10 PASQUINO, Gianfranco. Crise. *In:* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de Política*. 13a ed. 4a. reimpr. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2010, p. 303-304.

Politicamente, as diferentes crises encontradas por agentes estatais ou governamentais podem ter duas dimensões: "por um lado, podem envolver apenas os mecanismos e os dispositivos jurídicos e constitucionais do sistema, ou seja, o regime político"; por outro lado, "[a] outra dimensão de crise do sistema político diz respeito, por sua vez, ao ordenamento sócio-econômico e inclui elementos como as relações sociais de produção, a distribuição da propriedade e a estrutura da família".[11] Seja em sua vertente "apenas" jurídico-política[12], seja na interação com as relações sociais e econômicas, a crise acaba representando geralmente um momento em que estas têm de ser revistas e são, geralmente, recalibradas, buscando atingir um novo momento de equilíbrio para o devido funcionamento do sistema político.

É na avaliação tanto destas alterações quanto das formas como mecanismos estatais são criados e utilizados para evitar a crise, que o conceito de técnica de Estado apresentado por Frankenberg pode auxiliar. Para ele, a técnica de Estado "designa, de modo geral, a forma como o poder político é exercido", sendo que "abrange a totalidade dos procedimentos, normas e princípios, formas de conhecimento e competências, estratégias, táticas e cálculos operacionalizados por atores e instituições" políticas e sociais.[13] Diante do movimento de diferentes instituições de forma concomitante, a ideia de técnica de Estado permite realizar os recortes necessários para compreender "por um lado, a estatalidade como campo de ação e intervenção de objetivos e técnicas que se entrecruzam e, por outro, a importância do direito como forma e autoridade do exercício legítimo do poder".[14]

Técnica de Estado, como apresentada acima, não está relacionada apenas a casos de crimes, emergências ou de situações que demandam a repulsão de perigos por parte dos agentes governamentais ou estatais por meio do direito. Porém, para este caso, em que estas alterações ocorrem de maneira difusa e dependem de um alto grau de discricionarie-

---

11 PASQUINO, Gianfranco. Crise. *In:* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de Política*. 13a ed. 4a. reimpr. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2010, p. 304.

12 Com o processo global de retrocessos democráticos e no Estado de Direito tem havido importantes debates sobre se a designação de crise seria adequada. Embora não seja nosso objetivo tratar do tema, é importante deixar assentado a diferença em escala entre crise política e crise jurídica, especialmente constitucional. A crise política ocorre quando há dificuldade de tomada de decisão, o que pode ser resolvido com mudança de governo, por exemplo, mas sempre respeitando as normas estabelecidas. A crise constitucional é muito mais intensa, na medida em que as regras constitucionais não dão, ou parecem não dar, respostas aos conflitos. Quando ocorre muitas vezes é seguida de golpes de estado.

13 FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção. Editora UNESP, 2020, p. 15.

14 FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção. Editora UNESP, 2020, p. 16.

dade por parte dos agentes envolvidos, ela parece auxiliar na compreensão do movimento maior que altera a própria face constitucional do Estado. Este movimento, mais facilmente de ser captado retrospectivamente que durante a sua ocorrência, se apresenta hoje como uma realidade bem material de diferentes países, fazendo com que alguns analistas já no início do século XXI apresentem esta metamorfose do Estado em razão da "crise multidimensional da segurança".[15]

A difícil balança entre estabilidade e instabilidade (política, econômica, social, ambiental) não é novidade na organização e na institucionalização do Estado moderno territorial. Ao longo dos últimos séculos, o que se pôde observar foi uma crescente responsabilização do Estado com relação a diferentes temas, o que obrigou, necessariamente, à sua adaptação constitucional e reforma institucional de forma a atender às diversas demandas que sucessivas crises e demandas sociais foram apresentando.[16] Ao mesmo tempo, esta adaptabilidade do Estado moderno não pode ser considerada harmônica, uma vez que, mesmo diante de diferentes tipos de demandas sociais ou crises pelas quais os países passaram, as suas escolhas sobre quais temas mereciam alterações estatais e quais não mereciam é um tema de vital importância para compreender os diferentes caminhos traçados.

É neste sentido que a técnica de Estado ajuda a compreender as decisões tomadas pelo poder político sobre a relação entre direito e exceção, ou direito e não-direito como estamos propondo aqui. Seguindo a proposta de Frankenberg, a técnica de Estado permite compreender "o instrumentário e as regras, os métodos e as estratégias de repulsa dos perigos com seus efeitos colaterais", já que "com suas regras e medidas, formas de conhecimento e práticas, seja em condições normais, seja em circunstâncias de exceção, reage a um amplo espectro de situações de perigo" em diferentes escalas.

Neste sentido, as técnicas de Estado iluminam a forma como são feitas as opções políticas dentro do ordenamento jurídico sobre direito e não-direito: diante da institucionalidade jurídica dos Estados, de que forma são construídos os argumentos que justificam a alocação de ações estatais ou governamentais fora dos controles jurisdicionais a si relativos, ou como inserem, no âmbito do direito, a possibilidade de agir fora dele. Assim:

> É de regimes de Estado de direito ou de exceção que a racionalidade da técnica de Estado recebe seu significado específico e sua direção ofensiva nos campos de

---

15 Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*: En busca de la seguridad perdida. Barcelona, ESP: Ediciones Paidós Ibérica, 2008; HOBSBAWM, Eric J. *Globalização, democracia e terrorismo*. 1. ed. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

16 Cf. CASTRO, Iná E. DE. *Geografia e Política*: Território, escalas de ação e instituições. 7ª ed. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.

> conflito da prevenção jurídica de abusos (contra a arbitrariedade do poder soberano) ou da prevenção de perigos no âmbito de um estado de exceção (contra motins, guerras civis e catástrofes). Em um contraste ideal típico, direito normal e direito de exceção demarcam e estruturam as zonas em que são atribuídas à técnica de Estado, enquanto técnica securitária, tarefas diferentes - conforme lhe tenha sido dado regular, dirigir, controlar, informar ou disciplinar, no âmbito do direito normal, ou vigiar, submeter, reprimir ou pacificar, no âmbito do direito de exceção.[17]

É como instrumento para compreender "com maior precisão fenômenos vagos e sintomáticos de uma determinada época" através da técnica de Estado, que pretendemos recuperar neste trabalho. Afinal de contas, inserir elementos como o Direito Penal do Inimigo, a instrumentalização política da justiça, entre outros fenômenos que podemos observar hoje, demandam não apenas a agência dos agentes estatais e governamentais envolvidos, mas a própria alteração no balanceamento da relação entre as instituições do Estado, e entre este e a sociedade civil. Entre a existência de novas ameaças e riscos à estabilidade política e a atuação direta do Estado ao abrir cada vez mais excepcionalidades na sua atuação legal, cabe refletir sobre uma série de situações que podem ser iluminadas pela ideia de técnica de Estado, "como o Estado de prevenção e o Estado de vigilância, o combate ao terrorismo, o sacrifício dos cidadãos e o estado de necessidade do Estado", auxiliando a "reconstruir as metamorfoses da técnica de Estado geradas por estes fenômenos".

Esta metamorfose, especialmente quando se dá diante a diferentes crises que podem ameaçar a estabilidade do sistema jurídico-político, ocorre em razão da natureza vinculativa das decisões tomadas a partir das diferentes técnicas de Estado. Estas decisões "visam à coordenação, se necessário coercitiva, de condutas e consequências de condutas" tanto por agentes estatais e governamentais quanto pela própria sociedade sobre a qual estabelecem sua jurisdição.

Isso decorre do fato de estas decisões terem, em seu cerne, uma discussão a respeito dos diferentes tipos de exercício de soberania que se exercem, estabelecendo novos ordenamentos político-jurídicos sobre o território ou sobre a população regulada pelas entidades estatais, uma vez que "dizem respeito à interação entre instâncias e atores que assume competências soberanas e que, na qualidade de atores sociais, delas participam ou por ela são afetados". [18] Neste sentido, a forma de compreensão do Estado é justamente

---

17 FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção. Editora UNESP, 2020, p. 18-19.

18 FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção. Editora UNESP, 2020, p. 22.

marcada pelo seu caráter vinculativo, pelas relações que se estabelecem entre as diferentes instituições que o compõem, e a produção de decisões que estabelecem o quê se encontra incluído na esfera do direito e o quê se remete ao não-direito, e o que está no limbo do reino do estado de exceção. Assim, "[t]rata-se mais de acentuar e relacionar fenômenos isolados difusos e discretos com finalidades heurísticas, para evidenciar a racionalidade específica e ideal-típica dos métodos das técnicas de Estado e as relações entre titulares e aplicadores do poder estatal e seus destinatários".[19]

De forma a compreender a evolução das manifestações das técnicas de Estado, e o jogo político que se estabelece entre direito e não-direito, passamos agora a apresentar os diferentes métodos analisados por Frankenberg. Espera-se, assim, compreender os modos de aplicação das opções políticas baseadas em diferentes tipos de técnicas de estado, para posteriormente poder avaliar a sua manifestação atual na América Latina.

## 2 MÉTODOS DA TÉCNICA DE ESTADO

Os métodos de técnica de estado referem-se à forma de compreender e estruturar o Estado com ênfase específica na segurança no sentido de formas de lidar com as ameaças ao Estado. Os autores aqui apresentados nos permitem visualizar o percurso de mudança da estrutura do Estado, embora deva-se registrar que não há uma evolução no sentido de substituição completa de um método por outro, como exemplo a permanência no debate público da técnica da razão de estado.

De início, centrado na proteção do Estado a qualquer custo e em qualquer forma, a técnica de estado foi aos poucos sendo modificados pelo constitucionalismo no sentido de tentar controlar o que se pretende incontrolável, entretanto tal como o pecado original acima referido, as formas de controle de exceção muitas vezes esbarram na incorporação da própria exceção na lógica securitária estatal. Ao fim da exposição perceberemos que tal como na figura da fita de Moebius[20], a exceção e a normalidade estão frequentemente em indistinção topológica.

---

19 FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção. Editora UNESP, 2020, p. 24.

20 O italiano Giorgio Agamben utiliza-se de maneira ampla de imagens que trazem a ideia de indistinção. A fita de Moebius é uma fita na qual através de uma pequena torção o dentro e o fora se indeterminam, assim como o começo e o fim. Ou seja, ao se olhar a fita não se sabe qual é a parte interior ou a exterior da mesma. Esta figura desconcertante foi retratada pelo pintor Maurits Cornelis Escher, pintor que tinha grande interesse em figuras que desafiassem os padrões comuns, pois suas pinturas produziam ilusão de ótica de maneira a causar constante surpresa e deslocamento.

## 2.1 Método Maquiavel

Maquiavel tornou-se conhecido como o pai da Ciência Política. Sua perspectiva de análise política centra-se no reconhecimento de que a política é um campo específico e deve ser avaliada em termos de sucesso ou insucesso e não pelos critérios de moralidade. Talvez o único dos clássicos que se tornou adjetivo, nada elogioso, sua técnica de Estado, ou seu método, consiste em defesa da soberania do Estado – ainda que, naquele momento não houvesse o que se convencionou chamar de Estado territorial moderno.

Maquiavel escreve em um momento anterior ao Estado, e obviamente à sua forma "de Direito", de modo que não há uma verdadeira oposição entre o normal e o excepcional em sua estrutura política. Aliado a isso está a sua concepção sobre a função maior do Príncipe: a manutenção do Estado. O Príncipe virtuoso é aquele que mantém o Estado, daí sua célebre afirmação de que há vícios (morais) que são virtudes (políticas), uma vez que agir moralmente e levar à ruína política é o inverso de sua obrigação.

É nesse contexto que o príncipe deve fazer o necessário, conforme exigido pela situação. Daí a afirmação de Frankenberg de que o método de Maquiavel é caracterizado por "sua estrita centralização no soberano, seu amorfismo e sua abstinência normativa (...)".[21]

Em resumo, o soberano no Estado de Maquiavel deve fazer o que for necessário à manutenção do Estado. O limite é a capacidade de atingir o seu fim, ainda que se saiba de início que a fortuna, enquanto acaso, tem grande importância, espera-se do Príncipe a *virtù,* entendida como a técnica de manter o poder. Neste sentido, a razão de Estado que se coloca põe o Estado como objetivo estratégico, podendo-se traduzir a sua inspiração pela máxima "governar racionalmente porque há um Estado e para que haja um Estado".[22]

O soberano é, em Maquiavel, *solutus legibus*, livre de leis, e, especialmente no momento de instauração do Principado, quando não há regras instituídas, o político se deixa ver enquanto mescla de razão e violência e o recurso à necessidade torna-se mais cristalino. Entretanto se o recurso à necessidade no momento de instauração da ordem é um ponto existente em diversas tradições políticas, em Maquiavel vai-se além: é papel do Príncipe decidir em todos os momentos em que o Principado estiver em risco, de maneira a salvá-lo.

Nos seus *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, Maquiavel trata da ditadura romana, defendendo sua necessidade para manter o estado:

---

21 FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção. Editora UNESP, 2020, p. 26.

22 FOUCAULT, Michel. *Segurança, território e população*: Curso no Collège de France (1977-1978), São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 386.

> Numa república onde não há tal sistema [ditadura], e onde todas as formalidades legais são respeitadas, a queda do Estado é certa, a não ser que se busque a salvação no desrespeito àquelas formalidades. Seria desejável que nunca ocorressem circunstâncias que exigissem remédios extraordinários, pois não há dúvida de que, embora as vias extralegais sejam úteis, o seu exemplo é sempre perigoso. Começa-se por atingir as instituições existentes com o propósito de servir ao Estado e logo se usa esse pretexto para perdê-lo. Assim, uma república não será perfeita se a sua legislação não tiver previsto todos os acidentes que podem ocorrer, com os respectivos remédios. Concluo, portanto, com a observação de que as repúblicas que nos casos de perigo não podem recorrer a um ditador, ou a instituição análoga, não têm condições de evitar sua perdição[23].

Para Maquiavel, embora o melhor seria não enfrentar situações extraordinárias, elas ocorrem, de forma que a inexistência de remédios igualmente extraordinários leva à ruína da república. De certa forma o dilema apresentado por Maquiavel permanece, inclusive no Estado de Direito.

Seguindo Maquiavel é possível identificar dois argumentos para defesa de constituições de emergência atualmente: a necessidade de decisões rápidas em situações emergenciais. e a incapacidade de a lei normal prever todas as emergências futuras. Quanto ao primeiro ponto, o argumento pode ser desdobrado em dois: corpos coletivos levam mais tempo para decidir, e, separação de poderes também atrasam a decisão, desta forma seja a defesa da ditadura romana, ou atualmente da constituição de emergência superaria ambos[24].

Herdeiro da tradição política centrada na soberania, Hobbes inova em termos de legitimidade do Estado, mas mantém o imperativo de segurança.

## 2.2 Método Hobbes

Produzindo suas reflexões num período em que o Estado centralizado necessitava constituir-se como fonte única e legítima da normatização do funcionamento da sociedade, Maquiavel visava compreender os mecanismos pelos meios dos quais os líderes de governos, que no período do absolutismo reuniam em si diferentes funções jurisdicionais, poderiam garantir a continuidade da existência das entidades políticas em geral. Até por

---

23 MACHIAVELLI, Niccolò. *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*. Trad. Sérgio Bath, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1994, p. 114.

24 VOIGT, Stefan. Contracting for Catastrophe: Legitimizing Emergency Constitutions by Drawing on Social Contract Theory. *Res Publica*, 2021, p. 10.

esta situação, suas reflexões retomam as práticas tomadas por Roma, entidade universal e absoluta que não encontrava, no seu mundo conhecido, potência rival que poderia ser-lhe uma ameaça externa.

Um contexto muito diferentes encontra o inglês Thomas Hobbes. Nascido em pleno embate entre a Espanha dos Habsburgos, império euro-americano com extensões na África e na Ásia, e a Inglaterra que pretendia utilizar-se dos mares para aumentar sua capacidade de comércio, Hobbes foi muito influenciado pelo contexto geopolítico e pelas discussões científicas de sua época.

As guerras de religião que grassavam na Europa entre os séculos XV e XVII marcavam, também, este contexto em que diferentes demandas a respeito do direito dos indivíduos, das coletividades e das entidades políticas eram fonte de intenso debate. Tanto Reinhardt Koselleck como Norbert Elias apontam para o papel tanto externo como interno dos processos de solidificação da soberania por parte dos Estados monárquicos absolutistas, envolvidos em disputas a respeito da sua soberania no cenário internacional que então se constituía, assim como desafios internos às suas alterações nos direitos individuais e coletivos que viriam a conformar a unidade administrativa destas novas entidades.[25]

A existência de dois tipos de ameaça aponta a diferença dos focos de preocupação entre o método Maquiavel da técnica de estado e aquele método proposto por Thomas Hobbes. A ideia de crise, para Maquiavel, envolve a possibilidade de perda do poder instituído por parte do Príncipe, ao qual se dá o direito de tudo fazer para permanecer no poder. Já para Thomas Hobbes, ainda que o Príncipe, o soberano, permaneça em situação de exterioridade com relação à sociedade, ele está constituído com uma função, uma condicionante imperativa: impedir a situação de guerra que devaste a sociedade, seja ela contra inimigos externos, seja contra facções políticas internas que podem contestar o poder do rei.

É nesta parte da teoria hobbesiana sobre o poder do soberano que aparecem as influências mais relevantes de seu contexto histórico. Diante de um cenário turbulento dentro e fora da Inglaterra na qual cresceu e morreu, Hobbes indica a impossibilidade de conhecer-se, de fato, a realidade, para o quê se baseia na teoria da ótica então em vigor: "do mesmo modo que pressionar, esfregar ou bater nos olhos faz-nos imaginar uma luz, e, ao pressionar o ouvido, produz-se um som, também os corpos que vemos ou ouvimos", devido ao magnetismo que então era descoberto cientificamente, "produzem o mesmo

[25] ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*: Formação do Estado e Civilização. Rio de Janeiro: Zahar, 1993. v. 2; KOSELLECK, Reinhardt. *Crítica e crise*: Uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

efeito por sua ação forte, embora não observada".[26] Assim, qualquer coisa que se deve compreender não pode ser entendida por si própria, mas sim pela interpretação que permite a quem observa, por analogia, ser *impressionado* pelo fenômeno: "a coisa compreendida emana de si uma *species inteligivel*, isto é, um *ser inteligível* visto; o qual, entrando no entendimento, permite-nos entender".[27]

A colocação de Hobbes impõe, portanto, um tipo de compreensão do Estado que o desloca da subjetividade humana e o coloca enquanto uma máquina, um construto social que tem uma dinâmica própria e funciona com um objetivo mais amplo do que as partes específicas que o compõem. Para o autor inglês, portanto, o Estado só poderia ser compreendido pelo que ele é, pela sua dinâmica, colocando no cerne da preocupação "conhecer a 'física' do poder", ou seja, os mecanismos pelos quais o Estado, enquanto um sistema construído socialmente, produz o resultado esperado de si.

É este objetivo geral do Estado enquanto máquina que preocupa Hobbes, um autor que, ao colocar a dinâmica no centro da sua discussão, busca compreender o fenômeno para então atribuir-lhe sua funcionalidade. É desta lógica explicativa que, para Frankenberg, surge o objetivo político central da técnica de Estado hobbesiana: a proteção da vida para a garantia da coexistência pacífica.

Diante de uma sociedade extremamente plural em identidades regionais, lealdades religiosas e políticas de variados matizes e diante de um cenário em que o maior rival estratégico da Inglaterra, a Espanha, buscava interferir em seus assuntos internos instrumentalizando sua relação com o Papado em plena Reforma Protestante, Hobbes coloca o bom funcionamento da sociedade como objetivo central. Assim, como aponta Frankenberg, a proteção comum da vida de forma a garantir a coexistência pacífica tanto permitiria a existência de um sistema pluriestatal no âmbito externo, quanto a manutenção da monarquia centralizada no âmbito interno.[28]

A produção da ausência de conflitos, porém, não poderia, para Hobbes, ser alcançada se fosse baseada apenas em acordos voluntários por parte de diferentes grupos de uma sociedade que se tornava, com o avanço do capitalismo mercantil, cada vez mais complexa e com mais grupos sociais disputando a possibilidade de determinar as regras do jogo político. É por isso que, para Hobbes, o impedimento da existência de conflitos ar-

---

26 HOBBES DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, palavra e poder de uma República eclesiástica e civil*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2020, p. 20.

27 HOBBES DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, palavra e poder de uma República eclesiástica e civil*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2020, p. 21.

28 FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção. Editora UNESP, 2020.

mados permite a construção teórica no entorno do monarca soberano, um terceiro retirado da rede de compromissos estabelecidos entre os diferentes membros da sociedade e que, por sua posição, não se encontra em relação de interesse com nenhum deles.

É como fruto desta situação que a proteção da vida para garantia da coexistência pacífica deve ser o resultado de um cálculo securitário relacionado com a fundamentação do poder absoluto. O bom governo, assim, seria aquele que permite à sociedade funcionar sem choques violentos entre os grupos sociais que a compõem, colocando-se, portanto, acima de todos eles - surge, aí, o maior ser de todos, aquele do qual ninguém e nenhum grupo pode fugir em sua atuação, uma vez que tem a sua vida atrelada à sua existência, o Leviatã secular, o Estado moderno.

Neste sentido, a relação entre súditos e soberano que se estabelece para Hobbes é aquela em que contratos de favorecimento recíproco se constituem enquanto uma relação geral de poder, sendo o mínimo a garantia da vida biológica e social por meio do Estado para os seus súditos, e a cessão de direitos e liberdades destes para que o Estado possa cumprir seu objetivo político central. E, como esta é a relação básica que se estabelece, "[à] sombra do poder soberano sobre a vida e a morte, resta" aos súditos "a liberdade de fazer aquilo que o soberano não regulou e, se preciso, de negar a obediência" nestes espaços jurídicos ainda sem regulação normativa.[29] Esta estrutura, de forma a permitir a autopreservação dos indivíduos e dos grupos sociais, assim como promover o bem-estar comum traduzido no aumento dos fluxos de comércio e na riqueza que circula pelo território nacional.

A crise, para Hobbes, se localizaria sempre que estes dois elementos estejam a ponto de se realizar, o que constitui, para ele, a necessidade de que não haja uma separação entre os poderes: trata-se de uma técnica de Estado que, em razão destes dois imperativos, deve ser executiva, tratar cada situação de forma específica e não prender a possibilidade de, logo ali na frente, o Estado poder atuar usando a violência ou a exceção para evitar algum tipo de interrupção no funcionamento mecânico da sociedade. A garantia da paz interna e da possibilidade de livre atuação no cenário externo é o que fundamenta as possibilidades de ações excepcionais, para Hobbes. A suspensão dos direitos, ou o recurso à violência, estariam justificados sempre que o bom funcionamento (mecânico) das atividades sociais encontrasse algum desajuste, elemento que só poderia ser percebido por um grande arquiteto arcano, separado da realidade social para que não fosse por ela influenciado.

---

[29] FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção. Editora UNESP, 2020, p. 29.

Este Leviatã secular, o Estado, estaria representado, portanto, em um soberano sempre desconfiado, cujo foco seria prevenir as insurreições contra seu poder central, "pacificando" por meio da força e da exceção as vozes contrárias às suas normativas. É por isso que técnica de Estado hobbesiana, que será posteriormente desafiada na própria Inglaterra pelos partidário do método parlamentar de técnica de estado personificado em John Locke e que debateremos a seguir, busca apresentar, ao soberano, meios pelos quais "o poder político pode ser protegido dos elementos perigosos e das iniciativas exacerbadas e desenfreadas dos cidadãos", que perderiam, então, seus direitos caso não funcionassem de uma determinada maneira no escopo social total e desafiassem a ordem instituída.[30] É por este motivo que, para Hobbes:

> Afora a situação excepcional da condição natural, falta, na teoria da soberania e na teoria do conflito de Hobbes, marcadas pelo medo, o espaço teórico para esboçar um estado de exceção secular e para configurá-lo como alternativa à normalidade. Ainda assim, a finalidade máxima da segurança leva-o, em sua concepção de técnica de Estado, a estabelecer uma diferença entre "o maior prejuízo de uma comunidade", causado pela guerra e pela guerra civil, ou seja, o sempre iminente retorno à condição natural, como caso crítico ou excepcional, e os conflitos cotidianos desencadeados pelo "direito de autoajuda" (...).[31]

Esta situação ambivalente, porém, que busca justificar por um contínuo entre a instabilidade externa e a instabilidade interna as ações de exceção do Estado se tornarão, ao final do mesmo século que viu emergir a teoria hobbesiana, um problema para a atuação da burguesia, classe social em ascensão. A tensão deste momento de transição pode ser percebida no pensamento de John Locke, ao qual nos dedicaremos a seguir.

## 2.3 Método Locke

Locke trata da limitação do poder do Estado o qual apesar de seu papel fundamental na defesa da segurança, o faz respeitando os direitos naturais - vida, propriedade e liberdade. Segundo o método de Estado liberal, o Estado deve respeitar os direitos naturais em sua atuação, de forma que a previsão através de leis gerais é um dos elementos a conferir segurança e previsibilidade, criando uma situação de normalidade normativa. Neste sentido Locke

---

30 FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção. Editora UNESP, 2020, p. 30.

31 FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção. Editora UNESP, 2020, p. 29-30.

substitui a soberania absolutista pela soberania parlamentar, a qual por mais importante que seja deve respeitar os direitos naturais dos indivíduos. A afronta a tais direitos causa um rompimento no pacto, de forma que surge o direito de resistência contra o estado.

O método legislativo de técnica de Estado assume a função de realizar a transição do exercício pessoal do poder, para o exercício impessoal, ou seja, mediado pela lei[32]. Mas apesar da aposta na impessoalidade e no controle da arbitrariedade, Locke não abandona a prerrogativa monárquica e, segundo Frankenberg, os mecanismos de "lei marcial" e "poderes executivos" de poderes excepcionais, os quais aparecem como desvio em relação à normalidade[33].

Apesar da importância e necessidade da lei para limitar os poderes estatais, há situações em que não consegue dar respostas adequadas[34]:

> Como os legisladores são incapazes de prever e prover leis para tudo o que pode ser útil à comunidade, o executor das leis, possuindo o poder em suas mãos, tem pela lei comum da natureza o direito de utilizá-lo para o bem da sociedade em casos em que a lei civil nada prescreve, até que o legislativo possa convenientemente se reunir para preencher esta lacuna. Há muitas coisas em que a lei não tem meios de desempenhar um papel útil; é preciso então necessariamente deixá-las a cargo do bom-senso daquele que detêm nas mãos o poder executivo, para que ele as regulamente segundo o exigirem o bem público e suas vantagens.

É diante das situações de imprevisibilidade ou de incapacidade de a lei responder adequadamente à situação que surge a discricionariedade, cujo exercício pelo Executivo para alcançar o bem público é prerrogativa reconhecida.

> § 160 Este poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele, é o que se chama de prerrogativa. (...) o poder executivo guarda por isso uma certa liberdade para realizar muitos atos discricionários que não estão previstos na lei[35].

---

32 FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção. Editora UNESP, 2020, p. 33.

33 FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção. Editora UNESP, 2020, p. 33.

34 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 181.

35 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 182

Como conciliar a defesa do *rule of law* com a discricionariedade executiva é um dos tópicos centrais para pensar a exceção em sentido moderno.

## 3 ENTRE RAZÃO DE ESTADO E MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DA CRISE

Se a questão sobre como resolver as ameaças ao Estado sempre estiveram no centro das preocupações políticas, as técnicas legadas partem de premissas distintas e em alguns casos contrárias.

Enquanto a razão de estado parte de uma atuação sem limites como pressuposto de resolução da emergência, o constitucionalismo tenta amarrar e controlar a excepcionalidade, com resultados duvidosos, como veremos.

### 3.1 Razão de Estado

O conceito de razão de estado teve ponto de partida na Idade Média, mas só adquiriu características próximas às contemporâneas a partir de Maquiavel, por mais que não tenha sido expressamente citada em sua obra. O autor florentino e o inglês Hobbes são considerados nomes importantes para o desenvolvimento desta técnica. A "paternidade" de Maquiavel do conceito de razão de estado é defendido, dentre outros, pelo historiador alemão Friedrich Meinecke[36] com a justificativa de que o autor ocasionou uma "ruptura fundamental na política, cindindo os assuntos a esta relacionados daqueles respeitantes à moral e à religião (sobretudo cristã)"[37] Para Meinecke "a *raison* d´état é o princípio fundamental da conduta nacional, a primeira Lei do Movimento do Estado"[38].

A tradição da razão de Estado acompanha a formação do Estado moderno. Nesta tradição afirma-se que a "segurança do Estado é uma exigência de tal importância que os

---

36 Meinecke viveu entre 1862 a 1954, período em que acompanhou mudanças políticas extremamente importantes. Passou de uma Alemanha não unificada, passou pela glória sob Bismarck, passou pelo Kaiser, revolução, guerra, república de Weimar, queda de Weimar sob o despotismo, mais uma guerra. Para além das implicações políticas indiscutíveis, esse período trouxe a necessidade de estruturar e legitimar o Estado.

37 TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. *O "cair da máscara" diante das "razões de segurança"*: um percurso genealógico pelas razões do Estado. São Leopoldo; Trois-Rivières, 2019, p. 126.

38 MEINECKE, Frederick. *Machiavellism*: The Doctrine of Raison d'état and Its Place in Modern History. Trans. Douglas Scott. New York, 1962.

governantes, para a garantir, são obrigados a violar normas jurídicas, morais, políticas e econômicas que consideram imperativas, quando essa necessidade não corre perigo". Por outras palavras, a Razão de Estado é a exigência de segurança do Estado, que impõe aos governantes determinados modos de atuar".[39]

Na experiência alemã de Estado de Direito (*Rechtsstaat*) o ponto central não era a limitação do poder ou proteção de direitos fundamentais, mas como a política secularizada poderia ser controlada, como pessoas com distintas concepções religiosas poderiam conviver e como o poder político soberano poderia ser consolidado. Daí a experiência do *Rechtsstaat* ser mais autoritária, neste sentido a fórmula da razão de Estado delimita atividade estatal e legitima paternalismo estatal.[40]

Liga-se à exceção, ao mesmo tempo em que se afasta dela. Isto porque se por um lado traz considerações sobre excepcionalidade de determinadas situações e a imperatividade do governante agir em desacordo com normas jurídicas, por outro lado, a criação de mecanismos legais (constitucionais e extra constitucionais) busca justamente enfrentar e superar graves perigos de maneira legal. Mesmo com a criação destes mecanismos, e consequente limitação da razão de Estado, não houve sua eliminação completa, pois: "Mesmo nos Estados democráticos mais sólidos, em situações reais de emergência, que, por sua natureza, não podem ser juridicamente reguladas de forma completa (em última análise, necessitas non habet legem), existem situações e casos de recorrência à Razão de Estado, exatamente provocados pela necessidade de salvar o Estado".[41]

Daí que o constitucionalismo pisa nesse espaço incerto entre o controle e o descontrole das normas.

## 3.2 Constitucionalismo e seus outros

A exceção no direito é uma figura paradoxal, pois ao mesmo tempo em que suspende parte da ordem jurídica constituída – na medida em que algumas normas constitucionais e infraconstitucionais deixam de ser aplicadas - o faz em prol da defesa desta mesma ordem. É como se fosse um contrafogo, em que se queima uma área para melhor

[39] PISTONE, Sergio. Razão de Estado. *In:* BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1066.

[40] FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção. Editora UNESP, 2020, p. 87-88.

[41] PISTONE, Sergio. Razão de Estado. *In:* BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

dominar os efeitos do fogo, que de outra maneira traria o risco concreto de se tornar incontrolável. Apesar dos termos conflitantes trazidos em seu bojo, a exceção não pode ser vista apenas como um ato de força em direção a uma ditadura, isto porque a suspensão parcial da ordem jurídica deve ter por finalidade sua própria garantia. Ademais, a exceção só pode existir no Estado de Direito, pois só tem sentido falar em reforço dos poderes quando estes são limitados. Carlo Baldi trata da questão da ligação entre momento excepcional e Estado de Direito de forma similar: "A aplicação integral dos princípios do 'Estado de direito' ao Estado de Sítio só será possível se a estrutura do Estado for sólida".[42]

Neste sentido – de desvinculação do período excepcional – Clinton Rossiter vai além ao nomear a situação como "ditadura constitucional", embora alerte que o termo ditadura não deveria assustar o cidadão, pois é até mesmo redundante com constitucionalismo, na medida em que o reforço de poder só tem sentido em uma república constitucional. [43] O grande desafio é como em um Estado de Direito podem ser usadas medidas excepcionais[44], sem abrir mão das características daquele. Isto, pois, tais mecanismos ou medidas excepcionais podem ser considerados como ditatoriais, pois promovem, ainda que por tempo certo, restrição de direitos, concentração de poder e restrição na divulgação de algumas informações.

A ligação das medidas excepcionais com o Estado de Direito é de estranhamento, mas também de pertença. Isto porque a exceção mostra a insuficiência da lei – a qual não consegue prever todos os casos – e, ainda que por certo período, suspende aspectos que foram conquistas das revoluções liberais: a separação de poderes, os direitos e garantias individuais, a previsibilidade conferida pela lei. De outro lado, a exceção está incluída na

---

42 BALDI, Carlo. Estado de Sítio. *In:* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1995, p. 414.

43 ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship*: crisis government in the modern democracies. New York, Burlingame: Harbinger Book, 1963, p. 4.

44 Se de um lado há uma rebelião que ameaça o prosseguimento do estado constitucional, de outro, pode ser visualizada uma revolução que pretende acabar com um determinado estado de coisas, considerado opressivo. Isto fica claro na Declaração de Independência norte americana (1776) em que são estabelecidos direitos inalienáveis e o direito de abolir o governo e estabelecer outro se aquele prejudica a população (agindo contrariamente à função própria do governo). Também no período neo-colonial a questão mostrou-se de forma cristalina, pois de um lado havia uma colônia que pretendia subverter uma ordem jurídico-social que lhe oprimia, e de outro o colonizador que se considerava no direito de manter a ordem, e com isso considerar as tentativas de supressão do sistema como exceções. O que quero marcar com isso, é que nem sempre a tentativa de supressão da ordem, por mais que possa ser considerada excepcional, têm as mesmas características. Especialmente porque em determinadas situações subverter a ordem pode significar a liberdade de um povo.

lógica da legalidade, pois é prevista pelo ordenamento constitucional com a missão de salvá-lo.

A despeito das divergências sobre a exceção no direito, um dos pontos em que parece haver concordância é sobre ser um conceito-limite, haja vista expressar o modelo em que parte da ordem jurídica não mais se aplica por seguir as próprias normas presentes no direito a permitir a sua suspensão parcial.

A necessidade de suspender, ainda que a título temporário, parte do direito já podia ser vista no direito Romano, como vimos já analisada por Maquiavel. Passando pelas tradições do estado de sítio francês e pela lei marcial no modelo anglo-saxão, o constitucionalismo estruturou mecanismos excepcionais de uso limitado: no tempo, no espaço, na hipótese de cabimento.

Há duas tradições principais sobre a exceção constitucional, a francesa (estado de sítio) e a anglo-saxã de lei marcial. São dois os pontos centrais que as distinguem: a identidade do ator autorizado a monitorar o estado de emergência, e o grau de judicialização. No estado de sítio o monitoramento cabe primariamente ao legislativo, e na lei marcial ao judiciário. Enquanto o estado de sítio é legalmente previsto, a lei marcial poderia ser caracterizada como a ausência de previsão jurídica anterior ao seu uso.[45]

O ponto pacífico de que há situações de crise que exigem respostas específicas não é acompanhado pela unanimidade na forma como a resposta deve ser. O debate foi travado na sequência dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 em que constitucionalistas como Bruce Ackerman defenderam a existência de uma constituição de emergência, ou seja, constituição feita em tempos de "normalidade" para ser aplicada em situações excepcionais e com isso garantir, ainda que minimamente, o respeito à constituição (normal)[46]. Opostos à tal proposta Laurence Tribe e Patrick Gudridge apontam o risco de criação de espaços de exceção, ainda que com o objetivo declarado de circunscrevê-la[47]. Há, ainda, defesas de respostas extra constitucionais, ou mais especificamente que respostas à crises violentas nem sempre precisariam ser constitucionais, em uma certa atualização da discricionariedade lockiana.[48]

---

45 VOIGT, Stefan. Contracting for Catastrophe: Legitimizing Emergency Constitutions by Drawing on Social Contract Theory. *Res Publica*, 2021, p. 3.

46 ACKERMAN, Bruce. The emergency constitution. *Yale IJ*, v. 113, 2003.

47 TRIBE, Laurence H.; GUDRIDGE, Patrick O. The anti-emergency constitution. *Yale LJ*, v. 113, 2003.

48 Como exemplo: GROSS, Oren. Chaos and rules: Should responses to violent crises always be constitutional. *Yale LJ*, v. 112, 2002.

Stefan Voigt classifica a resposta a situações excepcionais em dois modelos: monismo e dualismo. Segundo o primeiro, o comportamento do governo deve ser submetido à ordem constitucional em qualquer situação, sob o segundo, a ordem constitucional a ser aplicada depende se a situação é normal ou excepcional.[49]

O desafio em ambos os modelos é como manter a excepcionalidade excepcional – e esta formulação não é uma redundância. Numerosos exemplos históricos demonstram a dificuldade de circunscrever as medidas excepcionais no tempo e no espaço, muitas vezes esgarçando as tessituras do Estado de Direito. A preocupação torna-se mais latente com a transnacionalização de medidas que afetam o Estado, como a criminalidade, bem como o terrorismo, que, em grande medida subverte o modelo de conflito tradicional. Em países periféricos e com histórico de fortalecimento institucional e democrático recentes a questão pode ser ainda mais complexa.

## 4 A CRISE DO ESTADO E A QUESTÃO DA SEGURANÇA NA AMÉRICA LATINA HOJE: O ESTADO ENTRE DIREITO E NÃO-DIREITO

Feita a discussão anterior, caberia jogar luz a respeito de algumas questões que envolvem a relação entre direito, exceção e não-direito na América Latina hoje. A região, considerada pelo Escritório das Nações Unidas para o Combate ao Crime e às Drogas (UNODC, na sigla em inglês) como uma das mais violentas do mundo, encontra-se hoje numa encruzilhada relevante devido a processos endógenos, mas em conjunto com fenômenos internacionais que levantam a questão: na América Latina e no Caribe, qual o cenário que encontra essa discussão a respeito do direito, da exceção e do não-direito?

Cabe examinar o momento histórico, político e econômico que se desenrola em nossa região. Alguns limites se apresentam atualmente para uma região na qual a crise não parece ser apenas um único momento, mas um componente relevante para pensar a situação política dos Estados, do estado de direito e do estado de exceção, representando por isso uma situação de contínua instabilidade. Retomando a definição de Francisco Weffort[50], podemos dizer que os países da região não enfrentam uma crise única, mas a soma de diferentes crises, um tsunami que faz água por baixo até não se aguentar mais:

- Vive-se **uma crise econômica**, com a queda da renda disponível para governos e populações a partir do fim do superciclo econômico das *commodities*,

[49] VOIGT, Stefan. Contracting for Catastrophe: Legitimizing Emergency Constitutions by Drawing on Social Contract Theory. *Res Publica,* 2021, p. 3.

[50] WEFFORT, Francisco. A América errada. *In:* WEFFORT. Francisco. *Qual democracia?* São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

do avanço geoeconômico dos Estados Unidos e múltiplas dependências com relação à China e a países europeus;

- Vive-se uma **constante crise política**, que se materializa de distintas maneiras, mas que deriva do esgotamento dos governos de centro-esquerda (a chamada onda rosa) e com a ascensão de governos extremistas ou que defendem a austeridade econômica com a manutenção da matriz exploratória-primarizante da economia, das sociedades e dos indivíduos;
- Vive-se uma **crise social** resultante das diversas fraturas sociais, das fragmentações espaciais numa escala macro e no eterno processo de modernização incompleta dos países da região; e,
- Vive-se uma **constante crise de segurança pública**, com a América Latina sendo a região que lidera mundialmente o número de mortos por armas de fogo proporcionalmente à população no mundo, inclusive em relação às regiões onde ocorrem guerras tradicionais e outros conflitos armados.

Estes movimentos que tomam lugar na América Latina e no Caribe fazem perceber que as situações de crise encontram-se em diferentes planos, e são atribuídos a ameaças e riscos diversos às estabilidades e instabilidades institucionais na região. Pode-se considerar, portanto, que a região apresenta uma boa possibilidade para compreender como se conjugam, articulam e desenvolvem as propostas baseadas na técnica de estado conforme trabalhada aqui.

Em específico, trata-se de uma região em que os processos de formação territorial levaram à constituição de Estados que, em sua construção institucional e política, conduziram a tradições que misturam direito e exceção de maneira específica. Já a partir das independências, o tipo de regime de participação política a ser construído já se delineou como um desafio relevante, haja vista o difícil balanceamento que se pretendeu fazer entre a mobilização das populações latino-americanas e caribenhas contra as forças metropolitanas, e a manutenção da ordem social colonial sem muita alteração. Desta forma, a introjeção do Estado de direito na região se deu sob o manto de um projeto que "[e]m nome da ordem como valor absoluto, fundamentava[-se] a permanência do poder limitado nas mãos das elites por serem elas consideradas o único grupo social com 'preparo' político para exercê-lo".[51]

[51] PRADO, Maria L.; PELLEGRINO, Gabriela. *História da América Latina*. 1. ed. 4a. reimpr. São Paulo: Contexto, 2020, p. 56.

A base do projeto liberal na América Latina, portanto, absorveu os três pontos relevantes da compreensão a respeito do Estado de direito a partir desta percepção. Assim, a separação de poderes, os direitos e garantias individuais e a previsibilidade conferida pela lei se estruturaram não com relação à expansão de direitos, mas de alteração das formas jurídicas coloniais, inspiradas pelas tradições absolutistas. No México, por exemplo, a "chamada Reforma Liberal, que nos anos 1850 e 1860 procurou dissolver as formas tradicionais de posse corporativa de terras e de bens imóveis" acabou por instaurar "uma profunda inflexão na estrutura da Igreja Católica e dos *pueblos* indígenas que ganharam corpo através dos séculos de colonização espanhola".[52]

O que se percebe na região é que o Estado de direito, que se consolidou apenas na segunda metade do século XIX e sobretudo a partir do século XIX, se construiu a partir de uma percepção a respeito das ameaças e riscos não necessariamente ligada a fatos específicos, nem a questões externas, mas sobretudo de ameaças a projetos políticos, econômicos e de normatização do território. Muitos dos conflitos que tiveram lugar até a década de 1930 na região tiveram como motivação especificamente disputas de quais são as normas válidas para determinados territórios, assim como disputas no entorno da instrumentalização de tipos jurídicos que permitiriam o exercício do governo sobre coisas e pessoas.[53]

De certa forma, este processo trouxe característica específica para a relação entre direito e não-direito na região, resultado também da grande circulação e acomodação de teorias jurídicas de variadas origens e tradições que se encontram com demandas políticas e jurídicas instrumentalizadas sobretudo pelas elites nacionais. Após o período das guerras motivadas por domínio territorial finalizadas com a Guerra do Chaco (terminada em 1935), as ameaças percebidas passaram a se relacionar mais com o elemento subversivo do que com ameaças externas relativas a outros Estados na América Latina e no Caribe.

A partir da década de 1930, a introdução de teorias de segurança que colocam a figura do inimigo interno como central para a atuação do Estado colocam em cheque alguns avanços políticos e jurídicos que também se verificam no período. Sobretudo a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, a relativização da separação de poderes, dos direitos e das garantias individuais e da previsibilidade conferida pela lei ocorreu tendo como base a Doutrina de Segurança Nacional. Esta doutrina, persistente em diferentes manifestações

---

52 PRADO, Maria L.; PELLEGRINO, Gabriela. *História da América Latina*. 1. ed. 4a. reimpr. São Paulo: Contexto, 2020, p. 57.

53 HERZOG, Tamar. *Fronteiras da posse*: Espanha e Portugal na Europa e nas Américas. 1. ed. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019; MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *Brasil, Argentina e Estados Unidos*: Conflito e integração na América do Sul (da Tríplice Aliança ao Mercosul), 1870-2007. 3.ed., rev.ampl. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

constitucionais da região até hoje, em realidade realizava uma revisão da proposta das Reformas Liberais do período da independência, substituindo, como grupo capaz de executar o governo das nações da região, as elites urbanas pelas castas militares. Conforme aponta José Manuel Ugarte:

> A tentação da segurança que tudo abarca e da formulação da política nacional a partir do âmbito da segurança constitui uma antiga característica latino-americana, com maior ou menor influência estrangeira. É muito frequente que nos âmbitos de segurança - militares ou não - se pense que os restantes âmbitos da sociedade são ineptos para exercer a função governamental e (...) se considere possível e adequado transladar a ordem e a disciplina, próprias de tais âmbitos, para o resto da sociedade. (...) Por outro lado, as experiências latino-americanas da Guerra Fria em matéria de segurança onicompreensiva e amplas funções castrenses conspiraram contra a eficácia do controle constitucional das Forças Armadas e contra a estabilidade e eficácia dos governos eleitos. Algumas noções dessas experiências sobrevivem nesta região.[54]

O período de transição entre o penúltimo momento autoritário dos países latino-americanos e caribenhos, ocorrido entre os anos 1980 e 1990, e o processo de constitucionalização de Estados de direito na região abriu um novo capítulo nesta realidade. Por um lado, os processos de transição política na região fortaleceram tanto mecanismos internos quanto externos de controles de graves violações de direitos humanos por parte dos Estados latino-americanos e caribenhos.[55] Porém, por outro lado, é possível notar que este fortalecimento, assim como as formas de responsabilização dos violadores de direitos humanos, não representaram uma devida aplicação da justiça de transição, nem evitou que países da região mantivessem estruturas jurídico-políticas que mantinham mecanismos de exceção típicos dos períodos anteriores, de cunho fortemente autoritário.

De maneira paralela a este processo incompleto de transição, o que se percebe na atualidade é a expansão do uso de mecanismos infraconstitucionais para aplicar a exceção nos países da região. Este método, conforme indicado por Frankenberg, reúne características importantes do método Hobbes de técnica de estado na estrutura legal dos Estados da região a partir de mecanismos jurídicos, e não apenas da atuação das forças de segurança.

---

54 UGARTE, José Manuel. Doutrina de segurança nacional. *In:* SAINT-PIERRE, Héctor L.; VITELLI, Marina G. (Eds.). *Dicionário de Segurança e Defesa*. São Paulo: Editora Unesp, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2018. p. 312.

55 AMADEO, Javier (ED.). *Violência de Estado na América Latina*: Direitos Humanos, Justiça de Transição e Antropologia Forense. São Paulo: Editora Unifesp, 2019.

Isso significa que é possível observar, na América Latina e no Caribe, uma acomodação, à lógica liberal que inicia o Estado de direito assim como à Doutrina de Segurança Nacional, das práticas jurídicas que colocam em risco o próprio Estado de direito. No caso brasileiro, a adoção da tese da Teoria do Domínio do Fato[56], assim como a inversão das lógicas de suspeição em processos criminais relacionados à atuação "corrupta" de agentes governamentais, fazem com que se coloque também o Poder Judicial dos estados da região como responsáveis por repelir ameaças à segurança.

Esta conjunção pode ser percebida em diferentes iniciativas chamadas de *mano dura*, que consistem no aumento do peso aplicado da exceção de direitos em razão da criminalização de elementos na sociedade.[57] A participação engajada de bancadas penalistas, a atuação de juízes que vêm em sua atuação soluções para resolver problemas sociais (crime, corrupção, homicídios, pobreza) por meio da expansão e flexibilização de tipos penais que acabam abarcando práticas sociais tão amplas que acabam transformando todos os indivíduos em suspeitos de ameaçar a estabilidade do sistema, conformando-se um estado securitário.

Quanto à separação de poderes, elemento fundamental da instituição do Estado de direito durante as Revoluções liberais, é importante perceber que alianças estratégicas e institucionais entre diferentes atores dos processos judiciais (sobretudo penais) acabam por alterar as prerrogativas jurídicas, expandindo ou reduzindo a capacidade do sistema jurídico como um todo para garantir o devido processo penal. Esta alteração tem como principal consequência a "maleabilização" das garantias e direitos individuais, interferindo na possibilidade de prever aquilo que é conferido pela lei, justificando esta submissão dos direitos individuais em troca do alcance de uma determinada "segurança".

Em termos de atuação das forças de segurança (Forças Armadas, forças intermediárias e forças policiais), esta alteração traz uma consequência bem reportada e perceptível na região, que é uma gradual hibridização entre temas de segurança pública e temas de segurança externa (Defesa).[58] No caso da segurança pública, o monopólio da força por

---

56 A Teoria do Domínio do Fato foi mobilizada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil no julgamento da Ação Penal 470, conhecida como "Escândalo do Mensalão". Envolvendo a alta cúpula da administração federal durante o governo de Luís Inácio Lula da Silva, a discussão girou em torno da imputação penal do próprio Presidente da República ou dos outros acusados, pressupondo, de acordo com a interpretação de Claus Roxin (2000), que a autoria penal poderia ocorrer não apenas numa atuação direta, mas também pela execução do ato penal por meio de terceiros. A tese é, ainda hoje, muito contestada.

57 MUGGAH, Robert; GARZÓN, Juan Carlos; SUÁREZ, Melisa. *La "Mano Dura": Los costos de la represión y los beneficios de la prevención para los jóvenes en América Latina*. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, maio 2018.

58 ALDA MEJÍAS, Sonia. Forças intermediárias. *In: Dicionário de Segurança e Defesa*. São Paulo: Editora Unesp, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2018. p. 387–398.

parte do Estado tem como justificação principal neutralizar conflitos internos e permitir a qualidade de vida da população. Já no caso da Defesa, ele se justifica para garantir a sobrevivência e a soberania do país. Em ambos os casos, a estabilidade social e, principalmente, da instituição política, aparecem como elementos fundamentais para a aplicação da força ou da exceção.[59]

O processo que se tem observado na América Latina e no Caribe, porém, é que aquele movimento anterior de aproximação e articulação entre o Judiciário de seus países e as forças de segurança (estabelecidas ou com representantes diretos nos poderes Legislativos e Judiciários) acaba por hibridizar estas justificações para a aplicação da exceção. Se as forças armadas se dedicariam formalmente à guerra, e as forças de segurança interna sobretudo ao combate ao crime, o que se percebe é uma *mélange* institucional, sob os auspícios dos Poderes Legislativo e Judiciário, em que processos de militarização das forças policiais e de inteligência e de policialização da ação das Forças Armadas, que passam a se dedicar cada vez mais a operações em território interno.

A relação entre uso da força estatal e a garantia de direitos individuais e coletivos na América Latina e no Caribe sempre seguiu uma lógica ambígua. Fundados na desigualdade jurídica do período colonial, os países que constituem a região tiveram, ao longo dos séculos XIX e XX diferentes formas estatais autoritárias ou de restrição da participação individual ou coletiva na institucionalidade governamental. Nestas primeiras décadas do séculos XXI, o que se percebe é a possibilidade de que as alterações legais que ocorrem não atacam diretamente direitos políticos e civis já garantidos, mas instrumentalizam a ideia de "segurança" para colocar sob suspeita grupos e indivíduos que ameaçam a ordem desigual neles estabelecida.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da segurança sempre foi central ao Estado, embora com diferentes arranjos e modos de estruturar a governabilidade. Sob técnicas de estado podemos compreender estes arranjos específicos que tratam do coração da política e do direito, e como este convive com aquele.

Das técnicas de Estado percebemos um processo que conduz à tentativa de exorcizar a força e a violência do Estado, circunscrevendo-as à momentos específicos, determinados e altamente controlados. Eis a meta e desejo das teorias constitucionais. Entretanto,

[59] SUCCI JR., David P. Segurança pública/interna. *In: Dicionário de Segurança e Defesa*. São Paulo: Editora Unesp, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2018. p. 923–929.

em momentos de crises – reais, fabricadas ou imaginadas – é comum a menção à expedientes da lógica da razão de estado.

Não há consenso sobre qual a melhor resposta à situações excepcionais: normas previstas antecipadamente, constituição emergencial, respostas extra constitucionais? Dessa forma diante da complexidade crescente do Estado e das ameaças enfrentadas é lícito perguntar-nos qual o caminho deve ser adotado do ponto de vista jurídico.

Nos Estados com institucionalização e democratização recentes, como é o caso da América Latina e Caribe, a situação torna-se ainda mais relevante, com situações apresentadas como emergenciais e que justificariam o uso de meios excepcionais com a redução de direitos fundamentais. Esse processo de normalização do excepcional coloca em risco o Estado de Direito e suas conquistas.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The emergency constitution. *Yale IJ*, v. 113, 2003.

ALDA MEJÍAS, Sonia. Forças intermediárias. *In: Dicionário de Segurança e Defesa*. São Paulo: Editora Unesp, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2018.

AMADEO, Javier (ED.). *Violência de Estado na América Latina*: Direitos Humanos, Justiça de Transição e Antropologia Forense. São Paulo: Editora Unifesp, 2019.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*: En busca de la seguridad perdida. Barcelona, ESP: Ediciones Paidós Ibérica, 2008.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998

BREDEKAMP, Horst ; HAUSE, Melissa Thorson; BOND, Jackson. From Walter Benjamin to Carl Schmitt, via Thomas Hobbes. *Critical Inquiry*, Vol. 25, No. 2, "Angelus Novus": Perspectives on Walter Benjamin (Winter, 1999). The University of Chicago Press. p. 247-266.

CANDIOTTO, César. Governo e direção de consciência em Foucault. *Nat. hum.*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 89-113, dez. 2008.

CASTRO, Iná E. de. *Geografia e Política*: Território, escalas de ação e instituições. 7ª ed. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.

COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*: Formação do Estado e Civilização. Rio de Janeiro: Zahar, 1993. v. 2.

FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado*: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção. Editora UNESP, 2020.

GROSS, Oren. Chaos and rules*:* Should responses to violent crises always be constitutional. Y*ale LJ*, v. 112, 2002.

HERZOG, Tamar. *Fronteiras da posse*: Espanha e Portugal na Europa e nas Américas. 1. ed. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

HOBBES DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, palavra e poder de uma República eclesiástica e civil*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2020, p. 20.

HOBSBAWM, Eric J. *Globalização, democracia e terrorismo*. 1. ed. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

KOSELLECK, Reinhardt. *Crítica e crise*: Uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 1994.

MATTEUCCI, Nicola. Soberania. *In:* BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *Brasil, Argentina e Estados Unidos*: Conflito e integração na América do Sul (da Tríplice Aliança ao Mercosul), 1870-2007. 3.ed., rev.ampl. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

MUGGAH, Robert; GARZÓN, Juan C.; SUÁREZ, Melisa. *La "Mano Dura"*: Los costos de la represión y los beneficios de la prevención para los jóvenes en América Latina. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, maio 2018.

PASQUINO, Gianfranco. Crise. *In:* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de Política.* 13a ed. 4a. reimpr. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2010.

POOLE, Thomas. Leviathan in Lockdown. *London Review of Books*. Disponível em: https://www.lrb.co.uk/blog/2020/may/leviathan-in-lockdown. Acesso em 08 out. 2021.

PRADO, Maria L.; PELLEGRINO, Gabriela. *História da América Latina.* 1. ed. 4a. reimpr. São Paulo: Contexto, 2020.

ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship*: crisis government in the modern democracies. New York, Burlingame: Harbinger Book, 1963.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SUCCI JR., David P. Segurança pública/interna. *In: Dicionário de Segurança e Defesa*. São Paulo: Editora Unesp, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2018.

TEIXEIRA, Eduardo Tergolina*. O "cair da máscara" diante das "razões de segurança"*: um percurso genealógico pelas razões do Estado. São Leopoldo; Trois-Rivières, 2019.

TRIBE, Laurence H.; GUDRIDGE, Patrick O. The anti-emergency constitution. *Yale LJ*, v. 113, 2003.

UGARTE, Juan Manuel. Doutrina de segurança nacional. *In:* SAINT-PIERRE, H.; VITELLI, M. (Eds.). . *Dicionário de Segurança e Defesa*. São Paulo: Editora Unesp, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2018.

VOIGT, Stefan. Contracting for Catastrophe: Legitimizing Emergency Constitutions by Drawing on Social Contract Theory. *Res Publica*, p. 1-24, 2021.

WEFFORT, Francisco. A América errada. *In:* WEFFORT, Francisco. *Qual democracia?* São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

WEFFORT, Francisco. *Os Clássicos da Política.* Vol. I. São Paulo: Ática, 2011.

# PARTE 3

# *LAWFARE* E SISTEMA DE JUSTIÇA

Capítulo 14

# O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO BRASILEIRO NO CONTEXTO DO *LAWFARE* NA AMÉRICA LATINA: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

*Andréa Regina de Morais Benedetti*[1]

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. AS VOZES DA RESISTÊNCIA HERMENÊUTICA; 2. NOTAS DE USO DO DIREITO COM FINS POLÍTICOS; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O artigo analisa aspectos da fragilização do processo penal democrático brasileiro no contexto do *lawfare* na América Latina, tomando como paradigma uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

---

[1] Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), *campus* de Francisco Beltrão. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos (GPDH). E-mail: deiabenedetti@hotmail.com.

Assim, por meio de uma abordagem hipotético-dedutiva (POPPER, 1980; POPPER, 2006)[2,3] discute se a atuação do Supremo Tribunal Federal ao analisar, no *Habeas Corpus* (HC) 126.292, a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, pode ser caracterizada como *lawfare*.

Isto porque o STF já havia declarado a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena condenatória em 2009, seguindo termos da própria Constituição Federal.

Ocorre que, em 17 de fevereiro de 2016, ao julgar o HC nº 126.292[4], o Supremo Tribunal Federal, por maioria (sete votos a quatro), passou a entender ser possível a execução provisória da pena após o julgamento pela 2ª instância. Afastou, portanto, a exigência constitucional decorrente do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, depois de mais de cinco anos de posicionamento contrário. Votaram com o relator, Min. Teori Zavascki, os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes e, restaram vencidos, a ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

No voto do Ministro relator Teori Zavascki, que prevaleceu como resultado, declarou-se que a presunção de inocência tem fim no juízo de culpabilidade realizado pelas instâncias ordinárias, já que eventuais recursos de natureza extraordinária para o STF e para o STJ, em nosso ordenamento, não se prestam ao reexame de fatos e provas. Ainda, o relator também realizou analogia com a Lei de Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) que consagra inelegibilidade quando houver condenação por alguns crimes proferida por órgão colegiado, e cita legislações e entendimentos de países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, indicando que nesses países a execução penal tem início *antes* do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Tal decisão foi ratificada pela Corte, em 04 de abril de 2018, no julgamento do HC 152.752[5] e somente em 07 de novembro de 2019, quando o plenário do STF julgou em

---

2 POPPER, Karl. *Lógica da Pesquisa Científica*. Tradução de Leônidas Hengenberg e Octanny Silveira da Mota. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 33-34.

3 POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 2016.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 152.752*. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 2018.

conjunto as ADCs 43[6], 44[7] e 54[8], foi declarada a compatibilidade do artigo 283 do Código de Processo Penal com o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que veda a chamada execução provisória de sentença penal condenatória.

Assim, por três anos, vigorou o retrocesso em uma liberdade fundamental do processo penal democrático brasileiro, com a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, operacionalizado pelo STF. Uma mudança de tamanha envergadura na jurisprudência da Corte, autoriza, pois, levantar a hipótese de *lawfare,* sobretudo no contexto judicial brasileiro, daquele momento.

Para tanto, o presente artigo, inicialmente, apresenta a reação acadêmica e doutrinária à época da decisão, para demarcar a imediata perplexidade e repulsa aos atos judicais praticados, como indício de uma guerra jurídica em curso.

Na sequência, pra confirmar a hipótese, apresenta o arcabouço teórico interno e internacional afrontados com a decisão, demonstrando sua dissonância em relação aos valores constitucionais e, sobretudo, convencionais, albergados pela legislação brasileira e o possível uso indevido do Direito para se alcançar um fim no âmbito político.

## 1 AS VOZES DA RESISTÊNCIA HERMENÊUTICA

Conforme já mencionado, a decisão proferida no HC 126.292 modificou a jurisprudência do Supremo em um tema basilar do processo penal democrático: a presunção de inocência. Garantia fundamental do acusado em relação ao poder do Estado, a presunção da inocência exige um processo democrático e constitucional, justo e imparcial. Permitir a execução provisória da sentença penal condenatória, depois de anos e anos proibindo-a, trouxe o STF para o centro do debate do uso indevido dos tribunais para fins políticos.

A reação acadêmica e doutrinária à decisão judicial foi imediata, em defesa do direito a um processo justo, como algo inerente ao princípio da inviolabilidade da dignidade humana. Para Leonardo Isaac Yarochewsky[9], *a decisão do STF atingiu o coração do princípio da presunção de inocência:*

---

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43.* Relator: Ministro Marco Aurelio. Brasília, 2016.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 44.* Relator: Ministro Marco Aurelio. Brasília, 2016.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 54*. Relator: Ministro Marco Aurelio. Brasília, 2016.

9 YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. O STF violou direitos humanos*. Empório do direito,* São Paulo, 27 fevereiro 2016.

> A proibição do retrocesso" é também chamada de efeito "*cliquet*", palavra de origem francesa, utilizada pelos alpinistas para significar que, a partir de um determinado ponto da escalada, não é mais possível retroceder, devendo avançar sempre para cima, sendo permitida apenas a subida durante o percurso da escalada e jamais retroceder. Portando, em se tratando de direitos e garantias fundamentais – princípios garantistas e de direitos humanos – nem o legislador ordinário e nem o STF podem retroceder nos já consagrados direitos e garantias. Nestes casos, assim como na escalada, o legislador e os juízes só podem avançar e progredir em direção a mais garantias e direitos. Ora, se nem mesmo o legislador ordinário e o legislador constituinte podem abolir direitos e garantias individuais como pode o Supremo Tribunal Federal cometer a insensatez e a ignomínia de suprimir o direito individual fundamental do acusado não ser considerado culpado até decisão condenatória última, definitiva, transitada em julgado. Quando se tem afirmado repetidas vezes que o STF rasgou a Constituição da República, não é por ausência de motivos e justificativas.

Para Lênio Streck, a decisão do Supremo Tribunal Federal constituiu "efetiva alteração do texto constitucional (em um caso que nem mesmo se enquadra naquilo que pode ser considerado como uma exceção - 'crimes graves em concreto, como grandes desvios de dinheiro público)". Ou seja, "o STF errou. Reescreveu a Constituição e aniquilou garantia fundamental. Gostando ou não, essa é a Constituição que temos". Desconsiderou uma dimensão de profundidade, principiológica, em que coerência e integridade são padrões que são sempre compreendidos conjuntamente, revelando-se o julgamento em um equívoco, "que julgou inconstitucional o próprio texto constitucional[...]"[10]

> Também pode haver quem diga, em defesa da decisão do STF, que ele foi coerente em sua decisão, porque seguiu a linha de posicionamento que já havia manifestado no julgamento sobre a constitucionalidade da lei da Ficha Limpa. A chamada "Lei da Ficha Limpa" (LC 135/10) aumentava as hipóteses de inelegibilidade, atingindo candidato que tivesse sido condenado por decisão colegiada nos casos de alguns crimes. A questão chegou ao STF, na análise conjunta das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, tendo a Corte reconhecido sua constitucionalidade. Mesmo assim, nas divergências abertas à época, alguns ministros já criticaram a relativização da presunção de inocência, invocando o art. 5º, inc. XXXVI, CFRB/88. A afronta a tal dispositivo se torna mais escandalosa quando tratamos da prisão de alguém[11].

[10] STRECK, Lênio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 fevereiro 2016.

[11] STRECK, Lênio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 fevereiro 2016.

Tal decisão do Supremo Tribunal Federal, a um só tempo, desconsiderou frontalmente o Texto Constitucional (art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República), Tratados Internacionais que o próprio Estado Brasileiro ratificou, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7.º, n. 2 e art. 8.º, n. 2), a legislação processual penal (art. 283 do Código de Processo Penal) e, também, sua própria jurisprudência (HC 84.078/MG, de 05/02/2009).

> O que o Supremo Tribunal Federal parece esquecer é que o direito à presunção de inocência é, antes de qualquer coisa, um princípio processual, uma garantia processual e uma regra de argumentação processual. Significa simplesmente que quem tem o ônus da prova é quem acusa e não quem se defende. A presunção de inocência é um princípio basilar do sistema acusatório, do devido processo legal e do modelo constitucional do processo penal nos Estados Democráticos de Direito. E que a Constituição da República determina que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", ou seja, até decisão condenatória irrecorrível (embora o sistema ainda admita meios autônomos de impugnação de decisões judiciais)"[12].

Khaled Júnior[13], ao tratar da questão, pontua que o STF "fez mais do que apunhalar um direito fundamental: tristemente recepcionou um legado autoritário de processo penal, inadvertidamente ou não". Deixou-se seduzir, "pela vontade de satisfazer a "opinião pública" e, de forma velada, disse que pouco importava se era necessário vulnerar direito fundamental para combater o mal, ou o que é percebido como manifestação do mal". Destaca, o autor, trecho do voto do relator que não deixaria margem para dúvida:

> Conforme o Ministro Teori Zavascki, é preciso "atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade". O entendimento remete ao esplendor máximo da maquinaria inquisitória, cuja lógica era de gradação contínua e permanente de culpabilidade: não era possível que alguém fosse equivocadamente considerado objeto de suspeita e cada confirmação dos indícios originais no curso do processo fortalecia a "verdade" inicial. Cada etapa percorrida provocava alguma espécie de punição e consolidava a imagem preestabelecida, que sempre era confirmada no resultado final. Existe uma história por trás do discurso que opõe a sociedade e

---

12 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quinaud; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Presunção de inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do *Habeas corpus* nº 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. *Empório do direito*, São Paulo, 24 fevereiro 2016.

13 KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. *Boletim IBCCRIM*, abril de 2016.

> seus inimigos. Ela conforma um legado autoritário que demonstra que o utilitarismo empregado em nome de um suposto "bem comum" é indissociável de regimes e propósitos autoritários.[14]

Aury Lopes Junior[15] escreveu "que a legitimação da atuação do juiz/tribunal não decorre da aceitação popular ou da maioria da população. Não é um modelo político, de eleição. Todo o oposto". Para ele, a legitimação judicial deve se sustentar ainda seja contramajoritária [...] e

> se uma decisão penal precisa corresponder às expectativas sociais criadas, que se institua a pena de morte, a tortura para obter a confissão, a prova ilícita para qualquer das partes, o julgamento imediato e sem dilação probatória, a prisão cautelar como regra, a prisão em flagrante prendendo por si só e já autorizando a condenação sem processo, etc. Perigoso, não?[16]

Fernando Facury Scaff[17] refletiu que não caberia discutir se as finalidades das decisões do STF são boas ou más, "pois isso se refere a questões políticas, e nosso modelo de *guardião* é amparado em Kelsen: um órgão eminentemente jurídico, pois a Constituição é um documento jurídico com funções políticas".

> Lembremos que a posição de Schmitt, que compreendia a Constituição como um documento político apenas com formas jurídicas, descambou para o nazismo. É preciso ter cautela e retornar ao Direito. a doutrina tem que apontar os acertos e erros das decisões ocorridas. Esse é o papel da doutrina, doutrinar. É o que estou fazendo.... É nosso dever fundamental, nesse caso, apontar que o STF errou e que o caminho que está seguindo, ao sabor das conveniências políticas de plantão, é extremamente perigoso. Em nome de maior celeridade no aprisionamento de pessoas e de fiscalização tributária, o que pode até ser desejável, o STF está se tornando *dono* da Constituição. Por ora, foi apenas um *rapto*. Temos que resgatá-la. [18]

---

14 KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. *Boletim IBCCRIM*, abril de 2016.

15 LOPES, JUNIOR, Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 04 de março de 2016.

16 LOPES, JUNIOR, Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 04 de março de 2016.

17 SCAFF, Fernando Facury . Primeiro dever fundamental do Supremo Tribunal Federal é dizer não. *Consultor jurídico*, São Paulo, 23 de fevereiro de 2016.

18 SCAFF, Fernando Facury . Primeiro dever fundamental do Supremo Tribunal Federal é dizer não. *Consultor jurídico*, São Paulo, 23 de fevereiro de 2016.

Para Jânia Saldanha, a Constituição Federal de 1988 "não deixa nenhuma dúvida hermenêutica quando diz que a sentença penal condenatória será executada somente depois do trânsito em julgado". Mas o Supremo Tribunal Federal desconsiderou o texto constitucional. O princípio constitucional da presunção da inocência perdura até o momento do trânsito em julgado e "qualquer outra afirmação não passará de um jogo de palavras inconstitucional e inconvencional". O STF rompeu com sua jurisprudência anterior consolidada e rompeu com a jurisprudência da CIDH a qual está vinculado pelo dever de convencionalidade"[19].

Na mesma linha de raciocínio, o procurador de justiça do Ministério Público da Bahia, Rômulo Moreira, denunciou[20]o Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nos seguintes termos:

> [...]A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento do Habeas Corpus nº. 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância. A Suprema Corte brasileira, portanto, incide em reiteradas decisões conflitantes, causando uma séria insegurança jurídica aos jurisdicionados. [...] A decisão do Supremo Tribunal Federal representa afronta à jurisprudência do Supremo e ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). [...] Agora temos no Brasil uma verdadeira execução provisória da pena ou, se quisermos dar outro nome, uma prisão provisória automática decorrente do acórdão condenatório. Óbvio que não é possível (ou não era). E se o acusado vier a ser absolvido no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal? Se, por exemplo, no Recurso Especial ou no Recurso Extraordinário interposto contra o acórdão condenatório for reconhecida uma nulidade e, posteriormente, vier a ser prolatada no Juízo a quo uma sentença extintiva da punibilidade pela prescrição? Quem irá remediar o "mal" causado pela prisão (verdadeira pena antecipada) já cumprida? Centenas e centenas de decisões de tribunais regionais brasileiros são modificadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Ora, se o art. 5º, LVII, da Constituição estabelece que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", é de todo inadmissível que alguém seja preso antes de definitivamente julgado, salvo a hipótese desta prisão provisória se revestir de caráter cautelar. [...] Descurou-se o Supremo Tribunal Federal, inclusive, da jurisprudência da Cor-

---

19 SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. *Justificando*, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

20 LUCHETE, Felipe. Membro do MP vai a comissão da OEA contra prisão antes de trânsito em julgado. *Consultor jurídico*, São Paulo, 26 de fevereiro de 2016.

> te Interamericana de Direitos Humanos, pelo menos em dois casos: *Herrara Ulloa versus Costa Rica* (2004) e *Mohamed versus Argentina* (2012). É muito possível, inclusive em razão de algumas colocações feitas pelos Ministros, que a decisão da Suprema Corte tenha sido bastante influenciada por um receio de desagradar a opinião pública e a imprensa. [..][21]

No formulário de denúncia à Comissão Interamericana foram lançados, expressamente, como "autoridade consideradas responsáveis pelos fatos denunciados e pelas violações alegadas", os ministros do STF: Ministra Cármen Lúcia, Vice-Presidente, Ministro Gilmar Mendes, Ministro Dias Toffoli, Ministro Luiz Fux, Ministro Teori Zavascki, Ministro Roberto Barroso e Ministro Edson Fachin.

Como testemunhas das violações denunciadas, o Ministro Ricardo Lewandowski, Ministro Celso de Mello, Ministro Marco Aurélio e Ministra Rosa Weber, Supremo Tribunal Federal.

Como documentos anexados à denúncia se encontram a Nota Pública da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil contra a decisão da Suprema Corte brasileira, Nota da Diretoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Nota do Instituto dos Advogados do Brasil.

Por fim, pode-se sintetizar a reação interna à decisão do STF nas palavras de Bitencourt e Bitencourt[22], para quem "trata-se de um dia em que o STF escreveu a página mais negra de sua história ao negar vigência de texto constitucional expresso que estabelece como marco da presunção de inocência o trânsito em julgado de decisão condenatória". Trânsito em julgado é um instituto processual com conteúdo específico, significado próprio e conceito inquestionável, não admitindo alteração ou relativização de nenhuma natureza.

A reação de setores importantes da doutrina brasileira demarca firmemente, pois, uma mudança expressiva de jurisprudência, influenciada pela opinião pública, que judicializou o debate político, desvirtuando a finalidade democrática das leis, sem uma motivação jurídico-hermenêutica adequada à Constituição, que a justificasse.

---

21 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão interamericana de direitos humanos. *Petição 1532. Caso P-283-16.* 23/02/2016.

22 BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. Em dia de terror, supremo rasga a constituição no julgamento de um HC. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 fevereiro 2016.

## 2 NOTAS DE USO DO DIREITO COM FINS POLÍTICOS

Apresentada a reação doutrinário-acadêmica à decisão proferida no HC 126.292, é necessário aprofundar a análise do arcabouço legal afrontado, como evidência maior do desvirtuamento do Direito naquele momento político e social do Brasil[23].

Desde logo, cabe destacar que a presunção de inocência é cláusula pétrea constitucional e "*a* garantia constitucional qualificada, ou de primeiro grau, garante a inalterabilidade do preceito tanto por via legislativa ordinária como por via constituinte derivada". A proteção à regra constitucional é simultânea, contra a ação de dois legisladores: o legislador ordinário e o legislador constituinte – este último dotado de competência para emendar a Constituição. "A garantia constitucional se apresenta tão rígida que não consente sequer seja objeto de deliberação a proposta de emenda sobre a matéria constante da cláusula constitucional de exclusão sobre a qual não incide assim o poder de reforma"[24].

Contudo, é preciso frisar que, para além de conteúdo constitucional, *per se* suficiente, a presunção de inocência goza de profunda proteção convencional. A decisão proferida no HC 126.292 é, portanto, uma expressiva afronta ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, uma guinada hermenêutica de tamanha envergadura, contrária a dispositivos legais diversos, dá sinais de uso perverso e de manipulação da lei contra inimigos determinados, de uso do aparato estatal para ganhos políticos.

Cabe destacar que o *lawfare* latino-americano é caracterizado pelo enfraquecimento do processo penal democrático, sobretudo com delações e uso de prisões provisórias. Os espaços de exceção continuamente se relevam em relação aos inimigos, no seio de democracias em consolidação, em verdadeiro mecanismo geopolítico para perseguir governos progressistas na América Latina. Oportuno, pois, situar este espaço de proteção de direitos humanos na região.

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, importa rememorar o entendimento da Comissão Interamericana de Direito Humanos sobre o direito à presunção de inocência, especialmente ante as chamadas prisões decretadas antes do trânsito em julgado de decisões condenatórias, publicado no "Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas"[25]. A Convenção Americana exige dos Estados signatários o respeito ao sistema de garantias que esses próprios Estados legalmente adotam.

---

23 O Brasil estava sob a égide da Operação Lava Jato, conduzida pelo então juiz Sérgio Moro. Anos mais tarde, em 23/03/2021, no *Habeas Corpus* 164.493, por decisão majoritária, reconhecida pelo colegiado, o STF entendeu que o então magistrado agiu com motivação política na condução do processo do ex-presidente Lula na 13ª Vara Federal de Curitiba (PR).

24 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 13.

25 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão interamericana de direitos humanos. *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas*. 2014, p. 5.

Há mais de uma década, a Comissão Interamericana de Direito Humanos considera que a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva é um problema crônico em muitos países da América Latina. Entende a Comissão que dentre os problemas mais graves e generalizados na região, o uso excessivo da prisão preventiva é uma disfuncionalidade do sistema de justiça penal que, por sua vez, causa outros problemas como a superlotação e a falta de separação entre processados e condenados.

Essa realidade do uso excessivo da prisão preventiva na Américas foi reconhecida em outras instâncias pela própria Organização dos Estados Americanos (OEA), como durante a Terceira Reunião de Autoridades Responsáveis pelas Políticas Penitenciárias e Carcerárias, na qual se fez referência ao "amplo uso da detenção preventiva", chegando-se a estimar que, na região, "mais de 40% da população carcerária se encontrava em prisão preventiva"[26]. E tudo isso apesar da existência de normas internacionais vinculantes, derivadas do direito internacional dos tratados, que são muito claras em reconhecer o direito à presunção de inocência e a excepcionalidade da detenção preventiva.

Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) estabeleceu que o conceito de direito e liberdades é também inseparável do sistema de valores e princípios que o inspira. Em uma sociedade democrática, os direitos e liberdades inerentes à pessoa, suas garantias e o Estado de Direito constituem uma tríade, cada um desses componentes se define, se completa e adquire sentido em função dos outros.

Desde logo é possível perceber que, seja à luz do controle de convencionalidade, seja do controle de constitucionalidade, a decisão da cúpula do Poder Judiciário brasileiro não poderia se sustentar. No âmbito do respeito aos tratados, em razão das remissões recíprocas entre a Constituição e o Pacto de San José, o desrespeito ao próprio sistema de garantias legal e constitucionalmente adotados internamente viola o Pacto e o Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos (especificamente, art. 7.º, n. 2 e art. 8.º, n. 2, primeira parte, da Convenção Americana)[27].

Ora, o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos; portanto, o Supremo Tribunal Federal "tem o dever de controlar a convencionalidade, porque é uma instituição

---

26 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Reunião de altos funcionários responsáveis pela política penitenciária no cárcere. *Discurso de abertura do embaixador Adam Blackwell*: secretário de Segurança Multimodal, em nome do Secretário-Geral da OEA.

27 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quinaud; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Presunção de inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do *Habeas corpus* nº 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. *Empório do direito*, São Paulo, 24 fevereiro 2016.

do Estado brasileiro inserida no contexto de uma ordem regional protetiva dos direitos humanos a que nosso país está voluntariamente vinculado". E mais, a desobediência pelo STF da Constituição e à exigência do trânsito em julgado para prisão implica uma violação ao Pacto de San José da Costa Rica, em função do disposto no art. 8.2, primeira parte, quando o Pacto determina a obediência ao sistema de legalidade pelos próprios Estados signatários.[28]

Assim, toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa, repita-se, nos termos da Constituição Federal brasileira, art. 5º, LVII, significa que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

Ademais, o artigo 7. 2 da Convenção é expresso em dizer que "ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas", exatamente no sentido da legalidade (constitucional) a que o art. 8º parte primeira se refere. A decisão do STF cria, portanto, uma hipótese de prisão não prevista pela Constituição nem pelo Código de Processo Penal brasileiro, o que viola o Pacto de San José da Costa Rica.

Tal violação das garantias constitucionais é também uma violação das garantias internacionais, pois "inverte o ônus da prova e cria, ao arrepio da lei, uma modalidade de prisão preventiva (antes de decisão condenatória transitada em julgado) não prevista na Constituição" e, assim, desrespeita os próprios termos com que a presunção de inocência está prevista pela interpretação dada ao Pacto de San José[29]. Além disso, a decisão cria uma prisão preventiva, ou seja, uma prisão antes de uma "sentencia firme", ou transitada em julgado, portanto, em desacordo com o Relatório[30] (prisão preventiva nas hipóteses de risco de fuga e para preservar provas) e a interpretação dada pela Comissão e pela Corte ao direito de defesa e ao recurso.

> Desde o caso *Loayza Tamayo vs. Peru*, julgado em 1997, vem reafirmando o dever de os Estados e de suas instituições controlarem a convencionalidade. Foi o

[28] SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. *Justificando*, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

[29] BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quinaud; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Presunção de inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do *Habeas corpus* nº 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. *Empório do direito*, São Paulo, 24 fevereiro 2016.

[30] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão interamericana de direitos humanos. *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas*. 2014, p. 5.

> que fez em 26.09.2006 por ocasião do julgamento do caso *Almonacid Arellano vs. Chile* quando decidiu ser dever de todo juiz nacional controlar a convencionalidade, inclusive de ofício e, em 24.11.2006, quando no caso Trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru a CIDH elevou o controle de convencionalidade à condição de um instituto jurídico. Há hoje, no continente latino-americano, como se sabe, uma rica doutrina jurídica relacionada ao controle de convencionalidade, porque os juristas da América Latina identificaram não só a necessidade de apresentar respostas aos problemas comuns de violações de direitos humanos que experimentamos, quanto de dotar de susbstancialidade as Convenções de direitos humanos, especialmente porque alteraram profundamente o cenário do direito interno e, também, do direito internacional. Seria extremamente enganador afirmar que o *"jurispudencialismo"* apenas mudou de lugar.[31]

É possível dizer que há, sobretudo por parte do Poder Judiciário, uma obrigação convencional em conhecer a interpretação que a CIDH faz da Convenção Americana de Direitos Humanos. Repita-se: "Desde o julgamento *Almonacid Arellano*[32], a CIDH disse que o Poder Judiciário dos Estados deve exercer uma *"espécie de controle de convencionalidade",* não apenas em relação às normas internas e sua correspondência à Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também atentar para a interpretação que a CIDH faz da Convenção, já que é a sua última intérprete. Assim, "a CIDH funciona como uma verdadeira corte constitucional interamericana, o que deriva de seu esforço hermenêutico em construir um direito constitucional latino-americano ancorado nos direitos humanos".[33]

Assim é que, segundo Fernando G. Jayme[34], a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos concebeu uma verdadeira *"teoria geral do devido processo legal, moderna e sintonizada com os valores da dignidade humana e da democracia",* em que *o devido processo legal existe para salvaguardar os direitos das pessoas em quaisquer circunstâncias "e, por essa razão, é uma garantia absoluta, inafastável, mesmo em situações de extrema gravidade, onde a segurança do próprio Estado esteja em risco".*

---

31 SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. *Justificando*, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

32 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 26 de setembro de 2006. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.* 2006, p. 1.

33 SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. *Justificando*, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

34 JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 16.

O próprio decano do Supremo Tribunal Federal, ministro Celso Mello, em palestra proferida ainda em 1997, na I Conferência Internacional de Direitos Humanos (17.9.1997) sobre a "Democratização do Poder Judiciário e Acesso à Justiça" já ressaltava que:

> As violações dos direitos humanos, quando absurdamente toleradas pelas autoridades locais do Estado nacional, devem ser repelidas pela ação consequente e eficaz de organismos externos investidos de jurisdição internacional para apreciar – sempre que previamente esgotada a via processual doméstica – qualquer reclamação formulada contra o País, que, embora participando formalmente de convenção ou tratado sobre direitos básicos da pessoa, tenha ainda assim, descumprido o compromisso solenemente assumido na esfera internacional[35].

Neste passo, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é farta ao tratar da presunção de inocência. Nos casos *Suárez Rosero vs. Ecuador*[36], *Acosta Calderón vs. Ecuador*[37], *Palamara Iribarne vs. Chile*[38], *García Asto e Ramírez Rojas vs. Perú*[39], *López Álvarez vs. Honduras* [40], *Barreto Leiva vs. Venezuela*[41], *Argüelles y Otros vs. Argentina*[42], *Norín Cartimán y Otros vs. Chile*[43]e *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*[44] a CIDH concluiu que a presunção de inocência foi violada em

---

35 MELLO, Celso. Democratização do poder judiciário e acesso à justiça. *Justiça e democracia. Revista de Informação e Debates.* São Paulo, n. 4, p. 23, 2001.

36 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 12 de novembro de 1997. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. 1997, p. 16.

37 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 24 de junho de 2005. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. 2005, p. 35.

38 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 22 de novembro de 2005. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. 2005, p. 87.

39 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 25 de novembro de 2005. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Perú*. 2005, p. 65.

40 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 01 de fevereiro de 2006. *Caso López Álvares vs. Honduras.* 2006, p. 49.

41 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 17 de novembro de 2009. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. 2009, p. 23.

42 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 20 de novembro de 2014. *Caso Argüelles y Otros vs. Argentina*. 2014, p. 29.

43 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 29 de maio de 2014. *Norín Cartimán y Otros vs. Chile.* 2014, p. 22.

44 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 22 de novembro de 2007. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*. 2007, p. 33.

face de excessos relacionados à prisão cautelar. A prisão preventiva, pois, não deve se configurar em penas antecipadas e a sua excessiva duração, comporta uma manifesta violação à presunção de inocência.

Na mesma linha de argumentação, recentemente, em 6 de maio de 2021, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou perante a CIDH o caso *Daniel García Rodríguez e Reyes Alpizar Ortíz vs. México*, em que as vítimas permaneceram detidas em prisão preventiva por mais de 17 anos.

No caso *Cantoral Benavides vs. Peru*[45], a sentença reiterou que compete ao Estado o ônus da prova da culpabilidade do imputado, e não a este, provar sua inocência. Na mesma senda, o caso *Tibi vs. Ecuador*[46], em que a CIDH, ao tratar da presunção de inocência, apresenta a importante diferença entre os sistemas inquisitório e acusatório: o acusado é tratado "como se fosse culpado" no sistema inquisitivo; e o acusado é tratado "como se fosse inocente", no sistema o acusador.

No Caso *Lori Berenson Mejía vs. Peru*[47], a CIDH trata da questão da opinião pública e a presunção da inocência, de modo que o Estado não pode condenar informalmente uma pessoa ou emitir um juízo ante a sociedade, enquanto não restar provada legalmente a culpabilidade do acusado.

Em *Servellón García y otros vs. Honduras*[48] as detenções arbitrárias perpetradas em face das vítimas extrapolaram os limites da presunção de inocência, segundo a CIDH e, no caso *Yvon Neptune vs. Haiti*[49], a presunção de inocência foi vulnerada em face da prisão na condição de preso provisório junto a presos condenados. De igual modo, *Bayarri vs. Argentina*[50], em que a privação da liberdade para além prazo necessário, de uma pessoa cuja culpabilidade não havia sido comprovada, contraria gravemente a presunção de inocência.

---

45 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 31 de agosto de 2004. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. 2000, p. 04.

46 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 07 de setembro de 2004. *Caso Tibi vs. Ecuador*. 2004, p. 78.

47 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 25 de novembro de 2004. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. 2004, p. 08.

48 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 21 de setembro de 2006. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. 2006, p. 49.

49 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 06 de maio de 2008. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*. 2008, p. 05.

50 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 30 de outubro de 2008. *Caso Bayarri vs. Argentina*. 2008, p. 20.

Destarte, *J. vs. Peru*[51], onde a presunção de inocência foi vulnerada haja vista ninguém poder ser condenado, salvo a existência de prova plena e indubitável da culpabilidade.

Contudo, cabe destacar três casos julgados pela CIDH que são emblemáticos se comparados à decisão no HC 126.292, pois determinam que "a coisa julgada não é sinônimo de julgamento de segunda instância, mas sim que ocorre quando já não caiba mais recursos, cujo sinônimo para a Corte, é a produção de uma 'decisão firme'".

No caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, julgado em 2 de julho de 2004, a CIDH diz ter a parte o direito de interpor recurso antes que a sentença adquira a qualidade de coisa julgada e que "[...] "se busca proteger o direito de defesa outorgando durante todo o processo a possibilidade de interpor um recurso para evitar que quede firme uma decisão adotada com vícios e que contenha erros que causarão um prejuízo indevido aos interesses da pessoa"[52].

No mesmo ano, ao julgar o caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, em 31 de agosto, a CIDH afirmou que o princípio da presunção de inocência "é um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa e acompanha o acusado durante toda a tramitação do processo até que uma sentença condenatória que determine sua culpabilidade seja irreversível."[53] Nesse processo, as autoridades judiciais paraguaias haviam determinado o impedimento de *Ricardo Canese* sair do Paraguai. A CIDH disse que essa proibição, sem uma sentença definitiva, vulnerou a presunção de inocência, conforme previsto no artigo 8.2 da convenção Americana. No item 6 das conclusões, a CIDH afirmou que desde a primeira instância até que a decisão tenha se tornado "firme" (ou seja, tenha transitado em julgado) haviam se passado oito anos de flagrante e arbitrária violação da presunção de inocência protegida pelo art. 8.2[54].

Em 2010, no caso *Rosendo Cantú vs. México*, a CIDH reafirmou sua posição anterior de que a presunção de inocência é um princípio que constitui um fundamento das garantias processuais e que acompanha o acusado durante toda a tramitação do processo, até que uma sentença condenatória que determine sua culpabilidade tenha transitado em julgado, decidindo que: "Neste sentido a presunção de inocência é vulnerada se antes de

---

51 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 27 de novembro de 2013. *Caso J. vs. Peru*. 2013, p. 16.

52 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 02 de julho de 2004. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. 2004, p. 1.

53 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 31 de agosto de 2004. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. 2004, p. 3.

54 SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. *Justificando, São Paulo, 29 fevereiro 2016.*

que ao acusado seja considerado culpável uma decisão judicial relacionada a ele reflita a opinião de que é culpado" [55].

Diante dos argumentos aqui colacionados, razões jurídicas com origem constitucional e convencional soçobram para demonstrar que o resultado do HC 126.292 poderia, segundo a dicção da CIDH, configurar um "ilícito internacional, em que "o princípio constitucional e convencional do devido processo legal foi a maior vítima"[56]. E mais, o Brasil, por ato do Poder Judiciário (e agora, da cúpula do Poder Judiciário), poderia, em face da farta jurisprudência apresentada, sentar-se no banco dos réus da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A situação descrita neste artigo, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é um episódio gravíssimo de retrocesso no Direito brasileiro. A condição de infrator do Poder Judiciário interno fica evidente, em sede de Direito Internacional dos Direitos Humanos, também a partir da teoria da coisa julgada fraudulenta. Isso porque a coisa julgada produzida no julgamento do HC 126.292, segundo o entendimento da CIDH, é considerada fraudulenta quando resulta de um juízo no qual não foram respeitadas as regras do devido processo.

Se a palavra fraudulenta, ao primeiro olhar, aparenta ser agressiva às atribuições maiores do Poder Judiciário, "ocasiona seguramente uma séria reflexão sobre a condição de dogma a que foi elevada a coisa julgada em nome da segurança jurídica". A internacionalização dos direitos humanos exige a ampliação e consolidação da hermenêutica em consideração aos compromissos internacionais assumidos pelos Estados, alcançando em nível global, um direito processual internacional dos direitos humanos. "Trata-se de perceber, contra um universo vasto, mas compreensível, em que a formação dos juristas era apenas voltada para o nacional/local que esse, sozinho, talvez não dê mais todas as respostas adequadas"[57].

A existência de um "bloco de constitucionalidade em matéria de princípios processuais" é a expressão de maturidade democrática dos Estados nacionais e "condição de possibilidade para a construção de valores comuns universais no domínio processual"[58],

---

55 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 31 de outubro de 2010. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* 2010.

56 BENEDETTI, Andréa Regina de Morais. *Implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil em face do Poder Judiciário violador de direitos humanos*: por um mecanismo híbrido, aberto e plural. Tese. (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2016, p 162.

57 SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. *Justificando*, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

58 SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. *Justificando*, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

como um dos traços do fenômeno contemporâneo da internacionalização do direito voltado à efetivação dos direitos humanos e à possível concretização de um "pluralismo ordenado", como refere Mireille Delmas-Marty[59].

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos já há algum tempo reconheceu a necessidade de os Estados respeitarem as garantias processuais, como no caso *Aguirre Roca y otros vs. Perú* de 2001[60], em que decidiu ser necessário assegurar *"las garantias mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción."*

Há, portanto, de fato e de direito, na América Latina, um bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais que estão alinhados às Convenções de direitos humanos:

> Em face da complementariedade e do compromisso dos Estados em ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos, o sistema regional de proteção de direitos humanos, no que tange às garantias judiciais segue a senda da maior eficácia da proteção. A Convenção Americana de Direitos Humanos, ao reger o sistema de proteção aos direitos humanos no âmbito da OEA, estabelece no seu artigo 7º a garantia do contraditório e do juiz natural. O artigo 8º, § 1º refere-se às 'Garantias judiciais' e prevê o respeito à ampla defesa, prazo razoável, juiz natural, independência e imparcialidade do juiz. O artigo 25, intitulado 'Proteção judicial', traz proteção aos direitos fundamentais através do direito de interpor recurso perante juiz ou tribunal competente contra atos, mesmo quando praticados por quem no exercício de função oficial, que violem esses direitos, previstos na Constituição do Estado Parte, em sua lei ou na Convenção.[61]

Assim, a incorporação dessas garantias nas ordens internas retrata o compromisso internacional assumido pelos Estados ao ratificar as Convenções mostrando que o futuro do direito internacional é doméstico[62].

---

59 DELMAS-MARTY, *Mireille. Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006, p. 35.

60 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 31 de janeiro de 2001. *Aguirre Roca y otros vs. Perú.* 2001.

61 SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. *Justificando*, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

62 SLAUGHTER, Anne-Marie. *A global community of courts. Harvard International Law Review*. v. 44, 2003, p. 191.

Patentes, pois, os indícios de *lawfare* que emanam da decisão no HC 126.292. Atente-se que na concepção contemporânea dos direitos humanos, as garantias processuais ou os princípios processuais são direitos humanos porque ligados, de modo indelével, à própria noção de dignidade humana. A possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória não pode ser relativizada, sobretudo em tempos de criminalização da resistência.

> É no contexto de um Estado pós-democrático que o direito pode se transformar numa importante arma de guerra, num instrumento capaz de gerar perseguição e aniquilamento de um inimigo político. Lamentavelmente isso é uma realidade nos tempos atuais. Se no passado os militares foram utilizados com uma finalidade persecutória, vide o Golpe Militar de 1964 no Brasil e em vários países da América Latina, hoje o Judiciário, o Ministério Público e a Polícia Federal cumprem esse mesmo papel. No lugar dos canhões tem-se o uso do direito e da lei como meios para se destruir o adversário. Ora, isso nada mais é do que *lawfare*, uma prática de um uso perverso e de manipulação da lei que tem por objetivo aniquilar a reputação e promover o maior número de ações judiciais possíveis contra alguém, mesmo que todas essas ações sejam desprovidas de fundamentos jurídicos mínimos. A finalidade é prejudicar uma pessoa, independentemente se há violação da Constituição e desrespeito aos direitos fundamentais por parte do aparato estatal. O que está em jogo na *lawfare* é o uso indevido do direito para se alcançar um fim no âmbito político. Trata-se de uma prática fraudulenta e perversa que leva o direito a ser utilizado como um mecanismo de exclusão de alguém do universo da cidadania e de sua transformação em um inimigo a ser caçado e deslegitimado. Nesse ambiente persecutório, há uma ampla divulgação na mídia de todas as ações e procedimentos judiciais efetuados e aqueles ainda a serem realizados. Com isso, há uma atuação seletiva e espetacularizada do Judiciário, do Ministério Público e das forças policiais, tudo com o claro objetivo de mostrar o "funcionamento transparente" das instituições estatais e influenciar a opinião pública em torno de um ou de todos os casos que envolvam uma pessoa processada[63]

Levando-se em conta que o *lawfare* é, também, caracterizado pela "flexibilização dos direitos fundamentais e a inversão de diversos princípios consagrados pela ordem constitucional do Estado Democrático de Direito, como substituir o princípio de Presunção da Inocência pelo 'princípio da presunção de culpabilidade'", com a consequente a inver-

[63] RODRIGUES, Eder Bomfim. Estado pós-democrático, *lawfare* e a decisão do TRF-4 contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. *In*: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo W. (Org.). *Comentários a um acórdão anunciado*: o processo Lula no TRF4. São Paulo: Outras Expressões, p. 79-84, 2018, p. 83.

são do ônus da prova, em que o réu que provar sua inocência, o "protagonismo do Poder Judiciário nos processos de criminalização ampliada é um dos pontos mais importantes para o enfraquecimento da ordem constitucional democrática e o crescimento significativo dos espaços de exceção".[64]

A violação, pelo STF, de um direito fundamental presente na Constituição Federal brasileira, como a presunção de inocência, profundamente influenciada pela opinião pública e com apoio midiático massivo, referendou a operação Lava Jato. Esta conduta qualifica o debate do protagonismo judicial, próprio da judicialização da política, eis que aquele não vem acompanhado da adequada responsabilização dos órgãos judiciários sobre suas decisões. A responsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário (responsabilidade jurídica), bem como a responsabilidade pessoal civil, criminal e disciplinar do magistrado, é insuficiente para resolver os problemas decorrentes da atuação equivocada do agente público juiz, o que exigiria do STF uma atuação enérgica em defesa dos pilares democráticos, justamente no calor dos acontecimentos.

Ademais, há uma responsabilidade social do magistrado, muitas vezes encoberta pela afirmação da independência judicial. Sob o manto da independência esquece-se do dever de prestar contas atribuído aos magistrados e ao Poder Judiciário, na sociedade contemporânea. Essa falta de formas eficazes internas de responsabilidade política e social dificulta um controle mais democrático da atuação do Poder Judiciário e do magistrado. Deste modo, chamado a recolocar a democracia no prumo, o STF, por ocasião do HC 126.292 se furtou à responsabilidade, funcionando como engrenagem azeitada de uma máquina sofisticada de *lawfare*.

## 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo analisou aspectos do processo penal democrático brasileiro no contexto do *lawfare* na América Latina, tomando como paradigma a decisão proferida no HC 126.292. Cuidou de testar a hipótese de que a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) ao analisar a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, em 2016, pode ser caracterizada como *lawfare*.

---

64 DORNELLES, João Ricardo W.; GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio F. C. Os três de Porto Alegre: o Estado de exceção, o Direito Penal do inimigo e a criminalização da política. *In*: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo W. (Org.). *Comentários a um acórdão anunciado*: o processo Lula no TRF4. São Paulo: Outras Expressões, p. 101-106, 2018, p. 104.

Em um primeiro momento, apresentou a reação acadêmica e doutrinária inflamada à época da decisão, para demarcar a imediata perplexidade e repulsa ao ato judicial praticado, como indício da guerra jurídica que estava em curso.

A reação à hermenêutica adotada pelo STF foi dura ao apontar a violação à dignidade humana, o erro em se relativizar a presunção de inocência e a falta de fundamentos, que não fossem a pressão da opinião pública e o referendo velado da maior operação de perseguição jurídica com fins políticos – Lava Jato – que o Brasil democrático presenciou.

Como segundo argumento para confirmação da hipótese, o artigo adentrou no bojo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no âmbito da América Latina, e demonstrou a dissonância do Supremo Tribunal Federal em relação aos valores constitucional-democráticos essenciais na decisão do HC 126.292, tangencialmente alinhado ao uso indevido do Direito para se alcançar um fim no âmbito político.

Ora, o *lawfare* pode ser caracterizado pela flexibilização dos direitos fundamentais e a inversão de diversos princípios consagrados pela ordem constitucional do Estado Democrático de Direito. Assim, uma guinada paradigmática na presunção da inocência, com a consequente inversão do ônus da prova em desfavor ao réu, mostra um alinhamento à fragilização da democracia e um solo fértil para espaços de exceção.

O Brasil é uma democracia jovem, que se encontra, hoje, deliberada e reiteradamente sob ataque por parte do Executivo, com a conivência dos demais Poderes e da Procuradoria Geral da República. Contudo, já em 2016, na pujança da operação Lava Jato, as garantias individuais e processuais vinham sendo ordinariamente corroídas.

As armas de ataque do *lawfare* eram diárias, com operações policiais deflagradas rotineiramente, devidamente espetacularizadas pela mídia. As agressões ao processo penal democrático foram progressivas e assistiu-se ao concerto orquestrado de setores do sistema de justiça em desfavor de um inimigo, que personificava um ideal progressista e que precisava ser neutralizado.

Tendo este objetivo no horizonte, o saldo restou para a população carcerária, severamente atingida com a decisão. Aquilo que era exceção, a prisão, tornou-se a regra e, embora sem efeito vinculante, instalou a insegurança jurídica, já que coube a cada Tribunal, no caso concreto, a análise e decisão sobre o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau. Algo que não poderia ser admitido em um país cujas mazelas do encarceramento já foram reconhecidas como estado de coisas inconstitucional.

O papel do STF, na defesa da democracia, não fez jus ao seu peso simbólico na ordem constitucional e, a relativização da presunção de inocência, foi um retrocesso marcante na sua história institucional. A força de uma Corte que guarda a Constituição está,

sobretudo, em repelir as ameaças aos Direitos Humanos para afastar a exceção e a sombra ditatorial. A revisão da decisão, posteriormente, para além de um alento democrático, demarcou, isto sim, a guerra jurídica no Brasil.

Finalmente, cabe lembrar uma advertência importante da teoria da Justiça de Transição, segundo a qual não se deve descansar sobre a aparente conquista de uma democracia. Uma transição democrática nunca se aperfeiçoa ou consolida, ela exige constante vigilância, renovação e fortalecimento. Casos como a decisão do STF no HC 126.292 evidenciam a intrincada relação entre justiça, globalização e soberania, vale dizer, a necessidade permanente de apego entre o Direito interno e os compromissos jurídicos internacionais.

## REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quinaud; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Presunção de inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. *Empório do direito*, São Paulo, 24 fevereiro 2016.

BENEDETTI, Andréa Regina de Morais. *Implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil em face do Poder Judiciário violador de direitos humanos:* por um mecanismo híbrido, aberto e plural. Tese. (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. Em dia de terror, supremo rasga a constituição no julgamento de um HC. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 fevereiro 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 43*. Relator: Ministro Marco Aurelio. Brasília, 2016. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342. Acesso: 19 set. 21.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 44.* Relator: Ministro Marco Aurelio. Brasília, 2016. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598. Acesso: 19 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 54.* Relator: Ministro Marco Aurelio. Brasília, 2016. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357888. Acesso: 19 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 12.292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 2016. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246. Acesso: 19 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 152.752. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=5333977. Acesso: 19 set. 2021.

DELMAS-MARTY, *Mireille. Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

DORNELLES, João Ricardo W.; GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio F. C. Os três de Porto Alegre: o Estado de exceção, o Direito Penal do inimigo e a criminalização da política. *In*: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo W. (Org.). *Comentários a um acórdão anunciado*: o processo Lula no TRF4. São Paulo: Outras Expressões, p. 101-106, 2018.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. *Me ne frego*: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. *Boletim IBCCRIM*, abril de 2016. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5741-Me-ne-frego-a-presuncao-de-inocencia-apunhalada-pelo-STF. Acesso: 19/09/21.

LOPES, JUNIOR, Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 04 de março de 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico. Acesso: 19 set. 2021.

LUCHETE, Felipe. Membro do MP vai a comissão da OEA contra prisão antes de trânsito em julgado. *Consultor jurídico*, 26 de fevereiro de 2016.

MELLO, Celso. Democratização do poder judiciário e acesso à justiça. *Justiça e democracia***.** *Revista de Informação e Debates.* São Paulo, n. 4, p. 23, 2001.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão interamericana de direitos humanos. *Petição 1532. Caso P-283-16.* 23/02/2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão interamericana de direitos humanos. *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas.* 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 02 de julho de 2004. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 26 de setembro de 2006. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.* 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 12 de novembro de 1997. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador.* 1997.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 24 de junho de 2005. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador.* 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 22 de novembro de 2005. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 25 de novembro de 2005. *Caso García Asto e Ramírez Rojas vs. Perú.* 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 01 de fevereiro de 2006. *Caso López Álvares vs. Honduras.* 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 17 de novembro de 2009. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela.* 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 20 de novembro de 2014. *Caso Argüelles y Otros vs. Argentina.* 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 22 de novembro de 2007. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador.* 2007.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 31 de agosto de 2004. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. 2000.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 07 de setembro de 2004. *Caso Tibi vs. Ecuador*. 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 25 de novembro de 2004. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 21 de setembro de 2006. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras.* 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 06 de maio de 2008. *Caso Yvon Neptune vs. Haití.* 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 30 de outubro de 2008. *Caso Bayarri vs. Argentina.* 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 27 de novembro de 2013. *Caso J. vs. Peru.* 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 31 de agosto de 2004. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.* 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 31 de outubro de 2010. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 31 de janeiro de 2001. *Aguirre Roca y otros vs. Perú.* 2001.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte interamericana de direitos humanos: sentença de 29 de maio de 2014. *Norín Cartimán y Otros vs. Chile.* 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Reunião de altos funcionários responsáveis pela política penitenciária no cárcere. *Discurso de abertura do embaixador Adam Blackwell:* secretário de Segurança Multimodal, em nome do Secretário-Geral da OEA.

POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações.* Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

POPPER, Karl. *Lógica da Pesquisa Científica.* Tradução de Leônidas Hengenberg e Octanny Silveira da Mota. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

RODRIGUES, Eder Bomfim. Estado pós-democrático, *lawfare* e a decisão do TRF-4 contra o ex--presidente Luiz Inácio Lula da Silva. *In*: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo W. (Org.). *Comentários a um acórdão anunciado:* o processo Lula no TRF4. São Paulo: Outras Expressões, p. 79-84, 2018.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O dever do STF de controlar a convencionalidade. *Justificando*, São Paulo, 29 fevereiro 2016.

SCAFF, Fernando Facury. Primeiro dever fundamental do Supremo Tribunal Federal é dizer não. Consultor jurídico, 23 de fevereiro de 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/contas-vista-primeiro-dever-fundamental-supremo-dizer-nao Acesso: 19 set. 2021.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A global community of courts. Harvard International Law Review*. v. 44, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 fevereiro 2016.

YAROCHEWSKY, **L**eonardo Isaac. O STF violou direitos humanos. *Empório do direito*, São Paulo, 27 fevereiro 2016.

Capítulo 15

# NOVOS AUTORITARISMOS E *LAWFARE*: O JUDICIÁRIO COMO VÍTIMA?

*Estefânia Maria de Queiroz Barboza*[1]
*Adriana Inomata*[2]

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. NOVOS MODOS DE ATAQUE À DEMOCRACIA: A ASCENSÃO DE AUTOCRATAS ELEITOS, 1.1. *COUP D'ÉTAT* E GOLPES CONSTITUCIONAIS, 1.2. NOVO *MODUS OPERANDI* DOS AUTOCRATAS POPULISTAS: A CAIXA DE FERRAMENTAS DOS AUTOCRATAS HIPÓCRITOS, 1.3. ATAQUE AO JUDICIÁRIO: O CASO HÚNGARO; 2. O CONTEXTO BRASILEIRO: ATAQUE AO STF E DEMOCRACIA EM RISCO, 2.1. BRASIL ENTRA NO GRUPO DE PAÍSES GOVERNADOS POR LÍDERES AUTOCRATAS, 2.2. OS ATAQUES AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Os tradicionais debates em torno dos limites da jurisdição (especialmente a constitucional) relacionados à judicialização da política, ao ativismo judicial e à autocontenção

1 Mestre e Doutora em Direito pela PUCPR – Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado da UFPR e do Mestrado da Uninter. Vice-Presidente da Associação ítalo-brasileira de direito administrativo e de direito Constitucional. Pesquisadora do CCONS – Centro de Estudos da Constituição. estefbarboza@gmail.com

2 Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia (UNIBRASIL), Doutoranda em Direito do Estado (UFPR). Professora de Direito Constitucional da Escola de Direito da Universidade Positivo. Pesquisadora do Centro de Estudos da Constituição (CCONS/UFPR). E-mail: adrianainomata@yahoo.com.br

pressupõem um contexto de comprometimento da política com a democracia[3]. Um contexto em que as regras mínimas do jogo democrático liberal estão em funcionamento: separação de poderes, sistemas de freios e contrapesos e garantias das liberdades individuais básicas.

O atual fenômeno de emergência global de líderes autoritários competitivos nos impõe a reflexão de que é preciso diferenciar momentos de normalidade e momentos de grande instabilidade democrática no que diz respeito à análise da atuação judicial frente aos demais poderes.[4]

Desde o debate dos federalistas, Alexander Hamilton já alertava para a vulnerabilidade do Judiciário diante das pressões políticas e dos aparatos instrumentais dos demais poderes. Vale aqui transcrever suas palavras:

> [E]m **um governo em que estão separados uns dos outros, o judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição**; porque terá menos capacidade de incomodá-los ou feri-los. (...) O judiciário, ao contrário, não tem influência nem sobre a espada [exército/polícia] nem sobre as finanças; nenhuma direção da força ou da riqueza da sociedade... Pode-se dizer verdadeiramente que não tem FORÇA nem VONTADE, mas apenas julgamento; **e deve, em última instância, depender da ajuda do braço executivo, mesmo para a eficácia de seus julgamentos**.
>
> (...) Prova incontestavelmente que o **Judiciário é sem comparação o mais fraco dos três poderes**, que nunca pode atacar com sucesso nenhum dos outros dois; **e que todo cuidado possível é necessário para habilitá-lo a se defender contra seus ataques**. (...) E prova, em último lugar, que [a liberdade] **teria tudo a temer de sua união com qualquer um dos outros poderes; que, como todos os efeitos de tal união devem resultar de uma dependência do primeiro sobre o último, não obstante uma separação nominal e aparente**; que, como, de a fraqueza natural do judiciário, está **em risco contínuo de ser dominado, intimidado ou influenciado**

---

3 "*The constitutional review debate assumes a polity committed to being democratic*." (PRENDERGAST, David. The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism, 20 *German Law Journal* 245, 2019. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/judicial-role-in-protecting-democracy-from-populism/99585581EB11E7AFCD98C773F2EBFAB0. Acesso em: 10 set. 2021.

4 Konrad Lachmayer, ao descrever as diferentes estratégias para o "desempoderamento" de uma corte, faz o seguinte alerta: "...*it is important to stress the difference between the discourses on the role of courts in democratic societies and the authoritarian destruction of independence. The power of courts in liberal democracies can be limited in different ways without endangering the independence of courts.*" (LACHMAYER, Konrad. Disempowering Courts: The Interrelationship of Courts and Politics in Contemporary Legal Orders or the Manifold Ways of Attacking Judicial Independence. *In:* BELOV, Martin (ed.). *Courts, Politics and Constitutional Law*. Routledge Publishing: London and New York, 2020 p. 31–54. 2019.)

> **pela coordenação dos demais poderes**; **e que nada pode contribuir tanto para sua firmeza e independência quanto a permanência [dos juízes] no cargo**..." [tradução livre; sem grifos no original][5]

Se nos momentos de estabilidade constitucional, a função judicial contramajoritária e de contenção dos demais poderes merece especial atenção para o abuso de suas prerrogativas; nos momentos de crise e de instabilidade política e democrática a atenção e a preocupação devem ser focadas no perigo do aparelhamento e enfraquecimento do sistema de freios e contrapesos, uma vez que o Judiciário (especialmente as Supremas Cortes e os Tribunais Constitucionais) é um dos principais alvos de ataque dos governos autoritários.

Este artigo objetiva demonstrar que no Brasil, seguindo o modelo de outros países (como Hungria e Polônia), especialmente a partir da ascensão de Jair Messias Bolsonaro à Presidência da República, a independência do Poder Judiciário está sob ataque e que um cenário de grave deterioração democrática e institucional se instaura.

Para tanto, em um primeiro momento, mediante análise bibliográfica, será delineado o novo modo de ação dos líderes populistas autoritários de ataque à democracia, trazendo conceitos como constitucionalismo abusivo, legalismo autocrático, *lawfare*, e "democraturas", além de utilizar o método comparativo, analisando especialmente o caso húngaro de agressão à independência judicial e cooptação do Poder Judiciário.

A partir da descrição desse cenário, será realizada uma análise empírica do atual contexto político brasileiro a partir de notícias veiculadas nos principais portais *on line* de comunicação, com o objetivo de identificar indícios de que esse movimento se instaura no Brasil. Dada a complexidade do novo modo como as democracias morrem no século XXI e da dificuldade de se identificar quando exatamente estamos diante do marco que separa um Estado de Direito de um Estado de exceção, a pesquisa tem caráter exploratório.

## 1 NOVOS MODOS DE ATAQUE À DEMOCRACIA: A ASCENSÃO DE AUTOCRATAS ELEITOS

Após a terceira onda de democratização[6], é possível visualizar que há, de fato, um movimento de desdemocratização global, marcado pela hibridização negativa dos regimes

---

5 PUBLIUS [HAMILTON, Alexander]. *The Federalist Papers: No. 78*. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp. Acesso em: 10 set. 2021.

6 De acordo com o cientista político Samuel P. Huntington (HUNTINGTON, Samuel P. *La tercera ola*. La democratización a finales del siglo XX. Barcelona: Paidós, 1994.), a terceira onda de democratização

democráticos. Há um movimento global reverso, na medida em que as democracias estão caminhando para regimes autocráticos.

O fracasso do processo de democratização que levou à Primavera Árabe, unido à experiência de retrocessos na África, no Leste Europeu e na Ásia ensejou essa nova tendência de retrocesso democrático.

A *Freedom House* (2018), que há mais de 40 anos analisa as condições dos direitos políticos e das liberdades civis em 195 países, em 2018, fez o seguinte alerta:

> *Political rights and civil liberties around the world deteriorated to their lowest point in more than a decade in 2017, extending a period characterized by emboldened autocrats, beleaguered democracies, and the United States' withdrawal from its leadership role in the global struggle for human freedom.*
>
> *Democracy is in crisis. The values it embodies—particularly the right to choose leaders in free and fair elections, freedom of the press, and the rule of law—are under assault and in retreat globally.* [sem grifo no original]

O ano de 2020 foi identificado como o 15º ano consecutivo de declínio da liberdade global[7], com a expansão de governos autoritários. Os países em deterioração democrática já superaram aqueles com melhorias pela maior margem registrada desde o início da tendência negativa em 2006. Conforme entendimento da *Freedom House*[8], "[a] longa recessão democrática está se aprofundando". Na Índia, por exemplo, considerada democracia mais populosa do mundo, políticas como perseguição aos críticos, ações de combate à pandemia que implicaram na violação de liberdades e perseguição aos mulçumanos, levaram à perda de seu *status* de país livre para parcialmente livre em 2021. A pandemia do Covid-19 foi a desculpa para o uso crescente de práticas autoritárias[9].

---

iniciou-se a partir da Revolução dos Cravos (1974) em Portugal. A partir desse marco, houve uma nova tendência de democratização mundial, especialmente na América Latina (com o fim das ditaduras latino-americanas) e países do Leste Europeu (com a transição dos países do Leste Europeu, como Hungria e Polônia).

7 REPUCCI, Sarah; SLIPOWITZ, Amy. Freedom in the World 2021. Democracy under Siege. *Freedom House.* 2021. Disponível em: https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2021/democracy-under--siege. Acesso em: 10 set. 2021.

8 FREEDOM HOUSE. *Freedom in the World 2021.* NY 2021. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-02/FIW2021_World_02252021_FINAL-web-upload.pdf. Acesso em: 04 set. 2021, p. 1.

9 Por exemplo, assim como procedeu o primeiro-Ministro, Hum Sem, do Camboja, Rodrigo Duderte, nas Filipinas promoveu uma intensificação do assédio e prisões de usuários de mídias sociais que critica-

Em 2021, a *Freedom's House*[10] fez o alerta de que a democracia está sob ataque em todas as regiões do mundo de modo peculiar: mediante a emergência de líderes populistas autoritários e grupos que rejeitam o pluralismo, perseguem as minorias e atacam a separação de poderes, em contexto de forte polarização e instabilidade política e econômica. No relatório "*Nations in transit – the antidemocratic turn*"[11], foi observado o fortalecimento no processo de desdemocratizaçao na Europa Central – com destaque para Polônia[12] e Hungria[13] – e na Ásia – com liderança da Rússia[14]. Todos os 29 (vinte e nove) países avaliados nesse relatório tiveram uma piora democrática nos últimos 4 (quatro) anos.

Nesse mesmo sentido, a *Human Rights Watch* (*HRW*), organização não-governamental que analisa a situação dos direitos humanos (de acordo com os parâmetros instituídos pela Declaração Universal de Direitos Humanos) em mais de 100 (cem) países, em 2019, na publicação da 29ª edição do seu "*World Report*"[15], alertou para o que chamou de um "período sombrio para os direitos humanos" e identificou um movimento de ascensão de líderes autocráticos, dentre as quais passou a ser categorizado Presidente do Brasil a

---

vam a resposta governamental à pandemia. Na Hungria, a pandemia foi a justificativa para o governo passar a governar via decreto, o que permitiu que o governo retirasse a assistência financeira a municípios liderados pela oposição (FREEDOM HOUSE. *Freedom in the World 2021.* NY 2021. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-02/FIW2021_World_02252021_FINAL-web-upload.pdf. Acesso em: 04 set. 2021).

10 FREEDOM HOUSE. *Democracies in decline*. NY, 2021c. Disponível em: https://freedomhouse.org/issues/democracies-decline. Acesso em: 11 set. 2021.

11 FREEDOM HOUSE. *Nations in transit.* The antidemocratic turn. NY, 2021. Disponível em: https://freedomhouse.org/report/nations-transit/2021/antidemocratic-turn. Acesso em: 11 set. 2021.

12 Apesar de ainda ser classificada como democracia semi-consolidada, o declínio democrático observado nos últimos cinco anos foi mais acentuado do que o da Hungria.

13 A Hungria, por exemplo, sofreu o maior declínio democrático já mensurado desde que o "*Nations in transit*" foi implementado, passando a ser categorizada como regime híbrido.

14 "*For the first time in the report's history, Russia's score on the National Democratic Governance indicator bottomed out, reflecting President Putin's absolute control after the fraudulent 2020 constitutional referendum and his vicious efforts to silence dissenting voices*" – "Pela primeira vez na história do relatório, a pontuação da Rússia no indicador de Governança Democrática Nacional atingiu o fundo do poço, refletindo o controle absoluto do presidente Putin após o referendo constitucional fraudulento de 2020 e seus esforços cruéis para silenciar vozes dissidentes." (tradução livre) (FREEDOM HOUSE. Nations in transit. The antidemocratic turn. NY, 2021. Disponível em: https://freedomhouse.org/report/nations-transit/2021/antidemocratic-turn. Acesso em: 11 set. 2021, p. 3)

15 HUMAN RIGHTS WATCH. *World report 2019,* events of 2018. 2019, p. 1. Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/hrw_world_report_2020_0.pdf. Acesso em: 07 set. 2020.

partir da eleição de Jair M. Bolsonaro, ao lado de Recept Erdogan, na Turquia, Rodrigo Duderte, nas Filipinas e Viktor Orbán, na Hungria.

De acordo com o relatório de 2020 produzido pela *DeMax*[16], que avaliou a qualidade democrática de 179 (cento e setenta e nove) países, de 1900 a 2019, há atualmente um movimento de desdemocratização mundial, que se traduz, mais especificamente, em um processo de hibridização.[17] De acordo com o gráfico abaixo[18-19], é possível verificar que, a partir de 2012[20], há um nítido processo de hibridização (mudanças para regime híbrido) negativo, ou seja, de transformação de regimes democráticos em híbridos, que se acentua vertiginosamente a partir de 2019.

---

16 O *Democracy Matrix (DeMax)* é uma ferramenta que mede a qualidade da democracia em 179 países no período de 1900 a 2019 baseado em 15 critérios formados a partir de uma matriz que envolve as três dimensões chave da democracia (liberdade política, igualdade política e controle político e legal) em relação a cinco instituições (procedimentos de decisão, regulação da esfera intermediária, comunicação pública, garantia de direitos e elaboração e implementação de normas). (LAUTH, Hans-Joachim; SCHLENKRICH Oliver; LEMM Lukas. *State of Democracy 2019* (Context Measurement). Universität Würzburg. Democracy Matrix, 2019. Disponível em: https://www.democracymatrix.com/fileadmin/Mediapool/PDFs/Report/DeMaX_Report_2019_Growing_Hybridity.pdf. Acesso em: 14 set. 2021)

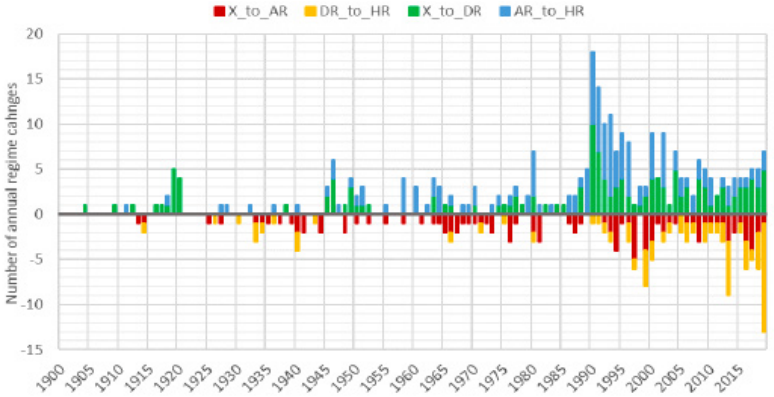
17 O espectro de regimes de governo classificados abrange: democracia plena →democracia deficiente → regimes híbridos → autocracias moderadas → autocracias plenas. O fenômeno da desdemocratização diz respeito ao movimento de regimes democráticos para regimes autocráticos; e o da hibridização, aos movimentos (de democracias deficientes ou autocracias moderadas) em direção ao centro.

18 LAUTH, Hans-Joachim; SCHLENKRICH Oliver; LEMM Lukas. *State of Democracy 2019,* p. 10. 1

19 "A notação *X_to_DR* compreende todas as mudanças anuais de regime nas quais um regime não democrático se tornou democrático e, portanto, representa a dinâmica da democratização na lógica das ondas. A mesma lógica é aplicada à autocratização *(X_to_AR*). As dinâmicas de hibridização são diferenciadas, uma vez que *AR_to_HR* representa uma liberalização de um regime autocrático que mudou para um regime híbrido, enquanto *DR_to_HR* muda na direção oposta de um regime democrático para um regime híbrido." (LAUTH, Hans-Joachim; SCHLENKRICH Oliver; LEMM Lukas. *State of Democracy* 2019, p. 10.)

20 "*As an interim conclusion, we may identify 2012 as a turning point, since autocracies increased from that year, and the ratio of regime changes to hybrid regimes suggests a new dynamic*. " (LAUTH, Hans-Joachim; SCHLENKRICH Oliver; LEMM Lukas. *State of Democracy 2019*, p. 10.)

GRÁFICO 2: NÚMERO DE MUDANÇAS ANUAIS DE REGIME (PARÂMETRO DE ONDA)




*Fonte: LAUTH, Hans-Joachim; SCHLENKRICH Oliver; LEMM Lukas, 2019, p.10.*

A *DeMax* atenta para o fato de que, embora as democracias plenas sejam consolidadas (tendo poucas alterações), como a Coreia do Sul e os países da América do Norte, o movimento iniciado a partir de 2012 demonstra um preocupante declínio de qualidade de democracias deficientes, como Hungria, Brasil, Turquia e Sérvia[21].

A característica marcante dessa nova onda de retrocesso democrático do séc. XXI é que as democracias têm sido golpeadas por instrumentos do próprio constitucionalismo liberal. "O retrocesso democrático hoje começa nas urnas"[22].

## 1.1 *Coup d'état* e golpes constitucionais

A emergência global de determinados líderes autocratas ao poder no século XXI demonstra que a técnica tradicional de golpe de estado está *démodé,* pois caíram em desuso[23]. A ideia *coup d'état*[24] se generalizou na literatura a partir do século XIX, na França,

21 LAUTH, Hans-Joachim; SCHLENKRICH Oliver; LEMM Lukas. *State of Democracy 2019*, p. 11.

22 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem.* Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 16.

23 LANDAU, David. Abusive Constitutionalism (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013); FSU College Law, *Public Law Research Paper* No. 646, pp. 189 e 191.

24 Sobre a semântica da expressão, indicamos: BIANCHI, Alvaro. O que é um golpe de Estado?. *Blog Junho*. 26 de março de 2016. Disponível em: http://blogjunho.com.br/o-que-e-um-golpe-de-estado/ Acesso em: 10 set. 2021.

com a derrubada do Diretório e a instituição do Consulado por Napoleão Bonaparte, o chamado golpe de 18 Brumário, consolidando os interesses da burguesia no país.

Os golpes de Estado abertos, como define Nancy Bermeo[25], especialmente os militares, encontraram seu auge entre os anos 1950 e 1964. No período da Guerra-Fria, esse tipo de golpe representou três a cada quatro colapsos democráticos[26], como ocorreu no Brasil, na Argentina, em Gana, na Grécia, na Guatemala, no Peru, no Uruguai, na Turquia, entre outros.

Assim como o 18 Brumário, os golpes tradicionais são marcados pela quebra expressa da legalidade na tomada e manutenção no poder. "Os *meios* são excepcionais, ou seja, não são característicos do funcionamento regular das instituições políticas" e "*fim* é a mudança institucional, uma alteração radical na distribuição de poder entre as instituições políticas, podendo ou não haver a troca dos governantes"[27].

As pessoas tendem a pensar na derrocada das democracias dessa forma: abrupta e caricatural. Tanques nas ruas, decretação de estado de exceção, fechamento do Congresso e suspensão declarada dos direitos fundamentais seriam as medidas típicas que apontariam para um golpe de Estado.[28] Porém, alertam Levitsky e Ziblatt[29], existe outra forma de arruinar a democracia, "menos dramática, mas igualmente destrutiva". As democracias podem morrer nas mãos de líderes eleitos.

Nas últimas décadas, com o fim da Guerra Fria, a construção de uma ordem jurídica transnacional[30] sobre o constitucionalismo liberal como modo de governança impôs aos autocratas a criação de novos modos de ascensão ao poder, o que os levou a utilizar métodos constitucionais de ascensão (golpes constitucionais[31]) e mudança da ordem ju-

---

25 BERMEO, Nancy. On Democratic Backsliding. *Journal of Democracy*, vol. 27, no. 1, 2016, pp. 5–19. Disponível em: https://www.journalofdemocracy.org/articles/on-democratic-backsliding/ . Acesso em 20 set. 2020.

26 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*, pp. 14-15.

27 BIANCHI, Alvaro. *O que é um golpe de Estado?*.

28 Como ocorreu na Alemanha nazista quando Adolf Hitler anunciou a decretação de estado de emergência, assumindo poderes extraordinários.

29 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*, p. 15.

30 Scheppele defende que o fim da Guerra Fria (o "fim da história" para Fukuyama) representou a hegemonia de uma ordem jurídica vencedora: a constitucional, democrática e liberal. A partir daí, formou-se um consenso internacional que caracteriza os benfeitores (*do-gooders*) do mundo. (SCHEPPELE, Kim Lane. Worst Practices and the Transnational Legal Order (How do Build a Constitutional "Democratorship" in Plain Sight). *Background paper.* Wright Lecture, University of Toronto, Nov. 2, 2016, p. 9)

31 "Um golpe constitucional é constitucional porque não há quebra de legalidade, nunca um momento em que um governo faz algo formalmente ilegal para atingir seus objetivos desejados. No entanto, é

rídica (golpes gentis e graduais), traçando uma rota alternativa para tomar o poder e usando-o para enfraquecer os controles e mecanismos de *accountability* [32].

O roteiro é familiar[33]:

1) tem-se, como regra, a figura de um *outsider* populista que chega a poder via um processo eleitoral legítimo;[34]

2) uma vez no poder, o líder autocrático passa a promover mudanças constitucionais (inclusive com a substituição da Constituição) ou outras alterações legais para se consolidar-se (fortalecer seu poder e enfraquecer o sistema de freios e contrapesos);

3 é implementada uma agenda iliberal com aparelhamento dos cargos e funções de controle. São definidas metas a serem neutralizadas: judiciário independente, mídia pluralista, agencias independentes (especialmente as instituições de transparência e prestação de contas), a sociedade civil (especialmente as organizações controladas pela oposição política)

O resultado é a implementação de uma forma de regime híbrido é denominado por Scheppele de "*democratorship*", que traduzimos aqui como "*democratura"*[35]*,* ou seja, regi-

um golpe porque o resultado final vira a ordem constitucional anterior de cabeça para baixo, sem um processo de legitimação para confirmar as mudanças. Por meio de uma série de movimentos perfeitamente legais, os líderes constitucionalmente desonestos de um estado podem alcançar um resultado substantivamente anticonstitucional , incluindo, no caso extremo, transformar um estado à vista de todos de uma democracia constitucional em uma autocracia, o tempo todo aparecendo para honrar a constituição." (SCHEPPELE, Kim Lane. "Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary)." *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 23, no. 1, Spring 2014, p. 51-118. [HeinOnline]Acesso em 10 set. 2021.

32 BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Constitucionalismo abusivo*: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo, 2018.

33 Ver: SCHEPPELE, Kim Lane. "Autocratic Legalism". *The University of Chicago Law Review*. Vol. 85. Issue 2, March 2018. Disponível em: https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism Acesso em: 20 jun. 2020.

34 Exemplos de *outsiders* mais citados na literatura: 1) Hugo Chavez, na Venezuela, ; 2) Alberto Fujimori, no Peru; 3) Donald Trump, nos Estados Unidos. Aqui no Brasil, o atual Presidente da República também se encaixa neste perfil.

35 BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Constitucionalismo abusivo*: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo, 2018, p. 84.

mes que possuem autocratas com características (aparentemente) democráticas. "As democraturas são, como o termo implica, suspensas entre a democracia e a ditadura com características de ambos." Nesse regime de governo, os supostos autocratas chegam ao poder pelas vias constitucionais, "mas procuram governar, a partir de então, fora de uma estrutura de poderes separados e controlados que é uma marca registrada de um Estado liberal."[36]

A marca distintiva desses regimes híbridos é que muitas dessas novas democraturas

> ...têm investido muito na legitimação constitucional, ao mesmo tempo em que negam os elementos mais importantes do constitucionalismo: a limitação do poder público pela lei, o exercício do poder público de maneira transparente e responsável, a importância de freios e contrapesos no desenho do estado, a proteção incondicional e não discriminatória dos direitos. Essa cuidadosa atenção à forma constitucional, embora esvaziando o conteúdo constitucional liberal, é o que marca as democraturas como uma categoria especial entre os regimes autoritários competitivos.[37]

Entre os exemplos dos novos regimes autocráticos analisados pela literatura, temos: Rússia, com Vladimir Putin; Venezuela, com Hugo Chávez e Nicolas Maduro; Equador, com Rafael Correa; Alberto Fujimori, no Peru; Turquia, com Recep Tayyip Erdoğan, Hungria, com Viktor Orbán e Polônia, com Jarosław Kaczyński.

## 1.2 Novo *modus operandi* dos autocratas populistas: a caixa de ferramentas dos autocratas hipócritos

Por meio do estudo comparativo, é possível identificar o seguinte kit de ferramentas (um conjunto de práticas) compartilhado pelos autocratas legalistas[38]:

i) uso de emendas constitucionais ou substituição da constituição para concentrar seus poderes e cooptar as instituições de controle[39];

---

36 SCHEPPELE, Kim Lane. *Worst Practices and the Transnational Legal Order* (How do Build a Constitutional "Democratorship" in Plain Sight), 2016, p. 4.

37 SCHEPPELE, Kim Lane. *Worst Practices and the Transnational Legal Order* (How do Build a Constitutional "Democratorship" in Plain Sight), 2016, pp. 4-5.

38 Ver: SCHEPPELE, Kim Lane. "Autocratic Legalism", 2018.

39 Hugo Chávez, na Venezuela, Rafael Correa, no Equador e Viktor Orbán, na Hungria, utilizaram seus primeiros mandatos para reescrever e até substituir a Constituição. Na Venezuela, a Constituição, feita

ii) ataque às instituições de *accountability*, cujo trabalho é verificar suas ações ou regras que o responsabilizam;[40]

iii) enfraquecimento da imprensa. A imprensa crítica do governo não é completamente censurada, mas é enfraquecida, pois tanto o governo quanto seus apoiadores não investem em publicidade nesses canais, inviabilizando, por vezes, sua sobrevivência. Não só isso, é direcionado à imprensa independente um discurso agressivo de ataque com vistas a sua deslegitimação;[41]

iv) eles não aniquilam totalmente seus oponentes políticos, que, ao invés de serem presos, são, no caso dos estrangeiros, expulsos do país[42-43]. Seus oposi-

por uma Assembleia Constituinte chavista, estabeleceu uma presidência forte, eliminou o Senado, deu poder ao presidente de convocar referendos para cassar os legisladores, proibiu financiamento de partidos políticos (enfraquecendo a oposição). Em 2009, conseguiu a provação da abolição dos limites para reeleição presidencial. No Equador, Rafael Correa, assim que foi eleito, solicitou a convocação de uma nova assembleia constituinte. Aprovada em referendo, a nova constituição equatoriana aumentou os poderes do Presidente, deu-lhe poder de convocar referendos, vetar parcialmente as leis e concorrer as eleições mais uma vez. Na Hungria, assim que venceu as eleições obtendo 68% dos assentos no Parlamento, o partido Fidesz iniciou uma série de alterações na Constituição até elaborar uma nova. As alterações provocadas pelo partido Fidesz concentraram poder nas mãos do partido, removeram obstáculos para a elaboração de uma nova Constituição, atacaram a independência do judiciário, da mídia, e demais instituições de controle.

40 "Capturar os árbitros dá ao governo mais que um escudo. Também oferece uma arma poderosa, permitindo que ele imponha a lei de maneira seletiva, punindo oponentes e favorecendo aliados." (LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*, 2018, p. 82.) A exemplo, temos o amplo leque de ações adotadas por Viktor Orbán, na Hungria, que alterou a composição de vários órgãos de controle, como Procuradoria-Geral, Tribunal de Contas, Gabinete de Ouvidoria, Corte Constitucional, etc.

41 Hugo Chávez descreveu seus oponentes como "porcos rançosos" e "oligarcas esquálidos" e chamou seus críticos como "inimigos" e "traidores. Para Rafael Correa, a mídia era a "inimiga política ameaçadora" que "tem que ser derrotada". No governo de Erdogan, na Turquia, jornalistas foram acusados de propagarem o "terrorismo".

42 Em Cingapura, por exemplo, a Lei da Calúnia impõe maiores indenizações quando um funcionário do governo é acusado falsamente de corrupção. Os funcionários do governo puderam usa-la para requerer indenizações individuais por danos desses críticos ao governo. "A responsabilidade por danos é particularmente eficaz por causa de sua interação com as regras eleitorais de Cingapura, que tornam as pessoas com falências não apuradas inelegíveis para cargos públicos." (Tradução livre. TUSHNET, Mark V., Authoritarian Constitutionalism (December 18, 2013). *Harvard Public Law Working Paper* No. 13-47, p. 17. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2369518. Acesso em: 10 set. 2020)

43 No Brasil, o presidente Jair Messias Bolsonaro tem atacado constantemente os jornalistas que o criticam, chegando a excluir a Folha de São Paulo da relação de veículos nacionais e internacionais exigidos em licitação para fornecimento de acesso digital ao noticiário da imprensa, em edital de pregão eletrônico publicado em 28 de novembro de 2019 (URIBE, Gustavo. Bolsonaro cumpre ameaça e

tores não são perseguidos como nas ditaduras tradicionais. Nas autocracias legalistas, eles são demitidos de seus empregos ou são tão pressionados que desistem e vão embora do país[44], ou ainda sobre perseguições políticas via processos judiciais ou administrativos, causando um efeito silenciador;

v) fraudes eleitorais, ou jogo sujo das eleições, alterações legais para favorecimento de determinado partido ou questionamento sobre legitimidade das eleições;

vi) eles assumem um discurso populista, insistindo que falam em nome das maiorias que os levaram ao poder.

O detalhe em comum a tudo isso é que a ruína da democracia liberal se dá de modo (formalmente) legal. Eles usam mecanismos legais e constitucionais para promoverem uma agenda iliberal, aprovados pelo Legislativo e aceitos pelos Tribunais, uma vez cooptados. Muitas vezes, os ataques vêm justificados como esforço para aperfeiçoar a democracia, tornar o judiciário mais eficiente, combater a corrupção, melhorar o processo eleitoral ou promover a implementação de uma agenda ideológica (na maioria das vezes conservadora). Ainda são feitas eleições, os meios de comunicação continuam veiculando as notícias, os poderes, à primeira vista, ainda estão em funcionamento. Assim, como não há quebra expressa de legalidade, isso torna a identificação de seus propósitos mais difícil, afinal, eles satisfazem os atores internacionais, na medida em que são suficientemente (formalmente) democráticos para evitar sanções[45]. Os inimigos não são perseguidos mais com torturas e prisões expressamente ilegais. São usados mecanismos processuais

exclui folha de liciação da presidência para assinatura de jornais. *Folha de São Paulo*. Brasília, 05 de agosto de 2020. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/bolsonaro-cumpre--ameaca-e-exclui-folha-de-licitacao-da-presidencia-para-assinatura-de-jornais.shtml Acesso em 05 de setembro de 2021). Após pressão da mídia e da oposição, Bolsonaro revogou o edital que excluía o jornal, oito dias depois de o edital ter sido anunciado. Porém, já no dia 31 de outubro de 2019, o Presidente havia determinado o cancelamento de todas as assinaturas da Folha de São Paulo no âmbito do governo federal.

44 Na Turquia, há relatos de professores que foram exonerados de seus cargos sem o devido processo legal, como o que ocorreu com Dr. Murat Tuncer, ex-Reitor da Universidade Hacettepe em Ancara, o qual foi acusado levianamente pelo governo de participar da organização FETO, proibida no país. (EUROPEAN UNIVERSITY ASSOCIATION. Academic freedom in Turkey: EUA calls for the liberation of former Rector Murat Tuncer. 26 de nov. de 2019. Disponível em: https://eua.eu/news/428:academic-freedom--in-turkey-eua-calls-for-the-liberation-of-former-rector-murat-tuncer.html.Acesso em: 07 set. 2021.)

45 LANDAU, David. Abusive Constitutionalism, 2013, p. 199.

dispostos no ordenamento jurídico para silenciá-los, o direito é instrumentalizado para destruí-los, o que se denomina de *lawfare*[46].

Em razão disso, o diagnóstico dos regimes híbridos é problemático[47], pois os organismos internacionais e internos que observam os regimes democráticos costumam fazer análises fragmentadas, por *check list*. Nesse sentido, as análises são feitas isoladamente, medida por medida, no sentido de verificar se estão de acordo com os princípios liberais da democracia. Por exemplo, eles verificam se existem eleições periódicas, se existe uma Constituição, se aparentemente existem as instituições de controle etc. Porém, muitos mecanismos que, isoladamente, podem ser considerados democráticos, ou pelo menos não violadores da democracia, quando analisados em conjunto com outros, podem promover grandes retrocessos democráticos. Por exemplo, uma emenda constitucional que permita o aumento do mandato presidencial, em si, não é violadora do princípio democrático, porém, quando combinada com outros dispositivos, por exemplo, diminuição da idade de aposentadoria dos juízes da corte constitucional, pode representar um conjunto de ações articuladas que concentram poderes nas mãos do Presidente e enfraquecem o Judiciário.

Deste modo, o reconhecimento dessa situação deve ser contextual, articulado, e não fragmentado, pois a interação entre diferentes alterações promovidas pode ser fatal para o regime democrático.[48]

No que diz respeito ao uso recorrente de mecanismos de mudança (emendas e substituição) constitucional para corroer a ordem democrática, Landau[49] identifica esse fenômeno típico dos novos regimes híbridos como "constitucionalismo abusivo". As emendas e a substituição constitucional podem ser usadas por autocratas para minar a de-

---

46 MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. *Lawfare*. Uma introdução. Editora contracorrente: São Paulo, 2019.

47 Veja como exemplo o caso da Venezuela que somente a partir de 2017, já no governo de Maduro, quando uma Assembleia Constituinte unipartidária usurpou o poder do Congresso Nacional, é que a Venezuela foi amplamente reconhecia como autocracia. Quase duas décadas depois de Chávez ter sido eleito, pela primeira vez, Presidente da Venezuela. (LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*, 2018, pp. 15-16)

48 Kim Lane Scheppele (SCHEPPELE, Kim Lane. "Autocratic Legalism", 2018.) propõe um novo padrão normativo pelo qual podemos avaliar os sistemas constitucionais de governo: uma democracia deve ser autossustentável. Isso significa que é preciso verificar se as ações governamentais estão impedindo que gerações futuras tenham autonomia de governo, ou que gerações futuras possam ter acesso ao poder. Na democracia autossustentável, as pessoas podem continuar, ao longo do tempo, a escolher seus líderes, responsabiliza-los e alternar o poder quando seus líderes as decepcionam.

49 LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*, 2013.

mocracia[50]. Eles usam esses mecanismos e reformulam a ordem constitucional com mudanças sutis, a fim de permanecerem no poder ou obter o controle sob o Poder Judiciário e outras instituições de *accountability*. O resultado dessas práticas não é um autoritarismo pleno, mas sim um regime híbrido, em que algumas regras formais da democracia constitucional são respeitadas (como eleições periódicas), mas com prejuízo de uma competição honesta e igualitária entre os adversários[51].[52]

Dentro das práticas amplamente compartilhadas, como identificamos, há um conjunto que se destaca. Há, no interior desses regimes, uma forte investida, disfarçada com uma roupagem legal, contra aqueles que tentam se opor a quem está no governo: controle governamental da mídia, perseguição dos políticos da oposição, uso de recursos estatais para garantir votos, controle sobre o judiciário e, em alguns casos, fraude eleitoral. Assim,

---

50 Para sustentar a existência de um regime híbrido, Landau analisa o grau de democracia de um país a partir de duas dimensões distintas: a) a esfera eleitoral e o grau em que as figuras de oposição e situação competem em igualdade de condições e; b) a extensão da proteção dos direitos dos indivíduos e dos grupos minoritários. O retrocesso no campo eleitoral parece estar altamente correlacionado com o retrocesso em questões de direitos. (LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*, 2013, pp. 191-195)

51 LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*, 2013, pp. 191-195

52 Para ilustrar o fenômeno do constitucionalismo abusivo, podemos citar alguns casos.
Alvaro Uribe Vélez, eleito mediante processo eleitoral, na Colômbia, emendou a Constituição para permitir-lhe um segundo mandato consecutivo. A Corte colombiana considerou essa emenda constitucional. Porém, na segunda tentativa de tentar alterar as regras constitucionais para um terceiro mandato consecutivo, a Corte constitucional a rejeitou.
Na Venezuela, com Hugo Chávez, houve a implantação de um regime autoritário competitivo, a substituição das Constituições e consequente fortalecimento do Poder Executivo. Logo que chegou ao poder, Chávez formou uma Assembleia constituinte (chavista) que reescreveu as regras da Constituição, permitindo sua reeleição e fortalecendo seus poderes. O mesmo aconteceu no Equador com Rafael Correa.
Na Hungria, com Victor Orbán e o Partido Fidesz, foi utilizado o mecanismo de emendas constitucionais como forma de constitucionalismo abusivo. Dez emendas foram aprovadas já no início de seu mandato (2010) que enfraqueceram instituições de controle, particularmente o Tribunal Constitucional. Em seguida, foi elaborada uma nova Constituição, que ampliou o tamanho do Tribunal Constitucional, aumentou o poder das nomeações de seus integrantes pelo Poder Executivo e diminuiu a idade para aposentadoria judicial.
Mais recentemente, em julho de 2018, o governo ultraconservador de direita polonês aposentou compulsoriamente 27 (dos 72) magistrados (ou seja, mais de 1/3 dos magistrados) da Suprema Corte, ao reduzir a aposentadoria compulsória de 70 para 65 anos. A medida foi implementada mediante aprovação de emenda constitucional, graças à maioria parlamentar partido ultraconservador Lei e Justiça (PiS), que controla o Executivo.Com as pressões da União Europeia, o governo polonês recuou da reforma.
A ascensão dessas novas formas de autocracia também é detalhadamente descrita por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt na obra “Como as democracias morrem”.

quem está no poder tende a permanecer no poder e mecanismos de *accountability* vertical acabam destorcidos. Instituições como tribunais e demais órgãos de controle (controladorias, tribunais de conta, etc.) tendem a ser aparelhados. Ao invés de serem órgãos de controle independentes, essas instituições atuam em nome dos seus governos. "O resultado não é apenas minar a competição eleitoral, mas também limitar severamente a extensão da proteção de direitos dos grupos minoritários dentro desses sistemas."[53]

## 1.3 Ataque ao Judiciário: o caso húngaro

A partir do constitucionalismo do pós-guerra, houve uma proeminência do Poder Judiciário, no que tange à garantia dos Direitos Fundamentais e da Constituição.

O *judicial review,* que até então inexistia no contexto europeu, a partir da Constituição austríaca de 1929, por desenvolvimento de Hans Kelsen, passou a contar com um novo sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos: o chamado controle concentrado, no qual um Tribunal Constitucional é denominado guardião da Constituição.

Com o fim da segunda-guerra e a emergência de Constituições analíticas, rígidas e principiológicas, como a Constituição italiana de 1948, a alemã de 1949 e, posteriormente, a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978, e a inclusão de *judicial review*, a jurisdição constitucional europeia passou a exercer papel fundamental da efetivação dos Direitos Fundamentais. É nesse contexto também que se fortalece os debates sobre a judicialização da política e o ativismo judicial, dada a crescente interferência do Poder Judiciário nas esferas de atuação dos outros poderes para a efetivação da Constituição, não apenas no sentido de legislador negativo, mas também de modo ativo na implementação de políticas públicas ou como legislador positivo.

Porém, a partir do século XXI, com a crescente onda de desdemocratização descrita, é possível identificar um fenômeno de "desempoderamento" do Poder Judiciário[54], o que significa a cooptação, o aparelhamento das cortes, primeiro as constitucionais, depois os tribunais comuns, com a submissão, por fim, de todo judiciário aos interesses políticos dominantes.

---

53 LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*, 2013, p. 200.

54 LACHMAYER, Konrad. Disempowering Courts: The Interrelationship of Courts and Politics in Contemporary Legal Orders or the Manifold Ways of Attacking Judicial Independence. *In:* BELOV, Martin (ed.). Courts, Politics and Constitutional Law, 2020.

Pressionamentos políticos sobre os tribunais não é um fenômeno novo e recente. No entanto, como alerta Konrad Lachamyer[55], os atuais ataques realizados pelos novos autocratas populistas afetam profundamente a própria estrutura do Estado de Direito, levando à derrocada da democracia. Afinal, sem os tribunais, especialmente as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, para garantir as regras mínimas do jogo democráticos, esses líderes podem implementar seus projetos autoritários sem muitos esforços.

Isso se dá, como afirmado, de modo bastante peculiar, não mais por meio de ataques abertamente ilegais às cortes, fechando-as sob a mira de canhões do exército, mas sim mediante ações legais, com verniz constitucional. Por meio de uma narrativa de ataque aos membros do Judiciário, deslegitima-se a sua atuação perante a sociedade e legitima-se o discurso da intervenção do Executivo e da necessidade de reformas. Uma série de emendas constitucionais, novas leis e táticas de *constitutional hardball*[56] são implementadas, com um único objetivo em comum: cooptar a maior instituição de controle do poder executivo e do legislativo e de garantia de direitos fundamentais dos cidadãos.

O enfraquecimento e a derrocada cooptação do poder judiciário, seja via criação de uma narrativa deslegitimadora ou por meio de enfraquecimento formal de sua independência, talvez seja a primeira grande meta desses novos autoritários. Afinal, "[é] sempre bom ter árbitros do seu lado" e "instituições judiciárias e policiais representam, assim, tanto um desafio quanto uma oportunidade". A independência de instituições de controle como o Judiciário "têm a capacidade de denunciar e punir abusos governamentais. Este é o trabalho do árbitro, impedir fraudes. Não obstante, se controladas por sectários, essas instituições podem servir aos objetivos do aspirante a ditador"[57]. Assim, como será demonstrado, promovem discurso de ataque ao judiciário, com vistas a desmoralizá-lo perante o público[58] e, por fim, o seu total aparelhamento, com aumento de juízes das cortes ou aposentadoria antecipada etc.

---

55 LACHMAYER, Konrad. Disempowering Courts: The Interrelationship of Courts and Politics in Contemporary Legal Orders or the Manifold Ways of Attacking Judicial Independence. *In:* BELOV, Martin (ed.). Courts, Politics and Constitutional Law, 2020.

56 TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball, 37 *J. Marshall L. Rev*. 523 (2004). Disponível em: https://dash.harvard.edu/handle/1/12916580

57 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*, 2018, pp. 81-82.

58 Como será demonstrado, é recorrente, no Brasil, o discurso do Presidente da República contra o Supremo Tribunal Federal, incitando, inclusive, o povo conta a corte constitucional brasileira. (FERNANDES, Talita; PUPO, Fábio. Bolsonaro volta a apoiar ato contra STF e Congresso e diz que Forças Armadas estão 'ao lado do povo'. *Folha de S. Paulo*. Brasília, 03 de maio de 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/ato-pro-bolsonaro-em-brasilia-tem-carreata-e-xingamentos-a-moro-stf-e-congresso.shtml. Acesso em: 07 set. 2021.)

Em que pese as Cortes Supremas e os Tribunais constitucionais tenham desenvolvido essa proeminência no constitucionalismo do pós-guerra, e mesmo considerando as distintas configurações que possuem a depender do sistema jurídico em que se encontram, por sua natureza, possuem vulnerabilidades em relação aos demais poderes, especialmente ao Poder Executivo. Christoph Grabenwarter[59] identifica o que chama de três "calcanhares de Aquiles" dos tribunais constitucionais: i) composição de um tribunal e eleição de juízes; ii) modificação do direito processual; iii) aceitação do tribunal constitucional e sua jurisprudência pelo governo.

Tendo isso em vista, as diferentes estratégias para atacar a independência dos tribunais, identificadas em uma abordagem comparativa, podem ser agrupadas em três dimensões[60]: 1) dimensão institucional, que agrupa diferentes técnicas de mudanças (legais ou políticas) no quadro institucional; 2) dimensão referente aos juízes, que agrega estratégias que visam influenciar os juízes na tomada de decisão; 3) dimensão relativa ao processo judicial que agrupa pedidas que alteram a legislação processual de modo que decisões judiciais sejam ignoradas ou que possam ser revisadas sem razoabilidade.

Assim, as principais técnicas adotadas para obstruir a independência dos Tribunais Constitucionais, e posteriormente do judiciário comum, são: reestruturação dos tribunais por lei, com, por exemplo, o aumento do número de juízes, a mudança no sistema de nomeação de seus membros, a alteração de suas competências, o controle ou redução do orçamento destinado ao Judiciário e a criação de órgãos de supervisão; a instauração de processos disciplinares e prisões para gerar um efeito silenciador nos magistrados; a violação de garantias dos magistrados como inamovibilidade e irredutibilidade dos subsídios; aposentadoria antecipada; modificação nos procedimentos de controle de constitucionalidade das leis; e o discurso de ataque aos tribunais e aos juízes para deslegitima-los perante a comunidade.

Isoladamente, essas técnicas podem, em si, não representar ameaças ao Estado de Direito. Via de regra, elas são combinadas e, dentro de uma análise do contexto geral, é fácil chegar à conclusão se tais técnicas estão a serviço de interesses autoritários.

As justificativas para a implementação dessas medidas são múltiplas: o combate à corrupção, combate à uma ameaça comunista, ou à segurança nacional, argumentos de

---

59 GRABENWARTER, Christoph. Constitutional Resilience. *Verfassungsblog*. 06 de dezembro de 2018. Disponível em: https://verfassungsblog.de/constitutional-resilience/. Acesso em: 19 set. 2021.

60 LACHMAYER, Konrad. Disempowering Courts: The Interrelationship of Courts and Politics in Contemporary Legal Orders or the Manifold Ways of Attacking Judicial Independence. *In:* BELOV, Martin (ed.). Courts, Politics and Constitutional Law, 2020.

eficiência, ou de políticas de austeridade. No entanto, conforme alerta Lachmayer[61], "[o] critério para avaliar as mudanças é [...] o efeito sobre a independência judicial".

Um dos exemplos mais emblemáticos citados pela doutrina[62] foi o aparelhamento do judiciário húngaro, derrocando na total perda da independência judicial.

Com a ascensão de Viktor Orbán à figura de primeiro-ministro na Hungria e ao Partido Fidesz (em coalizão com o Democrata Cristão) como partido governamental de dominância no Parlamento Húngaro, em 2010, a Hungria iniciou seu processo de derrocada democrática.

Em 2004, quando ingressou nas Nações Unidas, a Hungria era considerada uma democracia consolidada pela *Freedom House*. A partir de 2015, a Hungria teve seu *status* reduzido para uma democracia semi-consolidada e em 2020 foi rebaixada para um regime híbrido.[63]

Já a partir do primeiro ano do governo de Órban (2010), iniciou-se uma ampla reforma no judiciário mediante emendas constitucionais e substituição da Constituição[64]. Já em julho de 2010, foi aprovada uma emenda constitucional que alterou o procedimento de seleção de juízes do Tribunal Constitucional e as regras de eleição do seu Presidente, de modo que os juízes passaram a ser nomeados por uma comissão parlamentar (dominada pelo Fidesz) com aprovação de 2/3 do parlamento (também dominado pelo partido governante) e o Presidente do Tribunal passou a ser eleito por votação de 2/3 do parlamento.

---

61 LACHMAYER, Konrad. Disempowering Courts: The Interrelationship of Courts and Politics in Contemporary Legal Orders or the Manifold Ways of Attacking Judicial Independence. *In:* BELOV, Martin (ed.). Courts, Politics and Constitutional Law, 2020.

62 Ver: SCHEPPELE, Kim Lane. "Autocratic Legalism", 2018 e LACHMAYER, Konrad. Disempowering Courts: The Interrelationship of Courts and Politics in Contemporary Legal Orders or the Manifold Ways of Attacking Judicial Independence. *In:* BELOV, Martin (ed.). Courts, Politics and Constitutional Law, 2020.

63 Ver: FREEDOM HOUSE. *All data. Nations in transit 2005-2020.* Disponível em: https://freedomhouse.org/report/nations-transit. Acesso em: 23 set. 2021.

64 A coalizão Fidesz-Democrata obteve 68 % dos acentos no Parlamento, o que conferiu a maioria necessária (2/3) para emendar a Constituição. Após o primeiro ano de mandato, o partido governista conseguiu emendar 12 vezes a Constituição húngara e, após um ano de governo, conseguiu promulgar uma nova Constituição, chamada de nova Lei Fundamental. Adicionalmente, para efetivar a completa e profunda mudança no ordenamento jurídico, a nova Lei Fundamental foi complementada por mais de 800 novas leis, enfraquecendo por completo o sistema de freios e contrapesos desenhado na Constituição democrática de 1989/1990. A própria Comissão de Veneza (VENICE COMISSION, 2011, parágrafo 102) alertou para o fato de que a independência judicial não estava assegurada na nova Lei Fundamental

Nesse contexto de constitucionalismo abusivo, houve a ampliação das competências do Tribunal Constitucional, aumento do número de seus membros (de 11 para 15), restrição da competência do Tribunal Constitucional em matéria financeira, a anulação de toda jurisprudência do Tribunal de 1990 a 2011, a proibição de que o Tribunal revisse a constitucionalidade das emendas constitucionais (o que era aplicada à própria emenda, quarta emenda) e a mudança no sistema de controle de constitucionalidade (com a retirada do principal mecanismo que o cidadão dispunha para provocar a Corte (a petição *actio* popularis).[65]

Além disso, mediante Lei Complementar (Lei CLXI/2011), foi criado um sistema único de administração do judiciário, abolindo a estrutura anterior que conferia autogoverno aos Tribunais. Assim, foi instituído um novo Escritório Nacional de Justiça que, controlado pelo Fidesz, tinha poderes para nomeação de novos juízes e movimentação de juízes na carreira (remoção, rebaixamento...).

O Judiciário ordinário também foi cooptado. Em 2011, uma nova lei (Estatuto da Remuneração dos Juízes, Lei CLXII) foi aprovada, reduzindo a idade de aposentadoria de 70 para 62 (mulheres) e 65 (homens) anos, o que forçou a muitos juízes (entre 10 e 15% de todos os juízes do país) a se aposentarem imediatamente, conferindo ao Escritório Nacional de Justiça um grande número de vagas para serem preenchidas em um curto espaço de tempo[66].

Essa lei chegou a ser declarada inválida pelo Tribunal Constitucional, o que gerou um efeito *backlash.* Em uma nítida demonstração de jogo duro constitucional, essas alterações foram introduzidas na nova Constituição.

Em 2016 e 2017, o parlamento criou um "judiciário paralelo", com a aprovação de duas leis (CL/2016 e I/2017) que instauraram um sistema de câmaras administrativas especializadas dentro dos Tribunais existentes, encarregadas de julgar casos politicamente sensíveis, com jurisdição exclusiva para julgar recursos contra decisões administrativas dos órgãos públicos e competência (incomum) para julgar casos relativos ao direito de reunião que envolvam autorizações para manifestações públicas e casos de liberdade de informação que expunham o governo.

No ano seguinte, quando a coalizão Fidesz-Democrata conseguiu recuperar a maioria no parlamento, foi aprovada uma emenda constitucional (7ª Emenda) que autorizou a criação de um sistema de tribunais administrativos apartado do Judiciário.

---

65 Detalhes em: SCHEPPELE, Kim Lane. "Autocratic Legalism", 2018.

66 LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*, 2013, p. 33.

## 2 O CONTEXTO BRASILEIRO: ATAQUE AO STF E DEMOCRACIA EM RISCO

### 2.1 Brasil entra no grupo de países governados por líderes autocratas

o processo eleitoral brasileiro de 2018, especialmente no nível presidencial, representa uma nova etapa do constitucionalismo brasileiro, que teve início anos antes[67], no qual as normas constitucionais entram em deterioração[68] e há um jogo duro – *constitutional hardball*[69] – por parte dos atores políticos.

O discurso de Jair Messias Bolsonaro, seja como Deputado Federal ou candidato à Presidência da República, sempre apontou para um perfil nitidamente autoritário, como identificou Steven Levitsky[70] aplicando o teste (atualizado) de Juan Linz. Segundo Levitsky, Bolsonaro era um candidato (à época, à presidência da República) claramente autocrático porque

(1) Questiona as regras do jogo democrático. Bolsonaro sempre negou a existência de um golpe militar[71], abertamente

---

67 Com a crise política efetivamente instaurada após as eleições presidenciais de 2014, quando se iniciou um discurso deslegitimador do processo eleitoral (MATAIS; ROSA; BULLA. 2014), marca-se o início do uso intensivo de um jogo duro constitucional. A exemplo, temos a tentativa de nomeação do ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva a Ministro da Casa Civil pela ex-Presidenta Dilma Roussef para garantir-lhe foro privilegiado e a sua posterior suspensão pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida por Gilmar Mendes em dois mandados de segurança (MS 34.070 e 34.071). Defendemos também que o processo de *impeachment* da ex-Presidenta Dilma Roussef representou claramente um exemplo de jogo duro constitucional, no qual os atores utilizaram de ferramentas constitucionais (hipótese de crime de responsabilidade por violações a leis orçamentárias, art. 85, VI, CF/88)) apenas para retirar do poder uma presidenta legitimamente eleita, que não tinha mais apoio parlamentar, desvirtuando da finalidade constitucional do instituto.

68 BALKIN, Jack M., Constitutional Rot (June 14, 2017*). Can It Happen Here?*: Authoritarianism in America, Cass R. Sunstein, ed. (2018, Forthcoming); Yale Law School, Public Law Research Paper No. 604. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2992961.

69 TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball, 37 J. *Marshall L. Rev*. 523 (2004). Disponível em: https://dash.harvard.edu/handle/1/12916580.

70 LEVITSKY, Steven. Bolsonaro ameaça a democracia brasileira. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 31 de agosto de 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/steven-levitsky/2018/08/bolsonaro-ameaca-a-democracia-brasileira.shtml. Acesso em: 10 set. 2021.

71 Em várias situações, Bolsonaro tem negado que tenha havido um golpe militar no Brasil, chegando a defender a ditadura. Em 1993, em entrevista (https://www.youtube.com/watch?v=ihvl497x37c) concedida ao programa Câmara Aberta, Bolsonaro declarou ser a favor da ditadura, à tortura e que fecharia o Congresso Nacional como Presidente da República (BRANGON, Ranier. Nos anos 90, Bolsonaro

elogiou a ditadura brasileira[72], questionando a legitimidade democrática do país.

(2) Nega a legitimidade dos oponentes políticos. Bolsonaro chamou Fernando Henrique Cardoso de "corrupto"[73] dizendo que ele deveria ter sido morto durante a ditadura; chamou o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, à época candidato à Presidente da República, de "vagabundo, malandro e bandido"[74] e criticou a

---

defendeu novo golpe militar e guerra. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 03 de junho de 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/06/nos-anos-90-bolsonaro-defendeu-novo-golpe-militar-e-guerra.shtml?loggedpaywall Acesso em 10 de setembro de 2021.). Bolsonaro, questionado pelo entrevistador se ele fecharia o Congresso se fosse presidente da República, afirmou: "Não há menor dúvida, daria golpe no mesmo dia! Não funciona! E tenho certeza de que pelo menos 90% da população ia fazer festa, ia bater palma, porque não funciona. O Congresso hoje em dia não serve pra nada, só vota o que o presidente quer. Se ele é a pessoa que decide, que manda, que tripudia em cima do Congresso, dê logo o golpe, parte logo para a ditadura", afirmou. Nesta mesma ocasião, afirmou que "através do voto você não vai mudar nada neste país. Nada. Absolutamente nada. Você só vai mudar quando um dia, infelizmente, nós partirmos para uma guerra civil aqui dentro e fazendo um trabalho que o regime militar ainda não fez, matando uns trinta mil, começando com FHC [então Presidente da República] (...) se vai morrer alguns inocentes, tudo bem". Em entrevista ao programa Roda Viva, da TV Cultura, em 30 de julho de 2018, o então candidato afirmou que os atos cometidos pelos militares se justificavam pelo "clima da época, de guerra fria", e que teria agido da mesma maneira se estivesse no lugar deles. "Não houve golpe militar em 1964. Quem declarou vago o cargo do presidente na época foi o Parlamento. Era a regra em vigor", disse Bolsonaro. O presidenciável defendeu as atuações dos militares em casos de tortura e o coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra (1932-2015), a quem homenageou em seu voto durante o processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff. (https://www.youtube.com/watch?v=lDL59dkeTi0)

72 Como presidente eleito, determinou a comemoração do golpe militar de 1964 pelas Forças Armadas, pois, segundo o porta-voz da presidência, general Otávio Santana Rêgo Barros, "o presidente não considera 31 de março de 1964 um golpe militar" . Para o presidente, as Forças Armadas se uniram para evitar o perigo de ascensão do comunismo no Brasil (WARTH, Anne; LINDNER, Julia. Planalto confirma ordem de Bolsonaro para comemorar aniversário do golpe de 1964. *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 25 de março de 2019. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,planalto-confirma-ordem-de-bolsonaro-para-comemorar-aniversario-do-golpe-de-1964,70002767921).

73 LOPES JR. , Moarcyr. Presidente afirma que deputado "passou dos limites" ao pedir seu fuzilamento e diz querer dólar mais estável FHC pede à Câmara que puna Bolsonaro. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 05 de janeiro de 2000.

74 LAVEZO, Marcos. Bolsonaro critica inclusão de Lula em pesquisas eleitorais e chama ex-presidente de 'vagabundo', 'malandro' e 'bandido'. *G1*. São José do Rio Preto, 24 de agosto de 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/2018/08/24/em-terceiro-dia-de-campanha-pelo-interior-de-sp-bolsonaro-faz-carreata-e-caminhada-pelas-ruas-de-sao-jose-do-rio-preto.ghtml. Acesso em: 10 set. 2021..

inclusão de seu nome nas pesquisas eleitorais (antes de ser retirado do pleito eleitoral por determinação da justiça)[75].

(3) Encoraja a violência. Bolsonaro declarou que os militares (durante a ditadura militar) deveriam ter matado trinta mil pessoas[76]. Em campanha presidencial, falou em "fuzilar" os comunistas[77]. Em entrevista à revista *Playboy* em junho de 2011, chegou a afirmar: "Seria incapaz de amar um filho homossexual. Não vou dar uma de hipócrita aqui: prefiro que um filho meu morra num acidente do que apareça com um bigodudo por aí. Para mim ele vai ter morrido mesmo"[78]. Em 2013, Bolsonaro, então Deputado Federal, chegou a defender a pena de morte no programa "Mulheres" da TV Gazeta. Questionado se era a favor da

---

75 "Um presidiário ocupando espaço em rádios, jornais e televisões como possível candidato. Vagabundo tem que estar preso e não concorrendo à eleição presidencial. Isso é uma vergonha. Instituto de pesquisa botando nome desse malandro, desse bandido, desse presidiário e mentindo no tocante às urnas. (...) Eu não acredito em pesquisa de institutos. A nossa pesquisa está aqui no meio de vocês, é essa forma como vocês nos tratam é que realmente sinaliza quem deverá estar na frente das eleições que se aproxima agora no dia 7 de outubro", ", declarou Bolsonaro em campanha eleitoral em São José do Rio Preto. (LAVEZO, Marcos. Bolsonaro critica inclusão de Lula em pesquisas eleitorais e chama ex-presidente de 'vagabundo', 'malandro' e 'bandido'. *G1,* 2018)
Nas Pesquisas do Ibope (IBOPE , Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística. Lula fica à frente na disputa pela Presidência da República. No cenário com Haddad como opção do PT, Bolsonaro aparece na liderança. Ibope Inteligência. 20 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/lula-fica-a-frente-na-disputa-pela-presidencia-da-republica-no-cenario-com-haddad-como-opcao-do-pt-bolsonaro-aparece-na-lideranca/. Acesso em: 10 set. 2021) e do Datafolha (DATAFOLHA INSTITUTO DE PESQUISAS. Desejo de votar em Lula chega a 39%
No cenário sem o petista, Bolsonaro lidera, Marina assume segunda posição e sobe índice dos sem voto. Agosto de 2018. Disponível em: http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/08/22/dca656b8f-2c41be5d125ec4e51b9e513.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.), Bolsonaro aparecia na época, nos cenários com Lula, na segunda posição. O ex-presidente Lula liderava a corrida presidencial, segundo os dois institutos de pesquisa. Já nos cenários em que Lula não era incluído como candidato a presidente, Bolsonaro aparecia na liderança.

76 BRANGON, Ranier. Nos anos 90, Bolsonaro defendeu novo golpe militar e guerra. *Folha de S. Paulo*, 2018.

77 RIBEIRO, Janaina. "Vamos fuzilar a petralhada", diz Bolsonaro em campanha no Acre enquanto discursava em um carro de som, o candidato do PSL imitou um fuzilamento e disse querer "botar estes picaretas pra comer capim na Venezuela*". Exame*. São Paulo, 03 de setembro de 2018. Disponível em: https://exame.abril.com.br/brasil/vamos-fuzilar-a-petralhada-diz-bolsonaro-em-campanha-no-acre/. Acesso em: 10 set. 2021.

78 CATRACA LIVRE. Jair Bolsonaro: como ele reagiria se tivesse um filho gay?. São Paulo, 17 de abril de 2018. Disponível em: https://catracalivre.com.br/cidadania/jair-bolsonaro-como-ele-reagiria-se-tivesse-um-filho-gay/. Acesso em: 10 set. 2021.

medida, o então Deputado Federal responde que sim. "E o governo não precisa contratar ninguém para fechar a chave e fuzilar: eu sou voluntário de graça". A seu ver, quem comete crime premeditado seguido de morte merece ser executado[79].

(4) Ele se mostra disposto a restringir as liberdades civis de seus oponentes. Bolsonaro aprova a tortura e execuções.[80]

Em razão da presença dessas quatro características, Levitsky[81] conclui que Bolsonaro era "inequivocamente autoritário", "mais abertamente autoritário do que Chávez, Fujimori, Erdogan ou Viktor Orban. Nenhum desses candidatos abraçou a ditadura da maneira como Bolsonaro faz".

Para a *Human Rights Watch* , o Brasil, de fato, passa a integrar o clube de países governados por líderes autocráticos[82] a partir da eleição de Jair M. Bolsonaro para a Presidência da República. Segundo o Relatório Mundial de Direitos Humanos 2019[83], Bolsonaro representa um "grande risco para a segurança pública", pois "encoraja o uso letal da força pelos militares e pela polícia"[84]. Nesse mesmo relatório, a *HRW* descreve Bolsonaro como "um membro do Congresso que tem endossado a tortura e outras práticas abusivas", que é "abertamente racista, homofóbico e misógino" e que instiga a violência contra a imprensa. As eleições de 2018 tiveram como marca a perseguição aos críticos[85].

---

79 https://www.youtube.com/watch?v=DtfGuuWGUdc

80 HADDAD, Naief. Bolsonaro defende o autoritarismo, não os valores militares, diz historiadora. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 28 de agosto de 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/08/bolsonaro-defende-o-autoritarismo-nao-os-valores-militares-diz-historiadora.shtml Acesso em 10 de setembro de 2021.

81 LEVITSKY, Steven. Bolsonaro ameaça a democracia brasileira*. Folha de São Paulo*, 2018.

82 Ao lado de Recep Tayyip Erdoğan, da Turquia; Abdel Fat-tah al-Sisi, do Egito; Rodrigo Duterte, das Filipinas; Viktor Orbán, da Hungria; Jarosław Kaczyński, da Polônia; Nicolás Maduro, da Venezuela e Vladimir Putin, da Russia. (HUMAN RIGHTS WATCH. World report 2019, events of 2018. 2019, p. 3. Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/hrw_world_report_2020_0.pdf Acesso em: 07 set. 2020)

83 HUMAN RIGHTS WATCH. *World report 2019,* 2019.

84 HUMAN RIGHTS WATCH. *World report 2019*, 2019, p. 3.

85 "Mais de 140 repórteres que cobriam as eleições foram perseguidos, ameaçados e, em alguns casos, agredidos fisicamente, apurou a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji). Depois de vencer a eleição, Bolsonaro disse que retiraria os anúncios do Estado dos meios de comunicação que são "indignos".
Durante a campanha, os juízes da justiça eleitoral ordenaram que as universidades reprimissem o que consideravam uma campanha política ilegal, incluindo um evento contra o fascismo e publicações

O *Varieties of Democracy* (*V-Dem*), instituto de pesquisa independente situado na Suécia que analisa indicadores de democracia em 202 países desde a revolução francesa até então, em 2020 rebaixou a classificação do Brasil de uma democracia liberal para uma democracia eleitoral[86] devido ao perfil autoritário de Jair M. Bolsonaro, com ataques à imprensa, à ciência e a todos os opositores e o fomento à violenta polarização política. Segundo o *V-Dem* estamos vivendo uma terceira onda de autocratização no mundo, que afeta a Índia, Estados Unidos, Turquia e Brasil.

Em 2021[87], as análises do *V-Dem* reforçam a existência de um amplo movimento global de autocratização. Em que pese o Brasil ainda seja classificado como democracia eleitoral (juntamente com a Polônia e a República de Maurício), o V-Dem alerta que, em um período de dez anos – 2010-2020 – o Brasil se posiciona em 4º (quarto) lugar entre os 10 (dez) principais países que avançam nesse processo[88], perdendo apenas para Polônia, Hungria e Turquia e estando acima de países como Índia (7º lugar) e Tailândia (10º lugar).

## 2.2 Os ataques ao Supremo Tribunal Federal

Como visto, o ataque às instituições de controle sob o verniz da legalidade é uma das principais ações dos novos autocratas. Afinal, sem as amarras e vigilância das agências de controle, da mídia e do Poder Judiciário, eles podem implementar suas agendas iliberais.

No Brasil, no que diz respeito ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, o atual Presidente da República instaurou um verdadeiro clima de guerra institucional. Mas não podemos afirmar que isso é uma surpresa. Mesmo antes de alcançar

---

"em defesa da democracia". Em uma decisão unânime, o Supremo Tribunal Federal decidiu que essas restrições violavam a liberdade de expressão e as derrubou.
A decisão vem no momento em que Bolsonaro e seus aliados promovem um projeto de lei que proibiria os professores de promover suas próprias opiniões na sala de aula ou de usar os termos "gênero" ou "orientação sexual", e ordenaria que sexo e educação religiosa fossem enquadrados em " valores de família.""[tradução livre] (HUMAN RIGHTS WATCH. *World report* 2019, 2019, p. 94)

86 V-DEM. Autocratization Surges–Resistance Grows. *Democracy Report 2020*, Gothenburg Sweden, 202O. Disponível em: https://www.v-dem.net/media/filer_public/de/39/de39af54-0bc5-4421-89ae-fb-20dcc53dba/democracy_report.pdf. Acesso em: 07 set. 2021.

87 V-DEM. Autocratization turns viral. *Democracy Report 2021,* Gothenburg Sweden, 2021. Disponível em: https://www.v-dem.net/media/filer_public/74/8c/748c68ad-f224-4cd7-87f9-8794add5c60f/dr_2021_updated.pdf. Acesso em: 07 set. 2021.

88 V-DEM. Autocratization turns viral. *Democracy Report 2021*.

o mais alto cargo do Poder Executivo brasileiro, Bolsonaro já dava todos os indícios de sua visão autoritária com relação ao guardião da Constituição[89].

Somados a esse contexto, no início do mandato do atual Presidente, percebemos movimentos sociais, incitados pelo próprio Bolsonaro, de ataques ao Supremo Tribunal Federal e que minam a estabilidade institucional e a democracia brasileira.

Os movimentos pelo *impeachment* de ministros[90] e até, inflados pelas redes sociais, pelo fechamento do STF são os característicos desse governo e de seus fiéis aliados.

Embora o *impeachment* em si seja um mecanismo válido, dependendo do objetivo pelo qual é utilizado, pode se transformar em ferramenta de um *lawfare* ou de um jogo duro constitucional.

Os movimentos crescentes nas redes sociais pelo "fechamento" do STF foram incitados, de início, pela ideia de que o STF estaria contra a operação "Lava Jato". A ebulição

---

89 Como candidato à presidência da República, Bolsonaro avisou que iria aumentar o número de ministros do STF para 21 (vinte um), como uma "maneira de você botar 10 isentos lá dentro. Porque da forma como eles têm decidido as questões nacionais, nós realmente não podemos sequer sonhar em mudar o destino do Brasil. Eles têm poderes para muita coisa." (FOLHA DE S. PAULO. Bolsonaro quer aumentar número de ministros do Supremo. São Paulo, 02 de julho de 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-supremo.shtml. Acesso em: 10 set. 2021.)
Além disso, Eduardo Bolsonaro, filho de Bolsonaro, ameaçou o Tribunal caso promovesse alguma ação para impugnar a candidatura do pai (candidato à Presidência da República na época), declarando que: "terá que pagar para ver que acontece. Será que eles vão ter essa força mesmo? **Se quiser fechar o STF você não manda nem um jipe, manda um soldado e um cabo**". Eduardo Bolsonaro declarou: "Eu acredito que caso o próximo presidente venha a tomar medidas e aprovar projetos que sejam contrários ao gosto desse Supremo, eles vão declarar inconstitucional. E, aqui, a gente não vai se dobrar a eles não. Eu quero ver alguém reclamar quando estiver no momento de ruptura mais doloroso do que colocar dez ministros a mais na suprema corte. Se este momento chegar, quero ver quem vai para a rua fazer manifestação pelo STF, quem vai para a rua dizer 'ministro X, volte, estamos com saudades'". https://www.youtube.com/watch?v=UeC27gJwg-s

90 Modesto Carvalhosa chegou, em redes sociais a afirmar que requereria a instauração de processo de *impeachment* de três Ministros do STF (CARVALHOSA, Modesto. "Bom dia. Vamos protocolar novamente os pedidos de *impeachment* dos ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski que o ex-presidente do Senado arquivou. Eles vão se juntar ao novo pedido de *impeachment* do Ministro Dias Toffoli para serem levados adiante na Casa." *Twitter*. 10 de fevereiro de 2019, 8h57 AM. Disponível em: https://twitter.com/CarvalhosaMo/status/1094550803757580295?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1094550803757580295&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.oantagonista.com%2Fbrasil%2Fcarvalhosa-vai-protocolar-novo-pedido-de-impeachment-de-gilmar-e--lewandowski%2F. Acesso em: 11 set. 2021.). Em 13 de março, Carvalhosa protocolou no Senado o pedido de *impeachment* contra Gilmar Mendes.

desses ataques se deu quando o Supremo julgou que casos de caixa 2 (dois) ligados a outros crimes são de competência da justiça eleitoral (justiça especializada) e decidiu dar um fim no fundo privado (e bilionário) que a Lava Jato queria criar. A sessão plenária em que o Supremo Julgou esse processo deu o tom da crise política instalada entre Corte Suprema e a operação Lava Jato. O Ministro Gilmar Mendes, chegou a se referir aos procuradores da Lava Jato como: "desqualificado", "despreparado", "covarde", "gentalha" e "cretino", afirmando que "o combate à corrupção passou a dar lucro, e acusou a "fundação do Dallagnol [Procurador da República] de ser uma tentativa oculta de criar um fundo eleitoral. Em reação a isso, Deltan Dallagnol, afirmou em sua conta no *Twitter:* "Hoje, começou a se fechar a janela de combate à corrupção política que se abriu há cinco anos, no início da Lava Jato".[91]

O ataque ao STF vem, na verdade, com motivos variados. Em 14 de março de 2019, a Folha de S. Paulo publicou uma reportagem em que denunciou que, "liderados por bolsonaristas, grupos de *WhatsApp* que tinham sido desativados após a campanha voltaram a operar." Segundo a reportagem, "as comunidades elegeram um alvo comum: o Supremo. Montagens pedem o 'fim do STF', apontam 'a toga contra o povo' e chamam os ministros de criminosos." As mensagens disseminam, ainda, informações falsas sobre a função, o funcionamento e os membros do STF. Uma das postagens chega a afirmar que a corte tem "clientes como o BNDES", e que "OAB e Judiciário estão aparelhados com essa máfia comunista e o narcotráfico de toda a América Latina". "O STF só pode ser derrubado com uma ação efetiva e massiva do povo. O governo não pode os tirar de lá (sic)"[92].

As *fake news* aliadas às redes sociais representam o novo arsenal para disseminar informações, minar a estabilidade das instituições e da democracia. Em um estudo realizado pelo grupo de pesquisa "Democracia e Tecnologias Digitais", da Universidade Positivo (PR), que, por meio da plataforma *CrowdTangle*, analisa páginas de perfis públicos no *Facebook,* concluiu-se que o avanço da propagação das *fake news* iniciou-se no *impeachment* da Dilma, mas teve ápice no governo Bolsonaro, atingindo picos no início da pandemia (2020) e decaindo com a instauração do inquérito das *fake news*[93].

---

91 FILHO, João. Com a prisão de temer, lava jato mostra sua força contra o stf. *The intercept Brasil.* 24 de março de 2019. Disponível em: https://theintercept.com/2019/03/24/prisao-temer-lava-jato-stf/. Acesso em: 11 set. 2021.

92 LIMA, Daniela. Reativados, grupos de WhatsApp bolsonaristas defendem Previdência e atacam o Supremo. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 14 de março de 2019. Disponível em: https://painel.blogfolha.uol.com.br/2019/03/14/reativados-grupos-de-whatsapp-bolsonaristas-defendem-previdencia-e-atacam--o-supremo/. Acesso em: 11 set. 2021.

93 BARAN, Katna. Avanço de fake news no Facebook começou com queda de Dilma e teve ápice sob Bolsonaro, diz estudo. *Folha de São Paulo,* 23 de agosto de 2021. Disponível em: https://www1.folha.

Ao que tudo indica, o Supremo tem encarado esses ataques como ameaças reais. Tanto é que decidiu instaurar, em 14 de março de 2019, um inquérito sigiloso (Inquérito 4.781) para apurar *fake News* e ameaças a seus Ministros. [94]

Desde o início de 2020, várias atuações do STF têm confrontado e controlado os avanços autoritários do Governo Bolsonaro. A primeira grande derrota do governo perante o Supremo[95] foi a decisão que declara a inconstitucionalidade do decreto presidencial[96] que extinguia os conselhos de participação da sociedade civil no âmbito da administração pública. Na primeira decisão em que a Corte analisa um ato normativo de Bolsonaro[97], o Min. Marco Aurélio defendeu a manutenção dos Conselhos Sociais por serem instrumentos de participação social. Para ele "Qualquer processo pretensamente democrático deve oferecer condições para que todos se sintam igualmente qualificados para participar do processo de tomada das decisões"[98]. No mesmo sentido, o Supremo decidiu pela suspensão de parte da Medida Provisória 886/2019 (ADI 6.172. ADI 6.173. ADI 6.174) que tentava transferir para o Ministério da Agricultura (tirando da FUNAIS, vinculada ao Ministério da Justiça) a demarcação de terras indígenas.

---

uol.com.br/poder/2021/08/avanco-de-fake-news-no-facebook-comecou-com-queda-de-dilma-e-teve--apice-sob-bolsonaro-diz-estudo.shtml?origin=folha. Acesso em: 14 set. 2021.

94 "Além das *fake news*, o objeto do inquérito é a investigação de falsas comunicações de crimes, denunciações caluniosas, ameaças e demais infrações caluniosas ou difamatórias que atingem a honorabilidade e a segurança do STF, de seus membros e de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito."(STF, 2019)

95 MARONA, Marjorie; MAGALHÃES, Lucas. Guerra e Paz? O Supremo Tribunal Federal nos dois primeiros anos do governo Bolsonaro. *In:* AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie (orgs.). *Governo Bolsonaro.* Retrocesso democrático e degradação política. Belo Horizonte: Autêntica, 2021, p. 122.

96 O Decreto n. 9.759, de 11 de abril de 2019, visava extinguir colegiados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, incluindo conselhos, comitês, comissões, grupos, juntas, equipes, mesas, fóruns e salas, de modo a enfraquecer a participação da sociedade civil na administração pública.

97 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.121/DF. Partido dos Trabalhadores. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Brasília. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751490560. Acesso em: 20 set. 2021.

98 Brasília. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751490560. Acesso em: 20 set. 2021, p. 9.

No entanto, Marjorie Marona e Lucas Magalhães consideram contida a atuação do STF neste início do mandato do Presidente Bolsonaro, pois diversas outras questões como cortes de verbas da Universidades Públicas, política de armamento da população por decretos e questões ambientais não foram enfrentadas[99]. Mesmo com todas as garantias institucionais ainda garantidas pela Constituição (como vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios...) os autores consideram que a justificativa para essa postura de autocontenção está na conjuntura. Como o Supremo já havia enfrentado forte reação política e popular no início do governo[100], os cientistas políticos acreditam que o STF decidiu por não acirrar ainda mais as relações institucionais e a popularidade institucional.

Por outro lado, uma nova etapa a atuação do STF no Governo Bolsonaro pode ser identificada com chegada da pandemia do COVID-19. "A partir daí, o STF tornou-se um dos principais pontos de contenção do Governo Bolsonaro"[101]. As decisões e os momentos que mais marcaram essa conflituosa relação podem ser elencados a seguir.

**a) Suspensão das restrições impostas aos pedidos de acesso à informação na Pandemia**

Em 26 de março de 2020, o Ministro Alexandre de Moraes, decidiu liminarmente (ADI 6.347, 6.351 e 6.353), suspender parte a alteração da Lei n. 13.979/2020 promovidas pela Medida Provisória 928, de 23 de março de 2020, que restringia os pedidos de acesso à informação à Administração Pública (direito fundamental garantido no art. 5º, XXXIII, da CF/88) no período da pandemia. O Ministro entendeu que as alterações impediam a aplicação da própria Lei de Acesso à Informação, embaraçando o acesso à informação pública, flexibilizando a obrigação pública de disponibilizar informações e suprimindo a possibilidade de interposição de recursos administrativos contra atos que neguem o acesso à informação aos órgãos e entidades envolvidos no enfrentamento da pandemia. Desta forma, o ato impugnado transforma em regra a exceção (sigilo).

---

99 MARONA, Marjorie; MAGALHÃES, Lucas. Guerra e Paz? O Supremo Tribunal Federal nos dois primeiros anos do governo Bolsonaro. *In:* AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie (orgs.). *Governo Bolsonaro,* 2021, p. 123.

100 O STF enfrentou protestos populares em favor da "lava-jato" e contra a decisão pela criminalização da homofobia; assim como a tentativa de instauração da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre o judiciário, chamada CPI "Lava-Toga" e novos pedidos de *impeachment* contra os ministros da Corte.

101 MARONA, Marjorie; MAGALHÃES, Lucas. Guerra e Paz? O Supremo Tribunal Federal nos dois primeiros anos do governo Bolsonaro. *In:* AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie (orgs.). *Governo Bolsonaro*, 2021, p. 124.

**b) Suspensão da campanha "O Brasil não pode parar"**

Primeiramente, mediante decisão liminar da Justiça Federal[102] do Rio de Janeiro e, após, por decisão do Min. Luís Roberto Barroso (ADPF 668 e 669)[103], em sede cautelar, a campanha "O Brasil não pode parar", veiculada pelo governo de Jair M. Bolsonaro foi suspensa ainda em março de 2020. A campanha publicitária, seguindo a política negacionista do governo, defendia a flexibilização do isolamento social imposto pelos governadores dos estados.

**c) Decisão em favor da autonomia dos estados na implementação de políticas públicas para enfrentamento da COVID/19**

Ao interpretar dispositivos da Medida Provisória n. 926, de 20 de março de 2020[104], no âmbito do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.34, primeiro em decisão monocrática (liminar) depois confirmada pelo plenário, o STF entendeu que a atuação da União Federal no estabelecimento de políticas públicas para enfrentamento da pandemia do corona vírus não exclui a autonomia dos demais entes da federação, cada qual em sua esfera de atuação, devido ao sistema de divisão de competências (concorrentes e comuns) entre os entes federativos estabelecidos pela CF/88. Essa decisão veio a esclarecer o embate jurídico entre governos estaduais/municiais e federal sobre as medidas restritivas de enfrentamento da pandemia e gerou grande repercussão política no cenário brasileiro. Na prática, isso implicou no embaraçamento das ações do Poder Executivo Federal de tentar impedir que os demais entes federativos decretassem isolamento social como medida não farmacológica. Para o Governo Federal, a decisão acabou sendo um impedimento para que o governo adotasse medidas de enfrentamento da COVID-19 no âmbito nacional[105]. Assim,

---

102 BRASIL. Justiça Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública nº Nº 5019484-43.2020.4.02.5101/RJ. AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. RÉU: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Juíza LAURA BASTOS CARVALHO, Juíza Federal. Rio de Janeiro, RJ, 28 de março de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/96148FB70E4CCF_decisaobolsonaro.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

103 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669 DISTRITO FEDERAL. Requerente: REDE SUSTENTABILIDADE. Relator: MIN. ROBERTO BARROSO. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

104 Essa MP tinha como objeto dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

105 https://www.youtube.com/watch?v=KbpZyTyArMk (Ver a partir de2min13seg)

o governo federal reagiu espalhando (*fake News*) que a decisão do Supremo o impedia de adotar medidas adequadas para o combate ao coronavírus[106].

**d) Suspensão da nomeação de Alexandre Ramagem para o comando da Polícia Federal**

O pedido de exoneração de Sérgio Moro do Ministério da Saúde instaurou outra crise no governo. Ex-juiz federal conhecido pela questionável atuação na operação "Lava--Jato", Moro deixou a magistratura para entrar na carreira política, aceitando o convite do Presidente Jair M. Bolsonaro para assumir o Ministério da Justiça. Após o midiático pedido de exoneração do Ministério, alegando interferência do Presidente na Polícia Federal[107], o Procurador Geral da República, Augusto Aras solicita ao STF instauração de inquérito para investigar essas denúncias. Pedido que foi acolhido pelo Min. Celso de Mello. Logo após, levando em consideração a decisão de Celso de Melo, o Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento de pedido liminar no Mandado de Segurança 37.097/DF, impetrado pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), suspendeu a nomeação de Alexandre Ramagem para a chefia da Polícia Federal, por suposto desvio de finalidade (inobservância aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, do interesse público e da legalidade) cometido pelo Presidente da República no ato de nomeação.

Diante das sucessivas derrotas, Bolsonaro reagiu como de costume: instaurando uma profunda crise política-institucional. Mas o que é peculiar no governo Bolsonaro, que ainda o distancia de exemplos como Hungria e Polônia, é que ele faz **uso predominante de mecanismos informais**[108] de ataque ao Supremo, ao menos até o momento que este artigo está sendo escrito. Seguindo os passos de outros líderes autoritários como Chávez, que

---

106 Mesmo um ano após a publicação da referida decisão, representantes do governo continuavam a espalhar essa notícia falsa. Ver: MAZUI, Guilherme. Gilmar Mendes aponta 'fake news' em mensagem de Ernesto Araújo sobre atribuição de governos na pandemia. *G1,* Brasília, 11 de março de 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/03/11/gilmar-mendes-e-ernesto-araujo-discutem-em-rede-social-sobre-responsabilidade-nas-acoes-de-combate-a-pandemia.ghtml Acesso em: 20 set. 2021.

107 Bolsonaro pediu à Sérgio Moro a exoneração do então diretor-geral da Polícia Federal, Maurício Valeixo. A exoneração foi publicada com a assinatura do ex-Ministro sem a sua autorização. (MACEDO, Fausto. A exoneração de Valeixo. *Estadão*, 24 de abril de 2020. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-exoneracao-de-valeixo/. Acesso em: 20 set. 2021.

108 Ameaças de violência e ataques retóricos, com vistas a deslegitimar a atuação das instituições de controle, especialmente do Supremo Tribunal Federal e seus ministros. Ver. MARONA, Marjorie; MAGALHÃES, Lucas. Guerra e Paz? O Supremo Tribunal Federal nos dois primeiros anos do governo Bolsonaro. In.: AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie (orgs.). *Governo Bolsonaro*, 2021, p. 125.

descreveu seus oponentes como "porcos rancorosos", Berlusconi que atacou os juízes que decidiram contra ele chamando-os de "comunistas" e Fujimori, que ligava seus oponentes ao terrorismo, Bolsonaro cria uma narrativa agressiva de ataque aos oponentes[109]. Afinal, "[s]e o público passar a compartilhar a opinião de que os oponentes são ligados ao terrorismo e de que a mídia está espalhando mentiras, torna-se mais fácil justificar ações empreendidas contra eles."[110]

No plano dos mecanismos formais dispostos pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, Bolsonaro usou sua atribuição constitucional para aumentar sua influência sobre o Supremo, nomeando um novo Ministro[111]. Durante o atual mandato do Presidente, ele conta com a indicação de 2 (dois) ministros para o STF, em razão da aposentadoria dos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio Mello.

Com a aposentadoria de Celso de Mello, Kássio Nunes Marques foi, surpreendentemente, indicado para a vaga. Kassio Nunes não era o Ministro "terrivelmente evangélico" que foi anunciado Bolsonaro, o que causou descontentamento entre os bolsonaristas. Cogita-se a que a indicação dele se deu especialmente por articulação de Flávio Bolsonaro, filho do Presidente da República. O Ministro a ocupar a vaga de Celso de Mello assume a função de relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Reclamação Constitucional que questionam a decisão da justiça do Rio de Janeiro que concede foro privilegiado à Flávio Bolsonaro no caso das "rachadinhas". Processo no qual Flávio Bolsonaro, quando era deputado estadual do Rio de Janeiro, é acusado ter contratado funcionários fantasmas

---

109 O Presidente Jair Bolsonaro chegou a vincular o Ministro Luís Roberto Barroso, também presidente do Tribunal Superior Eleitoral, à pedofilia. "Ministro esse que defende a redução da maioridade para estupro de vulnerável, ou seja, a pedofilia é o que ele defende. Ministro que defende a legalidade das drogas. Com essas bandeiras todas, ele não devia estar no Supremo. Devia estar no Parlamento. Lá é o local de cada um defender a sua bandeira." (FERRARI, Hamilton. Bolsonaro ataca Barroso e liga ministro à pedofilia. *Poder 360*, 10 de julho de 2021. Disponível em: https://www.poder360.com.br/governo/bolsonaro-diz-que-barroso-defende-a-pedofilia-e-que-nao-deveria-estar-no-stf/. Acesso em: 23 set. 2021.)

110 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*, 2018, p. 79.

111 Bolsonaro chegou a afirmar que indicaria um "ministro terrivelmente evangélico". Em um culto evangélico realizado na Câmara dos Deputados, Bolsonaro declarou: "Muitos tentam nos deixar de lado dizendo que o estado é laico. O estado é laico, mas nós somos cristãos. Ou para plagiar a minha querida Damares [Alves, ministra]: Nós somos terrivelmente cristãos. E esse espírito deve estar presente em todos os poderes. Por isso, o meu compromisso: poderei indicar dois ministros para o Supremo Tribunal Federal [STF]. Um deles será terrivelmente evangélico". (CALGARO, Fernanda; MAZUI, Guilherme. Bolsonaro diz que vai indicar ministro 'terrivelmente evangélico' para o STF. *G1*, Brasília, 10 de julho de 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/10/bolsonaro-diz-que-vai-indicar--ministro-terrivelmente-evangelico-para-o-stf.ghtml. Acesso em: 27 set. 2021.)

que lhe devolviam a maior parte dos salários pagos pela Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro.[112] Coincidentemente ou não, o julgamento do caso sobre o foro privilegiado de Flavio Bolsonaro (no caso das rachadinhas), que estava previsto para 14 de setembro de 2021, foi retirado da pauta pelo (atual) Ministro Kássio Nunes Marques.

Cumprindo sua promessa de indicar um Ministro "terrivelmente evangélico", Bolsonaro indicou o ex-Advogado Geral da União e ex-Ministro da Justiça André Luiz de Almeida Mendonça (que é evangélico) para a segunda vaga no Supremo. André Mendonça é considerado submisso e um dos grandes aliados do Presidente da República. Quando ocupava a função de Ministro da Justiça, chegou a fazer uso da (agora revogada) Lei de Segurança Nacional, aprovada durante a ditadura militar, em 1983, e do Código Penal (crime contra a honra) para perseguir opositores ao governo[113]. A indicação de André Mendonça aguarda, até o presente momento, sabatina do Senado Federal.

---

112 Ver: KADANUS, Kelli. Quem está por trás da indicação de Kássio Nunes Marques ao Supremo Tribunal Federal. *Gazeta do Povo*, Brasília, 05 de outubro de 2020. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/republica/kassio-nunes-marques-stf-quem-esta-por-tras-indicacao/. Acesso em: 27 set. 2021. TRINDADE, Naira; PORTINARI, Natalia. Kássio Nunes tem apoio de líderes do Centrão e Flavio Bolsonaro para o STF. *O Globo*, Brasília, 30 de setembro de 2020. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/kassio-nunes-tem-apoio-de-lideres-do-centrao-flavio-bolsonaro-para-stf-24669471. Acesso em: 27 set. 2021.

113 André Mendonça determinou à Polícia Federal que abrisse um inquérito para investigar o sociólogo Thiago Rodrigues, autor de duas placas de outdoor com críticas ao presidente. Um simpatizando de Bolsonaro havia apresentado (agosto de 2020) queixa-crime que pedia a investigação de Thiago Rodrigues, em razão do me mesmo outdoor. O caso chegou a ser arquivado por recomendação da própria Corregedoria Regional da Polícia Federal (PF) e do Ministério Público Federal no Tocantins. Porém, André Mendonça determinou a reabertura do inquérito em dezembro do 2020, alegando que foi praticado crime contra a honra do presidente da República e que isso colocaria em risco a própria Segurança Nacional. Em 23 de junho de 2021, a terceira seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, no julgamento do Habeas Corpus 653.641, decidiu pelo trancamento do inquérito, alegando que o direito penal não pode servir de perseguição política para aqueles que pensam diversamente do governo eleito (STJ. STJ tranca inquérito contra autor de outdoors que comparavam Bolsonaro a pequi roído, *STJ NOTÍCIAS*, 23 de junho de 2021. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23062021-STJ-tranca-inquerito-contra-autor-de-outdoors-que-comparavam-Bolsonaro-a-pequi-roido.aspx. Acesso em: 27 set. 2021.)
Ver também: JORNAL DO TOCANTINS. Responsáveis por outdoor que comparou Bolsonaro a pequi roído são alvos da PF em Brasília - *Jornal do Tocantins*, 15 de março de 2021. Disponível em: https://www.jornaldotocantins.com.br/editorias/politica/respons%C3%A1veis-por-outdoor-que-comparou--bolsonaro-a-pequi-ro%C3%ADdo-s%C3%A3o-alvos-da-pf-em-bras%C3%ADlia-1.2212921. Acesso em: 27 set. 2021.
COSTA, Lailton. Ministro da Justiça manda PF investigar autores de outdoors críticos a Bolsonaro em Palmas. *O Estadão*, 17 de março de 2021. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/noticias/ge-

Além desse mecanismo formal, Bolsonaro chegou a usar o *impeachment* para retaliar o Min. Alexandre de Moraes, relator dos principais inquéritos que envolvem o Presidente da República e seus apoiadores[114]. Mas o pedido foi arquivado pelo Presidente do Senado Federal por falta de provas.

Nas semanas que antecederam o 07 de setembro de 2021 (data em que é comemorada a independência do Brasil), o Estado brasileiro viveu momentos de grande

---

ral,uso-da-lei-de-seguranca-nacional-contra-criticos-de-bolsonaro-desgasta-imagem-de-mendonca--no-supremo,70003668602. Acesso em: 27 set. 2021.

114 A) Inquérito (4831) para apurar suposta interferência do Presidente da República na Polícia Federal, em decorrência das denúncias feitas pelo ex-Ministro da Justiça Sérgio Moro. O inquérito havia sido suspenso pelo Min. Marco Aurélio, em setembro de 2020, mas foi retomado por ordem de Alexandre de Moraes em 30 de julho de 2021.

B) Inquérito das "*fake news*", Inq. 4781/2019, instaurado com o objetivo de investigar a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denunciações caluniosas e ameaças contra a Corte, seus ministros e familiares, instaurado pela Portaria 69/2019 da Presidência do STF (Min. Dias Tóffoli). Em 04 de agosto de 2021, o Ministro Alexandre de Moraes aprovou o pedido de inclusão – realizado pelo Presidente do TSE, Min. Luís Roberto Barroso e aprovado unanimemente pelos demais ministros o TSE – de Bolsonaro como investigado por ataque às urnas eletrônicas e ao sistema eleitoral.

C) Inquérito que investiga suposta prevaricação do Presidente da República do caso da vacina Covaxin, por pedido da Procuradoria Geral da República, em decorrência de denúncias realizadas na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Pandemia do Covid-19. Esse caso se torna peculiar porque foram senadores da própria CPI que procuraram o Supremo para a instauração dessa investigação. Porém, como a provocação do STF para esse procedimento deve vir do Procurador Geral da República, a Ministra Rosa Weber enviou pedido ao PGR para se manifestar, o qual solicitou ao Supremo que aguardasse a finalização dos trabalhos da CPI. No entanto, a Min. Rosa Weber negou o pedido e determinou que a PGR se manifestasse sobre a ação dos senadores. Há atualmente uma forte crítica à atuação do PGR, no sentido de ser omisso e conivente com as ações do Presidente.

D) Além disso, Alexandre de Moraes, em 12 (doze) de agosto de 2021, também aceitou o pedido do TSE para investigação do Presidente da República por suposto vazamento de dados em inquérito sigiloso realizado pela Polícia Federal, referente ao ataque hacker sofrido pela corte eleitoral em 2018. Além disso, o Ministro determinou o afastamento do Delegado da Polícia Federal, Victor Neves Feitosa Campo, que conduzia o referido inquérito policial e a imediata instauração de procedimento disciplinar para apurar a divulgação de segredo.

E) Após determinar o arquivamento do Inquérito que investigava os atos antidemocráticos em 2020, o Min. Alexandre de Moraes autorizou a instauração de uma nova investigação de atos contra a democracia (Inquérito das milícias digitais). Foi uma forma de manter a apuração, apesar do pedido de arquivamento da PGR. Esse novo inquérito visa avaliar se as estruturas do Estado (Executivo e Legislativo federais) foram usadas para propagar ataques às instituições nas redes sociais. Segundo Moraes, no inquérito dos atos democráticos apareceram diversos indícios de que parlamentares, como Eduardo Bolsonaro, filho do Presidente, e Bia Kicis(com prerrogativa do foro no STF) estariam envolvidos e que um dos objetivos do grupo era obter verbas publicas para propagação de atos antidemocráticos.

tensão. Cogitava-se que as investidas de Bolsonaro contra a democracia brasileira sairiam do campo da informalidade e se materializariam em um verdadeiro golpe de Estado aberto[115]. Muito dessa preocupação se deu em razão do pedido (feito pelo Presidente da República) de *impeachment* contra o Ministro Alexandre de Moraes, às derrotas perante o Supremo Tribunal Federal, à frustração diante da não aprovação pelo Congresso da implementação do voto impresso[116], ao declínio da popularidade e às pesquisas antecipadas sobre as eleições de 2022 que apontavam o Ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva liderando a intenção de votos para a presidência da República[117].

Em discursos na Esplanada dos Ministérios, em Brasília, e na avenida Paulista, em São Paulo, o Presidente Jair Bolsonaro fez uma série de ameaças ao Supremo Tribunal Federal, ao Tribunal Superior Eleitoral e à democracia. Os atos pró-governo no dia 7 de setembro tiveram como pauta: intervenção militar, fechamento do Supremo, Estado de Sítio e voto impresso. No discurso realizado em São Paulo, o Presidente elevou ainda mais o tom da fala. Ele voltou a questionar as eleições e o voto impresso, afirmando que se recusava

---

115 VIEIRA, Liszt. O golpe de Bolsonaro. *Le Monde Diplomatique Brasil*. 25 de agosto de 2021. Disponível em: https://diplomatique.org.br/o-golpe-de-bolsonaro/. Acesso em: 23 set. 2021.

116 No Brasil, as eleições são organizadas pelo Poder Judiciário, especificamente a justiça eleitoral, e a urna eletrônica é adotada desde 1998. Assim, todos os mandatos de Jair Bolsonaro (como Deputado Federal e Presidente da República, a partir daquele ano) foram alcançados pelo resultado de eleições realizadas com urnas eletrônicas. Diante do cenário de uma possível derrota nas eleições de 2022, um dos temas pautados pelo Presidente no debate nacional é, como tática de todos os novos populistas (vide Donald Trump), questionar a legitimidade das eleições. Bolsonaro, seus aliados e seguidores têm reiteradamente atacado a legitimidade do voto eletrônico e o Tribunal Superior Eleitoral, com notícias falsas e desinformações como: que a urna eletrônica não seria segura e auditável, que apenas o Brasil utilizaria o sistema de urnas eletrônicas, que *hackers* teriam invadido o sistema do TSE e que haveria fraudes nas eleições. Todas as declarações foram feitas sem apresentação de provas. Inclusive, no dia da votação da Proposta de Emenda à Constituição do "voto impresso" na Câmara dos Deputados (10 de agosto de 2021), "coincidentemente", ocorreu uma exibição de veículos blindados e armamentos das Forças Armadas em frente ao Congresso Nacional, o que foi considerado inesperado, uma vez que a operação ocorre todos os anos e nunca foi até à Brasília para entregar pessoalmente o convite ao Presidente da República (justificativa dada pelas FFAA para que, neste ano, os blindados fizessem a trajetória em frente ao Congresso Nacional). Muitos parlamentares expressaram a preocupação que o ato seria uma forma de intimidar os parlamentares a votar favoravelmente ao entendimento do Presidente da República. Ver: PARAGUASU, Lisandra. Forças Armadas farão desfile de blindados no dia em que Câmara deve votar PEC do voto impresso. *Reuters*. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2021/08/09/forcas-armadas-farao-desfile-de-blindados-no-dia-em-que-camara-deve-votar-pec-do-voto-impresso.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

117 Ver: XP POLÍTICA. Pesquisa XP/Ipespe. Avaliação presidencial. Eleições 2022, agosto de 2021. Disponível em: https://xpanalisepolitica.s3.us-east-2.amazonaws.com/Pesquisa+XP_+2021_08.pdf. Acesso em: 23 set. 2021.

a "participar de uma farsa como essa patrocinada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE)" e enviou um recado aos opositores, dizendo: "quero dizer àqueles que querem me tornar inelegível em Brasília: só Deus me tira de lá" e "só saio preso, morto ou com vitória. Quero dizer aos canalhas que eu nunca serei preso.»[118]

Além disso, o Presidente também voltou a criticar o STF, na figura do Ministro Alexandre de Moraes, que no dia 05 de setembro havia determinado a prisão de apoiadores do presidente que publicaram ameaças ao tribunal e a seus membros. Nas palavras de Bolsonaro: "Não podemos continuar aceitando que uma pessoa específica da região dos Três Poderes continue barbarizando a nossa população. Não podemos aceitar mais prisões políticas no nosso Brasil". Bolsonaro deu a entender que o Presidente do STF, Luiz Fux, deveria adotar alguma medida sancionatória contra o Min. Alexandre de Moraes, citado como "canalha": "Ou o chefe desse Poder enquadra o seu ou esse Poder pode sofrer aquilo que não queremos, porque nós valorizamos, reconhecemos e sabemos o valor de cada Poder da República", sendo que isso se configuraria uma violação à independência judicial. Bolsonaro disse ainda que não irá cumprir as decisões judiciais emitidas por Alexandre de Moraes[119]. Seguindo o padrão dos populistas hipócritos, Bolsonaro ainda afirmou: "Não queremos ruptura, não queremos brigar com Poder algum, mas não podemos admitir que uma pessoa coloque em risco a nossa liberdade."[120]

As ameaças do dia 07 de setembro foram seguidas de manifestações emitidas pelos representantes dos demais poderes. O Presidente do STF, Luiz Fux, na ocasião da sessão de abertura dos trabalhos da Corte, fez um pronunciamento em defesa da separação de poderes e da democracia, afirmando que o Supremo jamais aceitará ameaças e intimidações[121]. O presidente da Câmara dos Deputados, Arthur Lira, pronunciou-se, em tom pacificador, à imprensa, defendendo a superação das discussões sobre o voto impresso[122].

---

118 BBC NEWS BRASIL. As ameaças de Bolsonaro em discursos no 7 de Setembro. *BBC NEWS BRASIL*, 07 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-58479785 . Acesso em: 25 set. 2021.

119 "Qualquer decisão do senhor Alexandre de Moraes, este presidente não mais cumprirá. A paciência do nosso povo já se esgotou. Ele tem tempo ainda para pedir o seu boné e (ir) cuidar da sua vida. Ele, para nós, não existe mais".

120 BBC NEWS BRASIL. As ameaças de Bolsonaro em discursos no 7 de setembro. *BBC NEWS BRASIL* 2021.

121 MENDES, Guilherme. "Ninguém fechará esta corte", diz Fux em resposta a Bolsonaro. Veja o vídeo. *Congresso em foco,* 08 de setembro de 2021. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/justica/discurso-fe-luiz-fux-no-stf-apos-sete-de-setembro/ . Acesso em: 23 set. 2021.

122 G1. Veja íntegra do pronunciamento de Arthur Lira sobre as manifestações antidemocráticas. *G1*, Brasília, 08 de setembro de 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/09/08/veja-

Já o Presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco, reconheceu que há uma "crise real" no país e que o autoritarismo e os arroubos democráticos não são a solução para os problemas atualmente enfrentados[123].

## 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os novos líderes populistas autoritários compartilham práticas de ataque à democracia que levam um verniz de legalidade. Eles ascendem ao poder por eleições e mantém, aparentemente, as instituições básicas da democracia liberal em funcionamento: Poder Legislativo, Poder Judiciário, eleições e imprensa. Porém, o ataque vem de dentro. Eles usam os próprios instrumentos do constitucionalismo liberal para minar suas bases. Jogo duro constitucional, *lawfare*, legalismo autocrático... são expressões atualmente utilizadas para definir as táticas de uso dos mecanismos legais (como processos judiciais ou administrativos, leis e emendas à Constituição) para atacar a democracia e perseguir os opositores políticos.

O primeiro grande alvo é a independência do Poder Judiciário, especialmente as Supremas Cortes e os Tribunais Constitucionais. Em países como Hungria, Polônia e Venezuela, essas práticas já são internacionalmente conhecidas e a população já não conta com a proteção de um judiciário independente.

O Brasil, a partir da eleição de Jair M. Bolsonaro, também entrou no clube de países liderados por líderes autocratas. Bolsonaro nunca fez questão de esconder sua predileção pela ditadura e seu desapreço pelos princípios básicos do constitucionalismo liberal: liberdades, separação de poderes e sistema de freios e contrapesos. Seguindo a cartilha dos novos autoritários, Bolsonaro promove ataques à imprensa, ao judiciário, às universidades; busca cooptar as principais instituições de controle (Ministério Público, Polícia Federal, Controladoria Geral da União), nomeando aliados para os mais altos cargos de direção; questiona a legitimidade das eleições; promove perseguições sutis aos opositores políticos, com instauração de processos administrativos e inquéritos; e, em nome de uma suposta democracia majoritária, inflama o povo contra as instituições.

-a-integra-do-pronunciamento-de-arthur-lira-sobre-as-manifestacoes-antidemocraticas.ghtml . Acesso em: 23 set. 2021.

123 GARCIA, Gustavo; RODRIGUES, Mateus. Sem citar Bolsonaro, Pacheco faz declaração em vídeo para criticar 'arroubos antidemocráticos'. *G1,* Brasília, 08 de setembro de 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/09/08/pacheco-pede-dialogo-e-diz-que-solucao-para-crise-real--nao-esta-em-arroubos-antidemocraticos.ghtml.

Com relação ao Poder Judiciário, a tática também é de guerra. Porém, os ataques ainda se dão, predominantemente, na informalidade. Bolsonaro e seus aliados constroem uma narrativa que busca deslegitimar a corte perante a população.

Diante do aprendizado que podemos tirar dos outros países que sofrem a degradação democrática, é preciso questionar se judiciário brasileiro, especialmente o Supremo Tribunal Federal, conseguirá conter o avanço do autoritarismo no Brasil. Como Levitsky, acreditamos que a Constituição e as instituições democráticas, por si só, não são capazes disso, pois o que mantém os regimes democráticos são as grades de proteção da democracia, as regras não escritas (tolerância e *forbearance*), pautadas na ética e na boa fé. O STF, até o presente momento, tem demonstrado independência no controle do Poder Executivo e dos atos antidemocráticos, mas será que conseguirá manter essa postura por quanto tempo? Qual é o efeito dos diuturnos ataques realizados ao Supremo e à Justiça eleitoral realizados pelo Presidente da República?

Engana-se quem acredita que a democracia no Brasil está assegurada, que as instituições estão em perfeito funcionamento. Como alertam Levitsly e Ziblat[124], "[o] processo por muitas vezes começa com palavras. Demagogos atacam seus críticos com termos ásperos e provocativos – como inimigos, subversivos e até mesmo terroristas." O golpe é sutil, vem de dentro e a linha que ultrapassará o limite entre democracia e ditadura já não é mais ostensiva. A prova disso é que mesmo diante de vários ataques expressos à separação de poderes e à democracia, as instituições reagem apenas com notas de repúdio. Tem-se atualmente mais de 130 (cento e trinta) pedidos de *impeachment* em face do Presidente da República. Todos à espera do pronunciamento do Presidente da Câmara para prosseguimento. Temos um Procurador Geral da República, chefe do Ministério Público Federal que ao que parece atua mais como Advogado Geral da União.

Para que o Judiciário atue firme na proteção do Estado Democrático de Direito, precisamos de pessoas e instituições também compromissadas com isso: um Ministério Público efetivamente independente, que exerça suas atribuições constitucionais quando preciso; uma Polícia Federal comprometida com a legalidade e a impessoalidade; uma Controladoria da União que exerça com independência seu papel de fiscalização e controle e um Poder Legislativo que efetivamente esteja compromissado com a Constituição. Mas se essas instituições estão/forem cooptadas, nada nos resta a não ser o "sentimento constitucional" a mover o povo no controle social.

---

124 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*, 2018, p. 79.

## REFERÊNCIAS

AFFONSO, Julia. Carvalhosa protocola pedido de *impeachment* de Gilmar no Senado. *Estado de S. Paulo*. São Paulo, 14 de março de 2019. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/carvalhosa-deve-levar-hoje-ao-senado-pedido-de-impeachment-de-gilmar/.

BALKIN, Jack M., Constitutional Rot (June 14, 2017). Can It Happen Here?: Authoritarianism in America, Cass R. Sunstein, ed. (2018, Forthcoming); Yale Law School, *Public Law Research Paper* No. 604. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2992961.

BARAN, Katna. Avanço de fake news no Facebook começou com queda de Dilma e teve ápice sob Bolsonaro, diz estudo. *Folha de São Paulo,* 23 de agosto de 2021. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/08/avanco-de-fake-news-no-facebook-comecou-com--queda-de-dilma-e-teve-apice-sob-bolsonaro-diz-estudo.shtml?origin=folha. Acesso em: 14 set. 2021.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 79-97, jul./dez. 2018.

BBC NEWS BRASIL. As ameaças de Bolsonaro em discursos no 7 de Setembro. *BBC NEWS BRASIL,* 07 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-58479785 . Acesso em: 25 set. 2021.

BERMEO, Nancy. On Democratic Backsliding. *Journal of Democracy*, vol. 27, no. 1, 2016, pp. 5–19. Disponível em: https://www.journalofdemocracy.org/articles/on-democratic-backsliding/. Acesso em: 20 set. 2020.

BIANCHI, Alvaro. O que é um golpe de Estado?. *Blog Junho*. 26 de março de 2016. Disponível em: http://blogjunho.com.br/o-que-e-um-golpe-de-estado/. Acesso em: 10 set. 2021.

BRANGON, Ranier. Nos anos 90, Bolsonaro defendeu novo golpe militar e guerra. *Folha de S. Paulo.* São Paulo, 03 de junho de 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/06/nos-anos-90-bolsonaro-defendeu-novo-golpe-militar-e-guerra.shtml?loggedpaywall. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.121/DF. Partido dos Trabalhadores. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Brasília. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=751490560. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Justiça Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública nº Nº 5019484-43.2020.4.02.5101/RJ. AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. RÉU: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Juíza LAURA BASTOS CARVALHO, Juíza Federal. Rio de Janeiro, RJ, 28 de março de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/96148FB70E4C-CF_decisaobolsonaro.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669 DISTRITO FEDERAL. Requerente: REDE SUSTENTABILIDADE. Relator: MIN. ROBERTO BARROSO. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

CALGARO, Fernanda; MAZUI, Guilherme. Bolsonaro diz que vai indicar ministro 'terrivelmente evangélico' para o STF. *G1*, Brasília, 10 de julho de 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/10/bolsonaro-diz-que-vai-indicar-ministro-terrivelmente-evangelico--para-o-stf.ghtml. Acesso em: 27 set. 2021.

CARVALHOSA, Modesto. "Bom dia. Vamos protocolar novamente os pedidos de *impeachment* dos ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski que o ex-presidente do Senado arquivou. Eles vão se juntar ao novo pedido de *impeachment* do Ministro Dias Toffoli para serem levados adiante na Casa."*Twitter.* 10 de fevereiro de 2019, 8h57 AM. Disponível em: https://twitter.com/CarvalhosaMo/status/1094550803757580295?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1094550803757580295&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.oantagonista.com%2Fbrasil%2Fcarvalhosa-vai-protocolar-novo-pedido-de-impeachment-de--gilmar-e-lewandowski%2F. Acesso em: 11 set. 2021.

CATRACA LIVRE. Jair Bolsonaro: como ele reagiria se tivesse um filho gay?. São Paulo, 17 de abril de 2018. Disponível em: https://catracalivre.com.br/cidadania/jair-bolsonaro-como-ele--reagiria-se-tivesse-um-filho-gay/. Acesso em: 10 set. 2021.

COSTA, Lailton. Ministro da Justiça manda PF investigar autores de outdoors críticos a Bolsonaro em Palmas. *O Estadão*, 17 de março de 2021. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,uso-da-lei-de-seguranca-nacional-contra-criticos-de-bolsonaro-desgasta-imagem-de-mendonca-no-supremo,70003668602. Acesso em: 27 set. 2021.

CUNTO, Raphael di. Bolsonaristas querem derrubar PEC da Bengala. *Valor Econômico.* Brasília, 16 de novembro de 2018. Disponível em: https://www.valor.com.br/politica/5985521/bolsonaristas-querem-derrubar-pec-da-bengala.

CUNTO, Raphael di; RIBEIRO, Marcelo. Reforma facilita revogar PEC da Bengala. *Valor Econômico*. Brasília, 22 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://www.valor.com.br/politica/6131647/reforma-facilita-revogar-pec-da-bengala.

DATAFOLHA INSTITUTO DE PESQUISAS. Desejo de votar em Lula chega a 39%

No cenário sem o petista, Bolsonaro lidera, Marina assume segunda posição e sobe índice dos sem voto. Agosto de 2018. Disponível em: http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/08/22/dca656b8f2c41be5d125ec4e51b9e513.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

FERNANDES, Talita; PUPO, Fábio. Bolsonaro volta a apoiar ato contra STF e Congresso e diz que Forças Armadas estão 'ao lado do povo'. *Folha de S. Paulo*. Brasília, 03 de maio de 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/ato-pro-bolsonaro-em-brasilia--tem-carreata-e-xingamentos-a-moro-stf-e-congresso.shtml. Acesso em: 07 set. 2021.

EUROPEAN UNIVERSITY ASSOCIATION. Academic freedom in Turkey: EUA calls for the liberation of former Rector Murat Tuncer. 26 de nov. de 2019. Disponível em: https://eua.eu/news/428:academic-freedom-in-turkey-eua-calls-for-the-liberation-of-former-rector-murat-tuncer.html. Acesso em: 07 set. 2021.

FERRARI, Hamilton. Bolsonaro ataca Barroso e liga ministro à pedofilia. *Poder 360*, 10 de julho de 2021. Disponível em: https://www.poder360.com.br/governo/bolsonaro-diz-que-barroso-defende-a-pedofilia-e-que-nao-deveria-estar-no-stf/. Acesso em: 23 set. 2021.

FILHO, João. Com a prisão de temer, lava jato mostra sua força contra o stf. *The intercept Brasil.* 24 de março de 2019. Disponível em: https://theintercept.com/2019/03/24/prisao-temer-lava-jato-stf/. Acesso em: 11 set. 2021.

FOLHA DE S. PAULO. Bolsonaro quer aumentar número de ministros do Supremo. São Paulo, 02 de julho de 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-supremo.shtml. Acesso em: 10 set. 2021.

FREEDOM HOUSE. *Freedom in the world 2018.* NY, 2018. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/FreedomintheWorld2018COMPLETEBOOK.pdf. Acesso em: 07 set. 2021.

FREEDOM HOUSE. *Freedom in the World 2021.* NY 2021. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-02/FIW2021_World_02252021_FINAL-web-upload.pdf. Acesso em: 04 set. 2021.

FREEDOM HOUSE. *Nations in transit.* The antidemocratic turn. NY, 2021. Disponível em: https://freedomhouse.org/report/nations-transit/2021/antidemocratic-turn. Acesso em: 11 set. 2021.

FREEDOM HOUSE. *Democracies in decline*. NY, 2021. Disponível em: https://freedomhouse.org/issues/democracies-decline. Acesso em: 11 set. 2021.

FREEDOM HOUSE. *All data. Nations in transit 2005-2020.* Disponível em: https://freedomhouse.org/report/nations-transit. Acesso em: 23 set. 2021.

GARCIA, Gustavo; RODRIGUES, Mateus. Sem citar Bolsonaro, Pacheco faz declaração em vídeo para criticar 'arroubos antidemocráticos'. *G1*, Brasília, 08 de setembro de 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/09/08/pacheco-pede-dialogo-e-diz-que-solucao-para-crise-real-nao-esta-em-arroubos-antidemocraticos.ghtml.

G1. Veja íntegra do pronunciamento de Arthur Lira sobre as manifestações antidemocráticas. *G1*, Brasília, 08 de setembro de 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/09/08/veja-a-integra-do-pronunciamento-de-arthur-lira-sobre-as-manifestacoes-antidemocraticas.ghtml. Acesso em: 23 set. 2021.

GRABENWARTER, Christoph. Constitutional Resilience. *Verfassungsblog*. 06 de dezembro de 2018. Disponível em: https://verfassungsblog.de/constitutional-resilience/. Acesso em: 19 set. 2021.

HADDAD, Naief. Bolsonaro defende o autoritarismo, não os valores militares, diz historiadora. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 28 de agosto de 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/08/bolsonaro-defende-o-autoritarismo-nao-os-valores-militares-diz-historiadora.shtml. Acesso em: 10 set. 2021.

HUNTINGTON, Samuel P. *La tercera ola.* La democratización a finales del siglo XX. Barcelona: Paidós, 1994.

HUMAN RIGHTS WATCH. *World report 2019, events of 2018.* 2019, p. 1. Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/hrw_world_report_2020_0.pdf. Acesso em: 07 set. 2020

IBOPE , Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística. Lula fica à frente na disputa pela Presidência da República. No cenário com Haddad como opção do PT, Bolsonaro aparece na liderança. *Ibope Inteligência*. 20 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/lula-fica-a-frente-na-disputa-pela-presidencia-da-republica-no--cenario-com-haddad-como-opcao-do-pt-bolsonaro-aparece-na-lideranca/. Acesso em: 10 set. 2021.

JORNAL DO TOCANTINS. Responsáveis por outdoor que comparou Bolsonaro a pequi roído são alvos da PF em Brasília - *Jornal do Tocantins*, 15 de março de 2021. Disponível em: https://www.jornaldotocantins.com.br/editorias/politica/respons%C3%A1veis-por-outdoor-que-comparou--bolsonaro-a-pequi-ro%C3%ADdo-s%C3%A3o-alvos-da-pf-em-bras%C3%ADlia-1.2212921. Acesso em: 27 set. 2021.

KADANUS, Kelli. Quem está por trás da indicação de Kássio Nunes Marques ao Supremo Tribunal Federal. *Gazeta do Povo*, Brasília, 05 de outubro de 2020. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/republica/kassio-nunes-marques-stf-quem-esta-por-tras-indicacao/. Acesso em: 27 set. 2021.

LACHMAYER, Konrad. Disempowering Courts: The Interrelationship of Courts and Politics in Contemporary Legal Orders or the Manifold Ways of Attacking Judicial Independence. In: BELOV, Martin (ed.). *Courts, Politics and Constitutional Law*. Routledge Publishing: London and New York, 2020 p. 31–54.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013); FSU College Law, *Public Law Research Paper* No. 646.

LAUTH, Hans-Joachim; SCHLENKRICH Oliver; LEMM Lukas. *State of Democracy 2019 (Context Measurement).* Universität Würzburg. Democracy Matrix, 2019. Disponível em: https://www.democracymatrix.com/fileadmin/Mediapool/PDFs/Report/DeMaX_Report_2019_Growing_Hybridity.pdf. Acesso em: 14 set. 2021

LAVEZO, Marcos. Bolsonaro critica inclusão de Lula em pesquisas eleitorais e chama ex-presidente de 'vagabundo', 'malandro' e 'bandido'. *G1.* São José do Rio Preto, 24 de agosto de 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/2018/08/24/

em-terceiro-dia-de-campanha-pelo-interior-de-sp-bolsonaro-faz-carreata-e-caminhada-pelas--ruas-de-sao-jose-do-rio-preto.ghtml. Acesso em: 10 set. 2021.

LEVITSKY, Steven. Bolsonaro ameaça a democracia brasileira. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 31 de agosto de 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/steven-levitsky/2018/08/bolsonaro-ameaca-a-democracia-brasileira.shtml. Acesso em: 10 set. 2021.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem.* Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, Daniela. Reativados, grupos de WhatsApp bolsonaristas defendem Previdência e atacam o Supremo. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 14 de março de 2019. Disponível em: https://painel.blogfolha.uol.com.br/2019/03/14/reativados-grupos-de-whatsapp-bolsonaristas-defendem--previdencia-e-atacam-o-supremo/. Acesso em: 11 set. 2021.

LOPES JR. , Moarcyr. Presidente afirma que deputado "passou dos limites" ao pedir seu fuzilamento e diz querer dólar mais estável FHC pede à Câmara que puna Bolsonaro. *Folha de S. Paulo.* São Paulo, 05 de janeiro de 2000.

MACEDO, Fausto. A exoneração de Valeixo. *Estadão*, 24 de abril de 2020. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-exoneracao-de-valeixo/. Acesso em: 20 set. 2021.

MATAIS, Andreza; ROSA, Vera; BULLA, Beatriz. PSDB de Aécio Neves pede auditoria na votação. *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 30 de outubro de 2014. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,psdb-de-aecio-neves-pede-auditoria-na-votacao,1585755.

MARONA, Marjorie; MAGALHÃES, Lucas. Guerra e Paz? O Supremo Tribunal Federal nos dois primeiros anos do governo Bolsonaro. In.: AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie (orgs.). *Governo Bolsonaro.* Retrocesso democrático e degradação política. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. *Lawfare*. Uma introdução. Editora contracorrente: São Paulo, 2019.

MAZUI, Guilherme. Gilmar Mendes aponta 'fake news' em mensagem de Ernesto Araújo sobre atribuição de governos na pandemia. *G1,* Brasília, 11 de março de 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/03/11/gilmar-mendes-e-ernesto-araujo-discutem-em-rede-social-sobre-responsabilidade-nas-acoes-de-combate-a-pandemia.ghtml. Acesso em: 20 set. 2021.

MENDES, Guilherme. "Ninguém fechará esta corte", diz Fux em resposta a Bolsonaro. Veja o vídeo. *Congresso em foco,* 08 de setembro de 2021. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/justica/discurso-fe-luiz-fux-no-stf-apos-sete-de-setembro/. Acesso em: 23 set. 2021.

NEVES, Rafael. Menos de um ano atrás, Joice defendeu dissolução do STF em vídeo. *Congresso em Foco*. 17 de março de 2019. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/midia/menos-de-um-ano-atras-joice-defendeu-dissolucao-do-stf-em-video/.

PARAGUASU, Lisandra. Forças Armadas farão desfile de blindados no dia em que Câmara deve votar PEC do voto impresso. *Reuters*. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2021/08/09/forcas-armadas-farao-desfile-de-blindados-no-dia-em-que-camara-deve-votar-pec-do-voto-impresso.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

PRENDERGAST, David. The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism, 20 *German Law Journal* 245, 2019. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/judicial-role-in-protecting-democracy-from-populism/99585581EB11E7AFCD98C773F2EBFAB0. Acesso em: 10 set. 2021.

PUBLIUS [HAMILTON, Alexander]. *The Federalist Papers: No. 78*. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp. Acesso em: 10 set. 2021.

REPUCCI, Sarah; SLIPOWITZ, Amy. Freedom in the World 2021. Democracy under Siege. *Freedom House.* 2021. Disponível em: https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2021/democracy-under-siege. Acesso em: 10 set. 2021.

RIBEIRO, Janaina. "Vamos fuzilar a petralhada", diz Bolsonaro em campanha no Acre

Enquanto discursava em um carro de som, o candidato do PSL imitou um fuzilamento e disse querer "botar estes picaretas pra comer capim na Venezuela". *Exame*. São Paulo, 03 de setembro de 2018. Disponível em: https://exame.abril.com.br/brasil/vamos-fuzilar-a-petralhada-diz-bolsonaro-em-campanha-no-acre/. Acesso em: 10 set. 2021.

SCHEPPELE, Kim Lane. "Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary)." *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 23, no. 1, Spring 2014, p. 51-118. [HeinOnline]. Acesso em: 10 set. 2021.

SCHEPPELE, Kim Lane. Worst Practices and the Transnational Legal Order (How do Build a Constitutional "Democratorship" in Plain Sight). *Background paper.* Wright Lecture, University of Toronto, Nov. 2, 2016.

SCHEPPELE, Kim Lane. "Autocratic Legalism". *The University of Chicago Law Review.* Vol. 85. Issue 2, March 2018. Disponível em: https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism. Acesso em: 20 jun. 2020.

STJ. STJ tranca inquérito contra autor de outdoors que comparavam Bolsonaro a pequi roído, *STJ NOTÍCIAS*, 23 de junho de 2021. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23062021-STJ-tranca-inquerito-contra-autor-de-outdoors-que-comparavam-Bolsonaro-a-pequi-roido.aspx. Acesso em: 27 set. 2021

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Alexandre de Moraes designa equipe de delegados em inquérito para apurar ameaças e *fake news*. Brasília, 20 de março de 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=406357.

TRINDADE, Naira; PORTINARI, Natalia. Kássio Nunes tem apoio de líderes do Centrão e Flavio Bolsonaro para o STF. *O Globo*, Brasília, 30 de setembro de 2020. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/kassio-nunes-tem-apoio-de-lideres-do-centrao-flavio-bolsonaro-para--stf-24669471. Acesso em: 27 set. 2021.

TUROLLO JR., Reynaldo. Toffoli abre inquérito para apurar *fake news* e ameaças contra ministros do STF. *Folha de S. Paulo.* São Paulo, 14 de março de 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/toffoli-abre-inquerito-para-apurar-fake-news-e-ameacas-contra-ministros-do-stf.shtml. Acesso em: 11 set. 2021.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball, 37 J. *Marshall L. Rev*. 523 (2004). Disponível em: https://dash.harvard.edu/handle/1/12916580.

TUSHNET, Mark V., Authoritarian Constitutionalism (December 18, 2013). *Harvard Public Law Working Paper* No. 13-47. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2369518. Acesso em: 10 set. 2020

URIBE, Gustavo. Bolsonaro cumpre ameaça e exclui folha de liciação da presidência para assinatura de jornais*. Folha de São Paulo*. Brasília, 05 de agosto de 2020. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/bolsonaro-cumpre-ameaca-e-exclui-folha-de-licitacao--da-presidencia-para-assinatura-de-jornais.shtml. Acesso em: 05 set. 2021.

V-DEM. Autocratization Surges–Resistance Grows. *Democracy Report 2020*, Gothenburg Sweden, 2020. Disponível em: https://www.v-dem.net/media/filer_public/de/39/de39af54-0bc-5-4421-89ae-fb20dcc53dba/democracy_report.pdf. Acesso em: 07 set. 2021.

V-DEM. Autocratization turns viral. *Democracy Report 2021,* Gothenburg Sweden, 2021. Disponível em: https://www.v-dem.net/media/filer_public/74/8c/748c68ad-f224-4cd7-87f9-8794ad-d5c60f/dr_2021_updated.pdf. Acesso em: 07 set. 2021.

Venice Commission, 2011. Hungary, Opinion on the New Constitution of Hungary [CDL-ad (2011)016]. Disponível em: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2011)-016-E.aspx. Acesso em: 20 set. 2021.

VIEIRA, Liszt. O golpe de Bolsonaro. *Le Monde Diplomatique Brasil*. 25 de agosto de 2021. Disponível em: https://diplomatique.org.br/o-golpe-de-bolsonaro/. Acesso em: 23 set. 2021.

XP POLÍTICA. Pesquisa XP/Ipespe. *Avaliação presidencial*. Eleições 2022, agosto de 2021. Disponível em: https://xpanalisepolitica.s3.us-east-2.amazonaws.com/Pesquisa+XP_+2021_08.pdf. Acesso em: 23 set. 2021.

WARTH, Anne; LINDNER, Julia. Planalto confirma ordem de Bolsonaro para comemorar aniversário do golpe de 1964. *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 25 de março de 2019. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,planalto-confirma-ordem-de-bolsonaro-para-comemorar-aniversario-do-golpe-de-1964,70002767921.

Capítulo 16

# ÉTICA PÚBLICA E PARCIALIDADE NO COMBATE À CORRUPÇÃO: O CASO *THE INTERCEPT BRASIL VS.* OPERAÇÃO LAVA JATO

*Emerson Gabardo*[1]
*Gabriel Strapasson Lazzarotto*[2]
*Nicholas Andrey Monteiro Watzko*[3]

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. O *HACKEAMENTO* DAS MENSAGENS E A METODOLOGIA DE INVESTIGAÇÃO; 2. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS DIÁLOGOS; 3. SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: INQUISITÓRIO OU ACUSATÓRIO?; 4. ANÁLISE DA REGULARIDADE DOS DIÁLOGOS VAZADOS PELO THE INTERCEPT BRASIL; 5. ANÁLISE DA TIPICIDADE DAS CONDUTAS; 6. ILICITUDE DAS PROVAS; 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

---

1 Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Associado de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Doutor em Direito do Estado pela UFPR com Pós-Doutorado em Direito Público Comparado pela Fordham University School of Law – EUA (2013). Em 2020 foi Professor Visitante Sênior na Universidade da Califórnia – UCI (EUA).

2 Pesquisador integrante do Núcleo de Investigações Constitucionais (NINC) da Universidade Federal do Paraná e vinculado ao PIBIC/UFPR.

3 Pesquisador integrante do Núcleo de Investigações Constitucionais (NINC) da Universidade Federal do Paraná e vinculado ao PIBIC/UFPR.

## INTRODUÇÃO[4]

A professora Tatyana Scheila Friedrich é uma das pioneiras no estudo de um tema difícil, mas muito importante: as normas imperativas de Direito internacional público (*Ius Cogens*) e de Direito internacional privado (*Lois de Police*). O assunto sempre foi controvertido, seja no tocante à hierarquia das normas, seja quanto à possibilidade do indivíduo ser sujeito de direito internacional. Entretanto, cada vez mais se afirma a ideia de que existe um rol de direitos fundamentais que podem ser assim categorizados. A professora tratou em sua tese referente ao *Ius Cogens* da proibição da escravidão, da autodeterminação dos povos, da proibição do genocídio, entre outras normas que não podem ser derrogadas pela vontade dos Estados. Atualmente, parece razoável defender que o devido processo legal seja um destes direitos que, para além da garantia formal em legislação interna (ou mesmo em tratados), pode ser considerado uma norma imperativa e inegociável de validade superior.[5]

O *lawfare*, como fenômeno radicalmente oposto ao devido processo legal, por sua vez, resulta em um forte atentado à normatividade racional típica da modernidade. Este trabalho, embora não se utilize do Direito internacional, caminha em sentido consonante ao fundamento filosófico contido na doutrina entabulada por Tatyana Friedrich. Devemos à professora conceitos operacionais importantes que servem de inspiração para a tratativa do tema do combate à corrupção na atualidade brasileira. Afinal, existem normas que, por razões de princípio, não podem ser afastadas mediante considerações pragmáticas ou consequencialistas. Este é o ponto de partida da investigação científica ora apresentada e que, todavia, ficará restrita ao Direito positivo brasileiro, ainda que o fenômeno tenha replicação análoga em diferentes partes do globo, a ponto de Larissa Ramina e Marileia Tonietto elencarem o fenômeno entre as "Guerras do Século XXI".[6]

A corrupção é notório problema presente na sociedade contemporânea, em maior ou menor grau. Não são poucos os estudos que demonstram os prejuízos que causa para a qualidade das atividades do Estado, bem como o comprometimento do sistema político de um país. De acordo com Rogério Gesta Leal, a complexidade das relações entre Estado,

---

4 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 e também da Chamada CNPq nº 03/2018 – PIBIC. Processo 129185/2019-1.

5 FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de Direito internacional público*: Jus Cogens. Belo Horizonte: Fórum, 2004; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de Direito internacional privado*: Lois de Police. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

6 RAMINA, Larissa; TONIETTO, Marileia. Guerras do Século XXI: Considerações sobre Guerras Híbridas e *Lawfare*. *Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas - RBPJ*, v. 2, n. 3, 2021.

democracia e corrupção é cada vez mais intensa,[7] o que sobreleva a investigação das repercussões que as mudanças na configuração política dos Estados produzem sobre o Direito constitucional e o Direito administrativo.[8]

No contexto brasileiro, esse cenário se encontra agravado em virtude das crises econômicas e institucionais que assolaram o país na segunda década do século XX, proporcionando a ascensão de fenômenos como o moralismo político,[9] o populismo judicial,[10] a erosão do Estado de Direito, e a decadência democrática.[11] Evidente, portanto, que em tempos de crise, a política acaba por se tornar um assunto ainda mais delicado, sujeito a maiores críticas da sociedade.

O fenômeno da corrupção se tornou o assunto do momento no Brasil desta segunda década do século XX, conseguindo criar uma grande unanimidade nacional, fazendo com que a sociedade brasileira aplaudisse um ambiente de "caça às bruxas" capitaneado pelo Poder Judiciário.[12] As soluções que contrariam o Direito para fazer justiça ou que suspendem a legalidade para a proteção da moralidade tendem a se disseminar, ganhando apoio popular e tornando, paradoxalmente, o Poder Judiciário como um Poder perigoso para a democracia e o Estado de Direito. No mesmo sentido, Tom Daly ressalta que durante muito tempo o foco do autoritarismo esteve ligado ao Poder Executivo, porém, atualmente, há exemplos que impõem uma realidade mais complexa, em que o papel autoritário do Poder Judiciário também precisa ser considerado.[13]

---

7 LEAL, Rogério Gesta. Estado, democracia e corrupção: equações complexas. *Revista de Investigações Constitucionais*. v. 1, n. 1, jan./abr. 2014, p. 91.

8 HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Curitiba, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul.-set., 2013.

9 GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez., 2017.

10 SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. v. 117, p. 193-217, jul.-dez., 2018.

11 DALY, Tom. Understanding multi-directional democratic decay: lessons from the rise of Bolsonaro in Brasil. *Law and Ethics on Human Rights*. v. 14, n. 2, p. 199-226, 2020.

12 GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *Op. cit.*, p. 81.

13 DALY, Tom. Understanding multi-directional democratic decay: lessons from the rise of Bolsonaro in Brasil. *Op. cit.*

Inserido nesse contexto, o objeto da presente análise é a Operação Lava Jato, considerada pela Polícia Federal como a maior investigação de corrupção da história do país.[14] Sua importância pode ser demonstrada pela grande impactação no sistema político,[15] bem como pelos altos valores econômicos envolvidos, além do perfil relevante dos investigados. Nesse sentido, vale destacar a famosa "Lista de Janot": um pedido de investigação feito no âmbito da Lava Jato, pelo então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, contra 83 pessoas de renome, das quais: 8 eram ministros de governo, 24 senadores, 39 deputados federais, 3 governadores, e 1 ministro do Tribunal de Contas da União.

A Lava Jato teve, portanto, anos gloriosos, sempre muito estimada pela sociedade brasileira por seus efeitos e descobertas, alcançando um grande espaço na mídia. Ocorre que, mais recentemente, esse cenário acabou se modificando, uma vez que a Operação Lava Jato começou a sofrer muitas críticas oriundas de alguns setores da sociedade e da academia jurídica, sendo acusada de operar com parcialidade. Interessante observar que, mesmo no seu auge de popularidade, a maioria dos brasileiros já achava que a operação estava sendo conduzida de forma parcial, como comprova uma pesquisa realizada pela Confederação Nacional dos Transportes (CNT), divulgada em 2016.[16]

Em certa medida, o grupo de agentes públicos que outrora era visto como o sinônimo de luta contra a corrupção no Brasil, aos poucos perdeu sua popularidade, e passou a ser acusado de atuar de forma estratégica, com motivações políticas, partidárias e ideológicas. Em sua obra sobre a Lava Jato, a pesquisadora Fabiana Alves Rodrigues descreve de forma detalhada e cientificamente fundamentada esta realidade em que o Judiciário "transforma alguns atores das camadas intermediárias e inferiores deste poder em verdadeiros *designers* de políticas públicas de combate à corrupção (*policies*), com capacidade para definir as regras do jogo (*polity*) ou interferir na competição eleitoral (*politics*)".[17]

Por outro lado, a pretensa parcialidade do grupo nem sempre foi considerada algo negativo para a generalidade da sociedade civil. Tanto é assim que a imagem da Lava Jato foi amplamente utilizada para captar votos em prol do então candidato a presidente Jair Bolsonaro, em 2018. "Lavatismo" e "bolsonarismo" costumam andar de mãos dadas

---

14 POLÍCIA FEDERAL. *Operação Lava Jato*. Disponível em: http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato. Acesso em: 01 jul. 2020.

15 KATZ, Andrea Scoseria. Making Brazil work? Brazilian coalitional presidentialism at 30 and its post-Lava Jato prospects. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 77-102, set./dez., 2018.

16 REVISTA FÓRUM. *Lava Jato é "parcial" para a maioria dos brasileiros, aponta pesquisa.* Disponível em: https://revistaforum.com.br/noticias/pesquisa-mostra-que-maioria-dos-brasileiros-acha-a-lava-jato-parcial/. Acesso em: 01 jul. 2020.

17 RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, p. 242.

desde então, em que pese a ruptura ocorrida com a saída de Sérgio Moro do governo de Jair Bolsonaro em 2020.[18]

Neste espectro, vale mencionar a análise feita por Fabio de Sá e Silva, professor de estudos brasileiros na *University of Oklahoma*, nos Estados Unidos, que identifica na força-tarefa da Lava Jato um "discurso iliberal" – conceito aplicado a líderes que enfraquecem as instituições e regras que garantem a limitação do exercício de seu poder – e aponta ser "difícil negar que a luta anticorrupção serviu como plataforma para a extrema direita no Brasil".[19] Segundo o autor, o que está acontecendo no Brasil é um ambiente perfeito para estudos sobre o declínio democrático. Isso porque, enquanto de um lado juízes e promotores estão sendo tratados como campeões em uma cruzada, a democracia brasileira se deteriorou rapidamente, começando pelas eleições polarizadas em 2014, passando pelo *impeachmen*t da ex-presidenta Dilma Rousseff em 2016 e, por fim, a prisão do ex-presidente Lula em 2018 (que o afastou das eleições presidenciais). Ao final, o pleito acabou sendo vencido pelo ex-capitão do exército e político de extrema direita, Jair Bolsonaro.[20]

Na realidade, as críticas à operação só se intensificaram desde 2016. Não apenas em termos jurídicos, políticos e ideológicos, mas também no campo econômico, a Lava Jato passou a ser acusada de produzir um efeito nefasto ao país. Segundo o economista Luiz Gonzaga Beluzzo, os agentes da Operação interferiram demasiadamente nas empresas brasileiras, e por conta disso a Lava Jato acabou por atingir de maneira ferrenha a economia do país, desorganizando "uma cadeia produtiva muito importante, talvez a mais importante, para a recuperação da economia, por seus efeitos sobre o emprego e a renda".[21] Idêntico ponto de vista é o de Walfrido Warde, que afirma que o combate à corrupção, elevado à condição de *show* no contexto da Lava Jato, destruiu setores inteiros da economia brasileira e, mesmo assim, não acabou com a corrupção.[22]

No mesmo viés, Raphael Boldt critica a Operação Lava Jato a partir da perspectiva dos danos causados pelos maxiprocessos. Segundo ele, a Lava Jato fomentou a desestru-

---

18 G1. *Ex-juiz Sérgio Moro anuncia demissão do Ministério da Justiça e deixa o governo Bolsonaro*. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/24/moro-anuncia-demissao-do-ministerio-da-justica-e-deixa-o-governo-bolsonaro.ghtml. Acesso em: 15 out. 2020.

19 SILVA, Fabio de Sa e. From Car Wash to Bolsonaro: Law and Lawyers in Brazil's Illiberal Turn (2014-2018). *Journal of Law and Society*. v. 47, n. 51, p. 1-21, Oct., 2020.

20 SILVA, Fabio de Sa e. From Car Wash to Bolsonaro:… *Op. cit.*, p. 7.

21 BELUZZO, Luiz Gonzaga. As Consequências Econômicas da Lava Jato. *In*: KERCHE, Fábio; FERES JR., João (Org.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 21-37, p. 28.

22 WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção*: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018, p. 16.

turação do sistema de direitos e garantias fundamentais típico da Constituição brasileira, além de ter reforçado valores pragmáticos como segurança e eficiência em detrimento de questões de princípio. Ainda, segundo o autor, a "fantasia ideológica" que garante certa imunização da Lava Jato, é "apresentada diariamente pelos meios de comunicação de massa como símbolo de moralidade e integridade",[23] em detrimento de princípios e garantias do processo penal e da Carta Republicana brasileira. Essa imunização fica mais evidente sob a óptica do *Lawfare*. Esse fenômeno, identificado como o "uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo",[24] tem como uma de suas dimensões fundamentais as "externalidades". Isto é, são usadas "técnicas avançadas de comunicação com o objetivo de potencializar a utilização estratégica da lei para atingir um inimigo",[25] criando um ambiente que legitima a persecução e indevidamente subverte o estado prévio de inocência dos acusados.

Essa legitimação, segundo o estudo de Patrícia Augsten, deu-se no âmbito da Lava Jato por meio da promoção de decisões judiciais sem a devida proposição de "reflexões aprofundadas sobre determinadas questões do Direito e da Justiça". Assim, segundo a autora, preocupações com possíveis ilegalidades e violações de garantias fundamentais ficaram à margem das reportagens jornalísticas dos grandes veículos de comunicação, dando um significado subjetivo à ideia de justiça de tal forma que se acabou promovendo um "fundamentalismo penal". Depreende-se, portanto, que a midiatização dos maxiprocessos judiciais desnaturam o principal objetivo da publicidade dos processos penais, que é permitir que o cidadão exerça o papel de vigilante da jurisdição.[26] Por outro lado, todos esses fatores tornam o assunto ainda mais relevante para o debate científico.

## 1 O *HACKEAMENTO* DAS MENSAGENS E A METODOLOGIA DE INVESTIGAÇÃO

Os agentes envolvidos na Operação sempre negaram as acusações de parcialidade ou mesmo a importância das externalidades negativas produzidas. Entretanto, para agravar

---

23 BOLDT, Raphael. Maxiprocessos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 6, n. 3, set.-dez. 2020, p. 1218.

24 ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 26.

25 ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. *Op. cit*., p. 53.

26 AUGSTEN, Patrícia. *A significação jornalística da justiça*: uma análise da cobertura da Lava Jato na Folha de S. Paulo. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social, PUCRS, 2019, p. 142-143.

esse cenário de críticas à Lava Jato, o periódico *The Intercept Brasil* publicou, em junho de 2019, uma série de reportagens jornalísticas sobre o tema. Essas reportagens expuseram conversas e discussões internas no âmbito da Operação (as quais ocorreram no aplicativo Telegram), que tratavam abertamente sobre os processos judiciais, demonstrando articulação de atores no âmbito das investigações e, ainda, conversas que versavam sobre impedir a vitória do Partido dos Trabalhadores nas eleições de 2018. Consequentemente, o ambiente de disputa pública intersubjetiva a respeito das narrativas sobre a Operação foi incrementado com um elemento novo: o próprio discurso privado dos agentes envolvidos, que se tornou objeto de estudo a partir das reportagens do *The Intercept Brasil*. Posteriormente, com o levantamento de sigilo dos autos onde se determinou que a defesa do ex-presidente Lula tivesse acesso às mensagens *hackeadas* e que são objeto da Operação Spoofing, foi divulgado um conteúdo de 50 páginas de novos diálogos anexados na Reclamação 43007,[27] analisadas por perito contratado pela defesa. Aparentemente, mais mensagens serão paulatinamente liberadas para o público – o que implica afirmar que o conteúdo total de fontes tende a ser bem maior que o analisado por este artigo. A presente abordagem, portanto, confirma-se como meramente exemplificativa do fenômeno investigado. Ainda assim, a amostra apresentada é suficientemente ilustrativa da realidade, prestando-se a confirmar as conclusões obtidas. Todas as variáveis identificadas sugerem que uma futura ampliação do espectro de fontes (mensagens) tende a reforçar ainda mais as conclusões apresentadas.

Do ponto de vista de seu conteúdo, em um contexto de conflitos hermenêuticos e perspectivas opostas, o presente artigo pretende recortar o tema e concentrar-se em três questionamentos conexos a respeito da Lava Jato e das reportagens do *The Intercept Brasil*: 1. Haveria ou não alguma conduta civil (improbidade) ou administrativamente irregular nas ações descritas e no próprio teor das mensagens trocadas entre os personagens ligados à Operação? 2. Em havendo alguma conduta irregular externalizada pelas mensagens trocadas, quais seriam as irregularidades segundo o sistema constitucional brasileiro e o ordenamento legislativo atual? 3. E, finalmente, em havendo possível tipificação, as mensagens poderiam servir de prova processual para o fim de algum tipo de penalização a agentes públicos responsáveis?

Em que pese o conteúdo altamente controverso dos diálogos, há juristas que negam a existência de irregularidades, sob o argumento, dentre outros, de que as mensagens demonstrariam apenas a realidade do sistema brasileiro e, portanto, devem ser tratadas

[27] UOL. STF tira sigilo e conversas de Moro com procuradores são divulgadas. *Migalhas*. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/quentes/339728/stf-tira-sigilo-e-conversas-de-moro-com-procuradores--sao-divulgadas. Acesso em: 03 fev. 2021.

com normalidade. Neste viés, Bárbara Gomes Lupetti Baptista, especialista no estudo da imparcialidade judicial,[28] assevera que tratar como absurda, incomum ou inédita a conduta dos agentes é desconsiderar a realidade processual brasileira, bem como manter viva a crença em um conceito de imparcialidade que não existe.[29] Segundo a autora, o comportamento de Sérgio Moro não é incomum, mas revela uma lógica de uma cultura jurídica que centraliza no juiz as escolhas sobre fatos e evidências. Nesta perspectiva, em um dos diálogos travados entre procuradores do Ministério Público Federal, sobre as práticas de Sérgio Moro, a procuradora da República no Rio de Janeiro, Monique Checker, diz que Moro "viola sempre o sistema acusatório e é tolerado por seus resultados" – tal conduta, portanto, seria algo normalizado pelo sistema.[30] A questão não é suscitada apenas por observadores externos ao objeto de estudo, mas esteve presente nas próprias discussões travadas entre os partícipes da Lava Jato.

Para Matheus F. de Castro e Daniel Ghilardi, não se trata apenas de uma questão cultural, mas do próprio modelo, que é idealista. Ou seja, haveria um problema sistêmico decorrente da adoção, no Brasil, do "princípio da identidade física do juiz" – um fator de fomento a tais posturas parciais, na medida em que concentra de forma exagerada os poderes instrutórios nas mãos do julgador. Então, a quebra de imparcialidade seria "oportunizada pela própria conformação do procedimento".[31] Por outro lado, autores como Lênio Streck e Luigi Ferrajoli concentram suas críticas a um comportamento inadmissível, mesmo no contexto do modelo brasileiro. Segundo os autores, os diálogos violaram o sistema processual acusatório de forma categórica, não sendo possível a sua normalização.[32]

---

28 BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Entre "Quereres" e "Poderes"*: Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2013.

29 BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A crença no princípio (ou mito) da imparcialidade judicial. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 7, n. 2, jun. p. 202-223, 2020, p. 213.

30 VEJA. *Em novas mensagens, procuradores criticam conduta de Moro*. Disponível em: https://veja.abril.com.br/politica/moro-sempre-viola-o-sistema-acusatorio-diz-procuradora-em-vazamento/. Acesso em: 22 jul. 2020.

31 CASTRO, Matheus Felipe de; GHILARDI, Daniel. Precisamos falar sobre "identidade física" do juiz: modelos de imparcialidade objetiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 174, ano 28, p. 255-282, dez., 2020, p. 277.

32 THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 4: Exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sérgio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato*. Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/. Acesso em: 03 jul. 2020; e LUCENA, David. Qualquer confusão entre acusação e julgamento é prejudicial à imparcialidade, diz 'pai' do garantismo penal. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/07/qualquer-confusao-entre--acusacao-e-julgamento-e-prejudicial-a-imparcialidade-diz-pai-do-garantismo-penal.shtml. Acesso em: 29 jul. 2020.

A partir desta controvérsia, o presente estudo realiza uma análise da regularidade e eventual tipicidade, com base no exposto pelas conversas travadas – e cuja autenticidade não foi expressamente negada pelos interlocutores. Registra-se, entretanto, que o Ministério Público Federal no Paraná reiteradamente não tem reconhecido a veracidade das mensagens. Por outro lado, perícia realizada pelo Serviço de Perícias em Informática do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal atestou a integridade do conteúdo periciado. É importante frisar que o material jornalístico é oriundo de uma cópia ilícita extraída do celular do Procurador da República Deltan Dallagnol, obtida por hackeamento ilegal realizado por um grupo que acabou sendo preso.[33] A perícia foi realizada em decorrência da Operação Spoofing, que capturou os autores do ilícito.

Sendo assim, em que pese a ilicitude da origem das informações, seu conteúdo manteve-se hígido como fonte informativa. Por hipótese, é possível sugerir que algo das gravações (ou sua totalidade) seja futuramente desconstituído, considerando que o assunto ainda é controvertido. Se isso ocorrer, e for comprovado que a totalidade ou parte das mensagens da amostra utilizada são falsas, então as conclusões obtidas também precisarão ser revistas, podendo ser invalidadas. Feita a ressalva, o presente artigo propõe uma discussão jurídica consistente em averiguar, sob o prisma da presunção metodológica de veracidade das conversas publicadas pelo *The Intercept Brasil*, se teria havido, ou não, condutas irregulares praticadas pelos membros da Operação Lava Jato. Em caso afirmativo, é objetivo também compreender de que maneira tais condutas poderiam ser tipificadas a partir do ordenamento brasileiro e se haveria alguma possibilidade de responsabilização.

De acordo com a classificação de Antônio Carlos Gil, o método que proporciona a base lógica de investigação do presente artigo é o hipotético-dedutivo, a partir da técnica de pesquisa observacional. Trata-se de uma pesquisa exploratória, na qual foram empregadas as abordagens analítica-documental e teórico-bibliográfica.[34] Foram selecionados os principais diálogos revelados pelo portal do *The Intercept Brasil* entre 09 e 18 de junho de 2019. No material obtido pelo *The Intercept Brasil* há quase 1 milhão de mensagens, totalizando um arquivo com mais de 30 mil páginas, as quais geraram dezenas de reportagens, por diferentes portais de notícias (Folha de S.Paulo, Veja, *El País*). Desse modo, tal delineamento por amostragem foi feito com o fito de efetuar o recorte temático da pesquisa em prol de sua factibilidade e objetividade, sem embargo da necessidade de pesquisas posteriores sobre o restante do farto material jornalístico existente. Posteriormente, foram

---

33 FOLHA DE S. PAULO. *Preso diz à PF que hackeou mensagens da Lava Jato e as entregou de forma anônima ao Intercept*. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/preso-diz-a-pf--que-hackeou-mensagens-da-lava-jato-e-as-entregou-de-forma-anonima-ao-intercept.shtml. Acesso em: 15 out. 2020.

34 GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 13-26.

ainda selecionadas pelo critério de relevância as mensagens publicizadas pelo Ministro Ricardo Lewandowski.[35]

Ao todo, a amostra compreende um total de sete reportagens divulgadas pelo periódico, somadas às mensagens do relatório apresentado judicialmente (selecionadas a partir do tema das reportagens). Foram destacados os trechos que geraram mais polêmica na imprensa, sendo provavelmente o material mais controverso divulgado até agora (considerando-se que a maior parte das mensagens trocadas e *hackeadas* não foi ainda divulgada). Além disso, ao contrário dos demais, esses diálogos da amostra estão situados em um mesmo contexto na Operação, centradas em sua maior parte nos atores principais da Lava Jato (Sérgio Moro e os procuradores da força tarefa de Curitiba), e suas respectivas atuações no âmbito interno da Operação. A partir da oitava reportagem, o *The Intercept Brasil* alterou um pouco o teor das reportagens, divulgando mensagens travadas em contextos extrínsecos aos processos da Lava Jato, como por exemplo a polêmica do ingresso de Sérgio Moro no governo Bolsonaro,[36] ou ainda, sobre a interferência da Operação na política da Venezuela.[37]

Assim, em primeiro lugar, buscou-se entender o funcionamento básico do sistema processual penal brasileiro, abordando a temática dos sistemas processuais penais inquisitório e acusatório, tidos pela doutrina como dois sistemas ideais e puros que prevaleceram em determinados períodos históricos. Neste ponto, foi importante explicar que ainda que o Código de Processo Penal tenha traços do modelo inquisitório, o sistema processual penal brasileiro é regido pelo princípio acusatório, que carrega consigo fundamentos constitucionais importantes inerentes ao Direito processual, como os princípios da imparcialidade, do contraditório e da paridade de armas.

Feitas estas considerações teóricas, passou-se a analisar, com base no sistema processual penal acusatório, se as condutas identificadas a partir dos diálogos *hackeados* foram regulares ou não. A hipótese inicial de pesquisa foi a de que as ações retratadas

---

35 BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: https://media.folha.uol.com.br/folha/2021/02/01/novas-transcricoes-peticao-ex-presidente-junta-da1-2-2021.pdf. Acesso em: 03 fev. 2021.

36 THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 8: Às vésperas de Moro aceitar convite para o Ministério da Justiça, procuradores do MPF discutiam como ingresso do juiz na política podia legitimar críticas…* Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/29/chats-violacoes-moro-credibilidade-bolsonaro/. Acesso em: 23 jul. 2020.

37 THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 9:* Lava Jato *tramou vazamento de delação para interferir na política da Venezuela após sugestão de Sérgio Moro*. Disponível em: https://theintercept.com/2019/07/07/lava-jato-vazamento-delacao-venezuela/. Acesso em: 23 jul. 2020

nos diálogos, em sua maioria, eram irregulares, uma vez que violariam a Constituição e o Código de Processo Penal brasileiros. Em conclusão, a investigação efetuada permitiu confirmar a hipótese em relação ao total das sete reportagens analisadas. Ou seja, houve condutas irregulares no contexto dos diálogos examinados, uma vez que as práticas reveladas não se enquadram no sistema acusatório, aproximando-se do sistema inquisitivo. Ademais, foi possível concluir, sob o ponto de vista teórico, que essas condutas podem ser enquadradas em ilícitos tipificados no ordenamento jurídico brasileiro nas duas diferentes áreas: administrativa e civil (improbidade).

Por fim, o trabalho se debruçou sobre a temática das provas ilícitas, a fim de responder se os diálogos da "Vaza Jato" poderiam ser admitidos como provas em eventual processamento. Para isso, foram analisadas as disposições legais e as discussões doutrinárias acerca do assunto, principalmente no que se refere à possibilidade de mitigação da inadmissibilidade de provas obtidas em contrariedade ao ordenamento jurídico. Ao fim, concluiu-se que não seria possível tal utilização das mensagens para o fim de eventual responsabilização dos sujeitos envolvidos. Todavia, nada impede que seja realizado um juízo de proporcionalidade para que tais provas possam ser utilizadas para a defesa de réus que tenham sido prejudicados pela atuação parcial de autoridades nos respectivos casos concretos.

## 2 A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS DIÁLOGOS

São vários os elementos que apontam a veracidade dos diálogos divulgados e que dão base para a perspectiva metodológica de presunção de veracidade adotada. Nesse sentido, Giovanni Alessandro Begossi, em um estudo incidente sobre os diálogos vazados, dividiu essas evidências em 4 grandes grupos, quais sejam: (i) a confirmação por diversos veículos de mídia; (ii) a verossimilhança entre os diálogos e os atos processuais; (iii) a ausência de negativa direta e confirmação implícita; e (iv) a inexistência de prova contrária.[38] Ademais, o material oriundo da Operação Spoofing foi periciado.[39]

---

[38] BEGOSSI, Giovanni Alessandro. *Lawfare, pós-democracia e pós-verdade no caso Lula*: análise da potencial violação do direito fundamental ao juiz natural por Sérgio Moro e seus impactos na democracia brasileira à luz dos diálogos divulgados pelo *The Intercept*. Trabalho de conclusão de curso. UFRN, Rio Grande do Norte, 2019, p. 39.

[39] Conforme esclarecido pela decisão proferida pelo Ministro do STF Ricardo Lewandowski: "Do citado relatório consta, também, que: ´Todos os dispositivos arrecadados foram submetidos a exames pelo Serviço de Perícias em Informática do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal, que objetivaram a extração e análise do conteúdo do material, com a elaboração de Laudo Pericial de Informática específico para cada item aprendido'. Atestando a integridade do material periciado, sobretudo a inteireza da respectiva cadeia de custódia, consta, ainda, do referido relatório policial o quanto segue:

Segundo Begossi, após os vazamentos, outros portais de notícias se aliaram ao *The Intercept Brasil*, no intuito de divulgar os materiais obtidos, incluindo-se nesse contexto jornais como a Folha de S.Paulo, *El país* e Veja – alguns deles que por muito tempo foram criticados justamente por defender sistematicamente a Lava Jato. Todos os portais justificaram as razões pelas quais decidiram trabalhar em parceria com o *The Intercept Brasil*, sendo uma delas o fato de que os diálogos aparentavam ser verdadeiros. A Folha, por exemplo, afirma que foi possível concluir que não há indícios de alteração, considerando que vários de seus repórteres acabaram por participar de alguns diálogos, confirmando sua ocorrência.[40] A Veja, por seu turno, divulgou uma carta ao leitor, concluindo pela veracidade das conversas, cujo título foi "Ninguém está acima da lei".[41]

De outro vértice, é possível verificar indícios de veracidade do conteúdo a partir da verossimilhança entre os diálogos e os atos processuais. Essa análise foi realizada pelo *BuzzFeed News*, em um artigo que fez um comparativo das mensagens com alguns casos, concluindo que os documentos coincidem com as orientações de Sérgio Moro aos membros da Lava Jato, no aplicativo Telegram.[42] Ainda, é possível fazer um "cruzamento" dos diálogos com as datas das principais ocorrências, por exemplo, do dia em que o ex-presidente Lula fez um comício, oportunidade que estimulou diversas conversas em grupos internos da Operação.

Ainda, aponta-se que os membros da Operação, em especial Deltan Dallagnol e Sérgio Moro, quando se manifestaram sobre o assunto, não negaram o teor das conversas, mas tentaram justificá-las. Neste viés, Begossi afirma que a estratégia de Moro pode ser resumida nas seguintes justificativas: não lembrar desses diálogos; mesmo que tenham sido parcialmente verdadeiros, dizer que podem ter sido adulterados; mesmo que não tenham sido adulterados, afirmar que não se vislumbra qualquer ilegalidade neles; e ter deletado os diálogos originais, logo não podendo comprovar nem que não ocorreram, nem que foram adulterados.[43]

---

"Dessa forma, qualquer alteração do conteúdo em anexo aos Laudos (remoção, acréscimo, alteração de arquivos ou parte de arquivos), bem como sua substituição por outro com teor diferente, pode ser detectada". (STF - Reclamação 43.007 – DF, em 28 de dezembro de 2020)

40 FOLHA DE S. PAULO. *Série de reportagens da folha explora mensagens obtidas por site The Intercept Brasil*. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/serie-de-reportagens-da-folha--explora-mensagens-obtidas-por-site-the-intercept-brasil.shtml. Acesso em: 02 set. 2020.

41 VEJA. *Carta ao Leitor: Ninguém está acima da lei*. Disponível em: https://veja.abril.com.br/revista-veja/carta-ao-leitor-ninguem-esta-acima-da-lei/. Acesso em: 02 set. 2020.

42 BUZZFEED NEWS. *Documentos mostram que atos da Lava Jato coincidiram com orientações de Moro no Telegram*. Disponível em: https://www.buzzfeed.com/br/gracilianorocha/moro-deltan-telegram. Acesso em: 02 set. 2020.

43 BEGOSSI, Giovanni Alessandro. *Lawfare, pós-democracia e pós-verdade no caso Lula:… Op. cit.,* p. 40.

Repise-se que Moro chegou a ir a uma audiência na Comissão de Constituição de Justiça, em 16 de junho de 2019, quando utilizou por diversas vezes a expressão "*hackers* criminosos", insistindo na tese de que as mensagens foram obtidas de maneira ilícita, afirmando, ademais, não ver nada de relevante no conteúdo. Em uma perspectiva lógica, a contrário senso, confirmou sua veracidade, pois se não fosse verdadeiro o conteúdo, não haveria o crime sugerido.

Da mesma forma, o procurador da força tarefa, Deltan Dallagnol, ratificou a veracidade dos diálogos, quando em entrevista à BBC Brasil, afirmou: "A gente foi *hackeado*, eles têm mensagens verdadeiras. Eu não posso atestar que tudo lá seja verdade, mas existe".[44] Além disso, em outra entrevista, concedida ao portal de notícias da UOL, o procurador admitiu que "o que o episódio Intercept ensinou é que não dá para confiar em mensagens roubadas por criminosos sem avaliar informações e evidências independentes no mundo real". O procurador afirma, ainda, que "na época, foram apontadas supostas irregularidades que, se existissem, seriam detectadas nos processos e eles seriam anulados". E continua: "todos os atos praticados nos processos estão embasados e são avaliados por outras três instâncias independentes".[45] Ou seja, não negou a veracidade, mas tão somente defendeu a legitimidade das decisões tomadas. Aliás, este é um argumento recorrente, em que pese pouco relevante para o fim de afirmar a veracidade ou não dos diálogos.

Na defesa do seu comportamento os agentes da Lava Jato têm insistido no fato de que as decisões, em regra, são mantidas pelas instâncias superiores. Como se os vícios das instâncias inferiores não pudessem ser replicados e convalidados em um processo corporativo que não se restringe apenas a uma instância do Judiciário.[46] A Lava Jato é mais do que os agentes subjetivamente considerados. Ela é uma estrutura sustentada por seus representantes em todas as instâncias. Ademais, é reforçada pelo apoio associativo (como o incondicional e ostensivo apoio da AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil). Conforme esclarece Fabiana Rodrigues "a ação estratégica do TRF4, sinal claro de forte sintonia entre o tribunal e o juiz do caso, permitiu que os processos da 13ª Vara recebessem tratamento diferenciado dos demais casos de corrupção que circulam pelos balcões da Justiça Federal".[47]

---

44 NOTICIAS UOL. *De "notícia falsa" a defesa de atos: Lava Jato mudou reação a vazamentos*. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/11/06/forca-tarefa-lava-jato-respostas--mensagens-vazadas-mudanca.htm?cmpid=copiaecola/. Acesso em: 17 jul. 2020.

45 NOTICIAS UOL. *Até Dallagnol admite: fatos da Vaza Jato são causa de nulidade de processos*. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/07/07/ate-dallagnol-admite-fatos--da-vaza-jato-sao-causa-de-nulidade-de-processos.htm. Acesso em: 02 set. 2020.

46 RODRIGUES, Fabiana Alves. Lava Jato:... *Op. cit*., p. 97.

47 RODRIGUES, Fabiana Alves. Lava Jato:... *Op. cit*., p. 240.

Sendo assim, diante dos indícios apontados acima, toma-se como premissa a presunção de veracidade dos diálogos divulgados pelo *The Intercept Brasil*, para a análise jurídica aqui posta. Repita-se que, por hipótese, é possível sugerir que algo das gravações seja futuramente desconstituído. Se isso ocorrer, e for comprovado que a totalidade ou parte das mensagens da amostra utilizada são falsas, então as conclusões obtidas também precisarão ser revistas.

## 3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: INQUISITÓRIO OU ACUSATÓRIO?

É natural que nas épocas em que a sociedade se veja ameaçada pela criminalidade, o Estado estabeleça um certo recrudescimento das penas, e regras menos flexíveis no processo penal, funcionando a estrutura do sistema penal como um verdadeiro termômetro dos elementos democráticos e autoritários do ordenamento jurídico.[48] Com o objetivo de facilitar o estudo da disciplina, a literatura jurídica reconhece que existiram, no decorrer da história, dois sistemas processuais penais distintos, com características opostas: um com regras mais flexíveis e mais garantias, chamado de sistema acusatório, e outro com regras mais inflexíveis e rígidas, chamado de sistema inquisitório.

Importante frisar que a doutrina não concebe uma linearidade de desenvolvimento dos sistemas inquisitório e acusatório. Trata-se apenas de arquétipos utilizados para descrever dois tipos ideais e puros de sistemas processuais penais, dotados de características distintas e opostas, que surgiram e prevaleceram em graus durante determinados períodos históricos.[49] Assim, no plano teórico, a dicotomia acusatório/inquisitório serve como uma ferramenta para designar uma dúplice alternativa, em relação a dois modelos de organização judiciária e, por consequência, duas figuras de juiz, bem como dois métodos de investigação processual e, portanto, dois tipos de juízo.[50]

A doutrina penal identifica reminiscências simbólicas do sistema acusatório nos sistemas grego e romano – quando este se identificou notadamente por meio da participação direta do povo no exercício da acusação. O processo penal grego dos séculos VI ao IV a.C., corresponderia, de acordo com Salah Khaled Jr., ao sistema acusatório puro, pois

---

48 LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 44.

49 VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. O "Sistema Acusatório" do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: *Revista Direito Estado e Sociedade*, n. 47, jul.-dez., 2016.

50 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 452.

qualquer cidadão poderia formular uma acusação perante o órgão competente.[51] Trata-se, de acordo com o autor, de um procedimento estruturado a partir da argumentação baseada em um aspecto dialogal, pela supremacia do contraditório.

Em contrapartida, o sistema romano pretoriano, no que tange ao sistema processual penal adotado, teve como grande influência a forma de organização política, oscilando entre o sistema acusatório e o procedimento inquisitório. A partir da *cognitio* praticada durante a Monarquia – em que prevaleciam características inquisitoriais – chegou-se ao sistema acusatório (*acusatio*) no período da República Romana.[52] Desse modo, analogamente ao sistema grego, surgiu no contexto romano um processo com características acusatórias, no qual a acusação poderia ser assumida por qualquer cidadão. Em certo período da Idade Média do continente europeu, todavia, ganha destaque o sistema inquisitório, notadamente a partir do século XII, com base nos trabalhos dos juristas da Universidade de Bolonha.[53]

Estes paradigmas jurídicos históricos a respeito do tema são mencionados apenas a título de ilustração comparativa. Atualmente, em regra, a doutrina aponta como principais características do sistema inquisitório: a concentração das funções de acusar e julgar, juiz ativo e inquisidor, limitação ao contraditório, prisão do acusado durante o processo, que era tido como objeto das investigações, e a busca da verdade real.

Com o avanço do Iluminismo e dos ideais humanitários, o sistema inquisitorial começou a perder força, tendo em vista a repercussão dos novos postulados de valorização das pessoas. De acordo com Aury Lopes Jr., o sistema inquisitório foi desacreditado por incidir no erro psicológico de crer que uma pessoa pode exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.[54] Destarte, esse sistema foi extinto com a promulgação do Código de Processo Penal francês, em 1808, que inaugurou um "sistema misto" – pois o código previa um sistema que compartilharia de características de ambos os sistemas (acusatório e inquisitório).

Para o fundador do movimento garantista, Luigi Ferrajoli, o Código Napoleônico deu vida a um monstro, que nasceu da junção entre os processos acusatório e inquisitório,

---

51 KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522479900/. Acesso em: 16 ago. 2020.

52 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

53 CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. *Revista da Faculdade de Direito UFPR.* v. 42, 2005.

54 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal. Op. cit.*, p. 47.

que foi denominado como processo misto, tendo em vista a prevalência inquisitória na primeira fase, caracterizada pela ausência de contraditório, e a tendência acusatória na fase seguinte, caracterizada pelo contraditório público e oral.[55] Vale frisar, contudo, que a denominação "sistema misto" não é unânime na doutrina. Para Aury Lopes Jr., por exemplo, a classificação do sistema misto peca por insuficiência de alguns aspectos, dentre os quais destaca-se: primeiro, que os sistemas realmente puros seriam tipos ideais oriundos da caracterização histórica, portanto, sem correspondência com os modelos reais atuais; segundo, porque a separação das atividades de acusar e julgar não seria o núcleo fundante dos sistemas, e por si só, seria insuficiente para a caracterização do modelo acusatório.[56] Todavia, este segundo argumento não é pertinente ao sistema civilista que, efetivamente, passou a ter na separação entre a atividade de julgar e acusar uma de suas premissas básicas a partir do advento do racionalismo moderno e, particularmente, do modelo de Estado de Direito consagrado no século XX.

A acusatoriedade se ampara, dentre outras características, pela separação formal entre as funções de acusar e julgar. Desse modo, conforme ensina Jacinto Coutinho,[57] essa separação passa pela divisão do sistema acusatório em dois princípios determinantes para a gestão probatória no processo: o princípio dispositivo e o princípio inquisitivo. Assim, o amparo do modelo acusatório se dá através do princípio dispositivo, isto é, o que estabelece que o juiz deve ser mero espectador na relação processual.

A partir disso, cumpre mencionar que a jurisprudência brasileira costuma entender que o Brasil adotou o sistema processual acusatório. No julgamento do RHC nº 120.379, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que "o sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, da formação do *opinio delicti*, separando a função de acusar daquela de julgar".[58] Já para juristas como Ada Grinover, o sistema processual brasileiro adotou o modelo acusatório, dado que: 1) em regra, os atos praticados em investigação preliminar não podem ser considerados provas; 2) a jurisdição não pode ser iniciada de ofício; e, 3) o processo deve transcorrer em contraditório pleno diante de juiz natural.[59]

---

55 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:... Op. cit.*, p. 452.

56 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal. Op. cit.,* p. 50-51.

57 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, v. 30, 1998, p. 165-167.

58 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RHC 120379*, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014.

59 GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 78.

No julgamento da ADI nº 4414/2013, o STF defendeu que o conceito da acusatoriedade é "equívoco na doutrina brasileira", mas seus contornos são imposição constitucional, com base no artigo 129, inciso I, e da norma do *due process of law* (art. 5º, LIV, da Constituição). Assim, a decisão afirma que "a separação entre as funções de acusar, defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal" utilizando-se, para tanto, da doutrina de Luigi Ferrajoli.[60]

Corroborando esse entendimento, o STF definiu, quando do julgamento do HC nº 88875/2010, que o sistema jurídico vigente no Brasil é de natureza acusatória em sua estrutura formal, em razão da imposição democrática e constitucional. Assim, afirma-se a "natureza dialógica" do processo penal acusatório, o que parece consolidar a importância máxima do contraditório para o respeito de direitos fundamentais na persecução penal.[61]

Em que pese a doutrina majoritária e a jurisprudência do STF reconheçam a acusatoriedade do sistema processual penal brasileiro, há doutrinadores que apontam que a cultura inquisitória ainda vige no Código de Processo Penal. Nessa conjuntura, Marco Aurélio Nunes da Silveira afirma que o CPP brasileiro surgiu durante o período Vargas, de modo que o resultado foi um código que representava os ideais políticos do Estado Novo, declaradamente autoritários e fundados num pretenso pensamento "popular democrático". Para Silveira, essa cultura inquisitória produz evidentes efeitos até os dias de hoje, em que pese a moderação do modelo operada em sucessivas reformas, especialmente após a CF de 1988.[62]

No entanto, independentemente das práticas jurídicas e das inspirações históricas, é cediço que a Constituição, no plano do dever ser, deixou nítida sua preferência pelo sistema acusatório, conferindo a função privativa ao Ministério Público de promover a ação penal pública (art. 129, inciso I), e instituindo garantias processuais importantes, dentre as quais se destacam os princípios do contraditório, ampla defesa, paridade de armas, imparcialidade e do devido processo legal. Assim, ainda que se aceite que o Código de Processo Penal possa ter sido constituído em um momento originário com um caráter inquisitório, é possível concluir que as alterações impostas pela Constituição, bem como a interpretação da jurisprudência, em especial do STF, consagram a construção de um modelo eminentemente acusatório. Logo, as práticas contrárias a essa filtragem constitucional do CPP tendem a se demonstrar inquisitórias e, portanto, inconstitucionais.

---

60 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 4414*, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2012.

61 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC 88875*, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010.

62 SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. *Revista EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264-275, jan.-fev. 2015.

## 4 ANÁLISE DA REGULARIDADE DOS DIÁLOGOS VAZADOS PELO *THE INTERCEPT BRASIL*

Conforme visto no tópico anterior, a Constituição de 1988 estabeleceu o sistema acusatório no processo penal, no qual as figuras do acusador e do julgador não devem se misturar. Nesse modelo, compete ao magistrado analisar de maneira imparcial as alegações das partes e as provas, sem qualquer interesse no resultado da ação. Ao Ministério Público, por outro lado, compete a função de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Por isso pode, em muitos casos, representar o polo acusatório em ação judicial, nos casos em que considere tal proceder fundamental para a preservação dos interesses sociais. Essa atuação, contudo, deve se pautar pela isonomia, característica da sua função institucional.

Uma das questões controversas na doutrina brasileira acerca dos sistemas processuais penais é a possibilidade ou não de iniciativa probatória do julgador e sua relação com a configuração do sistema acusatório. Sem admitir a prevalência do sistema inquisitório, alguns autores procuram um resultado misto, aceitando algumas características *ad hoc* do inquisitório, flexibilizando o sistema acusatório por intermédio de uma hermenêutica antigarantista.[63]

A postura do juiz ativo (um exemplo de *mix* entre acusatório e inquisitório), no entanto, é problemática, mesmo que possa ser admitida em alguns casos. Afinal: (i) já existe um órgão público oficial de acusação; (ii) a postura ativa do juiz viola o princípio constitucional da paridade de armas. Ainda que admitida, a ausência de um regramento específico que pudesse estabelecer previamente as condições, limites e possibilidades de alguma atuação judicial criminal ativa torna perigoso e arriscado este modelo misto proposto.

Desse modo, tendo por base o processo acusatório e os demais princípios que são inerentes (imparcialidade, contraditório, paridade de armas, etc.), a hipótese da qual partiu este artigo foi de que os agentes da Operação Lava Jato atuaram de forma irregular, conforme demonstram os diálogos vazados pelo *The Intercept Brasil*. Nestes termos, as reportagens parecem apontar claramente que o sistema processual penal adotado pelos membros da Operação Lava Jato não se enquadra no sistema acusatório, aproximando-se, na verdade, do sistema inquisitório. A tentativa hermenêutica de se trazer elementos inquisitórios para serem enxertados no sistema acusatório não possui respaldo no sistema constitucional brasileiro – e ainda que fosse, não poderia ser aplicada sem prévia disposição legal regulatória.

---

63 Guilherme de Souza Nucci é exemplo de autor que defende este resultado misto. Cf.: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104-105.

Destaca-se, contudo, que na amostra selecionada há centenas de mensagens. Por isso, para obter um melhor recorte metodológico, optou-se por investigar apenas os diálogos que, *prima facie*, poderiam significar uma afronta ao sistema acusatório. Foram excluídas as mensagens de conteúdo irrelevante ao tema e apenas considerados na análise os trechos pelos quais seria possível exemplificar a existência de irregularidades. Para tanto, os excertos foram divididos em duas situações fáticas previamente delimitadas: (i) quando juiz e Ministério Público atuaram coordenadamente, como se fossem aliados ligados pelo mesmo escopo; (ii) quando os membros da Lava Jato demonstraram atuar com motivações políticas.

## 4.1 Atuação coordenada entre juiz e Ministério Público

Como já foi dito, o sistema acusatório tem como núcleo fundante as separações das funções de acusar e julgar, motivo pelo qual promotor e juiz devem sempre atuar de forma equidistante. O réu tem, portanto, o direito de ser processado e julgado por juiz que atue de forma justa e imparcial. A atuação conjunta entre órgão acusador e o órgão julgador se verifica como uma afronta direta ao sistema processual acusatório, uma vez que a postura do juiz ativo, consoante mencionado, viola o princípio constitucional da paridade de armas, e abre brechas para potencialidades autoritárias e violações à imparcialidade da decisão. Não há como se flexibilizar a característica essencial do sistema acusatório sem implodi-lo como um todo.

O primeiro caso a ser citado, que demonstra essa atuação irregular, é o de um processo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. O contexto fático teria ocorrido no dia 14 de setembro de 2016, quando o MPF apresentou denúncia contra Lula (caso do Triplex de Guarujá), no famoso episódio do *PowerPoint* – denúncia esta que, mais tarde, teria levado à prisão do ex-presidente. De acordo com a parte 03 da série de vazamentos intitulada "As mensagens secretas da Lava Jato", o procurador da Lava Jato, Deltan Dallagnol, teria confessado para o Juiz Sérgio Moro que utilizaria provas "indiretas" na denúncia do ex-presidente. O procurador tinha medo de que a utilização de um mecanismo probatório indireto pudesse atrair críticas e a acusação de simples ausência de provas. A resposta do magistrado para esta consideração foi: "*Definitivamente, as críticas à exposição de vcs são desproporcionais. Siga firme*".[64]

[64] THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 3: Exclusivo: Deltan Dallagnol duvidava das provas contra Lula e de propina da Petrobras horas antes da denúncia do triplex.* Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/09/dallagnol-duvidas-triplex-lula-telegram-petrobras/. Acesso em: 03 jul. 2020.

Essa mensagem, quando liberada, causou uma verdadeira turbulência na imprensa, pois, embora seja curta, revela que o magistrado emitiu um juízo prévio sobre o recebimento da denúncia, além de ter se manifestado acerca da suficiência das provas contra um réu – o que é algo irregular. Esse diálogo demonstra, portanto, a existência de um espírito de colaboração do juiz para com o Ministério Público, conduta esta que é incompatível com o sistema acusatório, que pressupõe a equidistância do magistrado em relação às partes.

Para além do diálogo supracitado, o *The Intercept Brasil* revelou também oportunidades distintas em que o ex-juiz teria agido em conjunto com o Ministério Público. Cita-se, nesse contexto, as conversas divulgadas nas partes 04 e 05 da série, quando Sérgio Moro indicou uma testemunha, que claramente iria fortalecer um caso penal contra um réu que iria julgar. Moro enviou, no dia 07/12/2015, a seguinte mensagem ao procurador Deltan Dallagnol:

> Moro – 17:42:56 – Entao. Seguinte. Fonte me informou que a pessoa do contato estaria incomodado por ter sido a ela solicitada a lavratura de minutas de escrituras para transferências de propriedade de um dos filhos do ex Presidente. Aparentemente a pessoa estaria disposta a prestar a informação. Estou entao repassando. A fonte é seria.[65]

Já na parte 06 da série divulgada, o juiz Sérgio Moro auxiliou o Ministério Público a definir a sua estratégia de atuação midiática, fazendo, inclusive, a utilização de linguagem depreciativa em relação a réus da operação. Isso ocorreu no dia 10 de maio de 2017, quando o ex-presidente Lula fez um comício, declarando o interesse em se candidatar à presidência nas eleições de 2018. Naquela noite, Moro sugeriu a Santos Lima, membro da força-tarefa da Lava Jato no MPF, a publicação de uma nota explorando contradições do depoimento de Lula:

> Moro – 22:12 – Talvez vcs devessem amanhã editar uma nota esclarecendo as contradições do depoimento com o resto das provas ou com o depoimento anterior dele
>
> Moro – 22:13 – Por que a Defesa já fez o showzinho dela.[66]

---

65 THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 5: Leia os diálogos de Sergio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept.* Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/. Acesso em: 03 jul. 2020.

66 THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 6: Leia os diálogos de Sérgio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept*. Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquan-

Além dos diálogos supracitados, houve outras oportunidades em que o então juiz Sérgio Moro atuou em conjunto com o Ministério Público: (i) sugerindo aos procuradores da Lava Jato que trocassem a ordem de fases da operação; (ii) cobrando agilidade em novas operações; e (iii) dando conselhos estratégicos e pistas informais de investigação.[67]

Por outro lado, no que tange às conversas divulgadas recentemente pelo Ministro Ricardo Lewandowski, há também demonstrações inequívocas da atuação conjunta do juiz da Operação Lava Jato com os procuradores e membros da força tarefa. Nesse sentido, pode-se citar, por exemplo, o diálogo ocorrido no dia 19 de maio de 2017, quando o ex-juiz Sérgio Moro pede ao procurador Deltan Dallagnol que junte uma manifestação nos autos, uma vez que precisa disso para dar prosseguimento ao processo:

> Moro – 14:45:46 – Preciso de manifestação do MPF quanto a testemunhas no 501560857 com certa urgência
>
> Deltan – 15:06:33 – Vai hoje nossa manifestação.[68]

E não foi só nessa ocasião, uma vez que, dois anos antes desse episódio, em 17 de dezembro de 2015, Moro mandou uma mensagem para Dallagnol, requerendo uma manifestação no pedido da prisão preventiva de Bumlai, até às 12:00h. Em resposta, Dallagnol confirma que seria feita a manifestação, e complementa enviando algumas decisões que ele considerava "boas para mencionar quando precisa prender alguém":

> 11:33:20 – Moro – Preciso manifestação mpf no pedido de revigacao da preventiva do bmlai ate amanhã meio dia.
>
> 11:37:00 – Deltan – Ok, será feito. Seguem algumas decisões boas para mencionar quando precisar prender alguém... pena que parece que quem emitiu a decisão anda meio estranho:[69]

---

to-julgava-lula-sugeriu-a-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contra-a-defesa-eles-acataram-e-pautaram--a-imprensa/. Acesso em: 23 dez. 2020.

67 THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 4: Exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sérgio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato.* Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/09/chat--moro-deltan-telegram-lava-jato/. Acesso em: 03 jul. 2020.

68 BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: https://media.folha.uol.com.br/folha/2021/02/01/novas-transcricoes-peticao-ex-presidente-junta-da1-2-2021.pdf. Acesso em: 03 fev. 2021.

69 BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Op. cit*.

Sem qualquer pretensão de esgotar o conteúdo dos diálogos divulgados recentemente pelo STF, cumpre mencionar outras oportunidades em que houve essa atuação irregular, quando: (i) o ex-juiz pediu urgência para que o MPF se manifestasse no processo, em razão da PF, e o procurador atende seu pedido;[70] (ii) os procuradores demonstraram que não haveria como prosseguir com as denúncias, sem combinar antes com Moro;[71] (iii) os diálogos entre procuradores revelam que havia uma rotina de manter o ex-juiz Moro informado (destaca-se que o próprio perito que realizou a análise das mensagens constantes no documento com sigilo levantado na Reclamação 43007 informou que alguns procuradores se referiam ao ex-juiz Sérgio Moro pelo codinome "Russo");[72] (iv) o procurador Deltan Dallagnol pede aos demais procuradores para que enviem seus assuntos para reunião com Moro que estejam pendentes;[73] (v) o procurador Deltan Dallagnol pede o número de um processo a outro procurador, para que Moro possa analisar se usaria ou não.[74]

---

70 "16:17:02 Moro Pf pede urgência na manifestação no 505080862;
16:17:18 Deltan ok;
21:47:08 Foi protocolada" (BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S. Paulo*. *Op. cit*.).

71 "12:46:04 Roberson MPF Estávamos eu, Julio, Jerusa e Andrey para dar um gás total para sair às denúncia de lavagem na segunda. Mas frente aos acontecimentos ponderamos que tvz o melhor seja trabalhar na próxima semana e feriado para que essa denúncia fique 100% para a semana após a Páscoa. O que acham? Creio que estamos todos de acordo que com toda a bagunça não seria uma boa propor na segunda ou terça, ainda mais sem combinar com o PGR e o Russo. Por outro lado penso que também não podemos esperar demais, que será muito arriscado esperar uma decisão do pleno do STF. Até pq uma denúncia forte no primeiro grau pode fortalecer a posição dos ministros que querem quero caso do Lils permaneça no primeiro grau" (BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S.Paulo. Op. cit*.).

72 "15:26:07 Deltan Vc vem? Qual é a pauta?
15:30:53 Estou em São Paulo. Ia falar das colaborações e leniências, bem como ver as questões sobre as novas operações. Nada muito especial, mas cumprindo uma rotina de manter o russo informado, bem como atento aos humores dele. Fica para depois" (BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S.Paulo*. *Op. cit*.).

73 "20:29:35 Deltan Caros, enviem por favor assuntos para reunião com russo que estejam pendentes" (BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S.Paulo. Op. cit*.).

74 "10:08:49 Deltan Robinho o pedido do Pace do Palocci já foi protocolado? Tem o número? Para que o russo possa analisar se usa ou não" (BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S.Paulo. Op. cit*.).

Portanto, todas essas condutas acima mencionadas revelam que o juiz atuava de forma conjunta com o Ministério Público, como se dele fosse parte. Ocorre que essa atuação coordenada entre o juiz e o Ministério Público por fora do rito do processo judicial é incompatível com o sistema processual acusatório e, ademais, fere o princípio da imparcialidade previsto na Constituição (art. 5º, LIII) e no Código de Ética da Magistratura (art. 9º), bem como o princípio da paridade de armas. Sobre o tema, vale mencionar a lição de Eugênio Zaffaroni, que afirma que a imparcialidade é a essência da jurisdicionariedade.[75]

Nada obstante, alguns juristas entrevistados para falar sobre os vazamentos do *The Intercept Brasil* defenderam a Lava Jato no contexto das revelações realizadas, afirmando que a proximidade entre procuradores e juízes é normal no Brasil, embora seja imoral. A constitucionalista Vera Chemim, por exemplo, entende que Dallagnol e Moro se mostraram preocupados em "fazer a coisa certa", afirmando que não viu na troca de mensagens nada de comprometedor, ou seja, nada que pudesse constatar a parcialidade do juiz.[76]

A dinâmica dos processos às vezes acaba, realmente, por gerar conversas entre o juiz, os advogados e os membros do Ministério Público. Essa prática é comum no Direito comparado e também no brasileiro, sendo inclusive prevista como direito da parte no Estatuto dos Advogados.[77] No entanto, não é admissível que o magistrado da causa emita juízos prévios sobre os casos, tampouco que aconselhe as partes unilateralmente, pois essas condutas, além de comumente reprovadas pelo Direito constitucional em nível comparado, tem vedação expressa no artigo 254 do Código de Processo Penal brasileiro. O desconhecimento da diferença entre dois comportamentos significativamente distintos, pelos operadores do Direito citados, é algo perturbador; sua normalização é algo ainda mais grave – notadamente porque cabe aos órgãos de controle ter um comportamento cuja integridade seja ainda mais rigorosa que a de seus controlados.

Instado a se manifestar sobre os vazamentos dos diálogos, Lênio Streck enfatizou que de acordo com a Constituição de 1988, o processo penal brasileiro é acusatório, no entanto, na prática ele se demonstra inquisitivo. Segundo Streck, o juiz acaba sendo protagonista do processo, agindo de ofício, ou seja, sem ser provocado por uma das partes, e buscando provas, o que faz com que o Ministério Público, também com postura inquisitiva,

---

75 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder judiciário*: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 86 e 91.

76 VEJA. *Juristas divergem sobre a imparcialidade de Moro.* Disponível em: https://veja.abril.com.br/politica/juristas-divergem-sobre-imparcialidade-de-moro/. Acesso em: 28 out. 2020.

77 Lei nº 8.906/94, art. 7º – São direitos do advogado: [...] VIII – dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada; [...].

acabe encontrando um aliado estratégico no juiz. Para o autor, este é um problema anterior, de que a Lava Jato é um sintoma.[78] De todo modo, se a constatação de que a consolidação usual de uma prática irregular pudesse ser argumento válido para o reconhecimento da normalidade da atuação do juiz em conluio com o promotor, do ponto de vista lógico, nada impediria que também certos atos corruptivos do Executivo, que ocorrem diuturnamente, pudessem ser normalizados pelo costume. Mas não são, pois este é um argumento que tem sido incapaz de afastar a culpabilidade em casos de improbidade. Então, qual seria o critério objetivo para a normalização de irregularidades pelo costume? Não existe. E se não há como se estabelecer um padrão objetivo prévio de regulação desta tese "do costume normal", muito menos seria possível utilizá-la seletivamente, conforme a conveniência subjetiva da autoridade intérprete.

Práticas reiteradas contrárias ao ordenamento não se normalizam apenas pelo costume ou seu caráter usual – e esta proposição deve valer tanto para as condutas imorais do Executivo e Legislativo quanto para as condutas antiéticas do Judiciário. Ao contrário da linguagem popular, "ladrão que rouba ladrão *não* pode ter cem anos de perdão" na dogmática constitucional brasileira. E, ademais, órgãos de controle precisam ser duplamente rigorosos em seu comportamento – pois o nível de exigência ética que lhes recai é ainda superior ao das demais autoridades públicas.

Assim, a conclusão é que, sob o ponto de vista legal, as condutas inferidas da amostra de mensagens trocadas demonstram uma aproximação irregular entre o Estado-juiz e Estado-acusador. Destaca-se a manifestação do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, para quem "não restam dúvidas de que o Juiz Sérgio Moro atuou como verdadeiro Chefe da força-tarefa de Curitiba". Ademais, comenta o Ministro que em diversos momentos Moro acabou por direcionar a produção probatória nas ações penais, além de aconselhar a acusação. Ainda, o jurista complementa afirmando que "quem acha que isso é normal, certamente não está lendo a Constituição e nem o nosso Código de Processo Penal".[79] No mesmo sentido são as conclusões de Fabiana Rodrigues, ao demonstrar a incidência de uma evidente ação estratégica da Lava Jato na condução dos casos e no uso das ferramentas processuais.[80] As mensagens trocadas, portanto, possuem correspondência e respaldo nas ações irregulares efetivamente realizadas.

---

78 THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 4: Exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sergio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato. Op. cit.*

79 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 166.373*, Rel. Ministro Edson Fachin. Voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido em 02.10.2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/leia--voto-gilmar-ordem-alegacoes-finais.pdf. Acesso em: 19 out. 2020.

80 RODRIGUES, Fabiana Alves. Lava Jato:... *Op. cit*., p. 115 e ss.

De fato, segundo Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior, há uma dificuldade para que as ciências penais dialoguem com a Constituição e recebam seus influxos, de modo que muito frequentemente os preceitos constitucionais são desconsiderados para a solução de casos concretos. Para o autor, as razões para isso decorrem de uma ideologia de que o Direito penal é leniente e que o Direito processual penal somente obstaculiza a realização dos fins daquele, que é combater a criminalidade.[81] O discurso ostensivo da Lava Jato, compartilhado igualmente entre juízes e promotores, sempre caminhou nesta direção.

Portanto, é factível concluir que as condutas do então juiz Sérgio Moro e dos referidos procuradores do Ministério Público Federal, membros da Operação Lava Jato, são irregulares. Isso porque, repise-se, o Brasil adotou o sistema processual acusatório, que pressupõe a separação das funções de julgar e acusar e, ainda, a equidistância entre as partes, de modo que as condutas inferidas demonstram a violação de garantias constitucionais essenciais no Estado Democrático de Direito brasileiro.

## 4.2 Motivações políticas

Para além da atuação coordenada entre magistrado e Ministério Público, que por si só já caracteriza uma situação irregular, ficou claro, a partir dos diálogos vazados pelo *The Intercept Brasil* e pelo *relatório divulgado pelo STF*, que tanto Sérgio Moro quanto os procuradores da força-tarefa de Curitiba, teriam operado muitas vezes com motivações políticas e ideológicas. Neste ponto, é preciso ressaltar que a atuação dos membros do Poder Judiciário e do MP deve ser sempre guiada de forma impessoal.

Aprovado em 2008 pelo Conselho Nacional de Justiça, o Código de Ética da Magistratura estabelece, em seu artigo primeiro, que os magistrados devem atuar norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade e do segredo profissional. O capítulo 3 do Código, que trata somente sobre a imparcialidade, afirma, no artigo oitavo, que magistrado imparcial: "é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito". O artigo nono estabelece que o juiz, "no desempenho de sua atividade, cum-

[81] ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro. A legalidade penal constitucionalmente filtrada: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2020, v. 11, n. 21, p. 167-197, ago.-dez., 2019, p. 167.

pre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação".[82]

O Ministério Público, da mesma forma, deve buscar sempre a defesa da ordem jurídica e dos interesses coletivos e sociais, nunca interesses individuais. Sobre o tema, Eugênio Pacelli afirma que o Ministério Público, enquanto órgão do Estado e integrante do Poder Público, tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas da ordem jurídica, o que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante da jurisdição penal.[83]

O Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento do HC 114093, estabeleceu que o princípio do promotor natural visa assegurar a imparcialidade na atuação do Ministério Público tanto em favor da sociedade quanto do acusado. Assim, ele afirma que o objetivo do princípio é evitar indicações casuísticas ou retiradas arbitrárias de promotores em casos importantes de forma a orientar o resultado de determinadas ações.[84] Neste viés, tanto juiz quanto Ministério Público devem atuar de maneira impessoal. Portanto, não podem operar segundo seus interesses particulares, sejam eles de cunho moral, ideológico, político ou partidário, mas sim de acordo com o interesse público. No entanto, os diálogos divulgados demonstram diversas oportunidades em que os membros da Operação Lava Jato teriam atuado com motivações políticas e partidárias, algumas delas discriminatórias (como quando se referiam de forma sarcástica a Lula como o "nove", em referência pessoal à mão do ex-presidente).

Nesse contexto, cita-se a parte 07 da série de reportagens, quando o *The Intercept Brasil* divulgou um diálogo, novamente travado entre Sérgio Moro e o procurador Deltan Dallagnol, que revelou que o ex-juiz discordou de investigações sobre o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB) na Lava Jato, pois, em suas palavras não queria "melindrar alguém cujo apoio é importante".[85] Vale evidenciar que até então FHC já havia

---

82 BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Código de Ética da Magistratura Nacional*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf. Acesso em: 01 jul. 2020.

83 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 369.

84 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC 114093*, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 03/10/2017.

85 THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 7: Lava Jato fingiu investigar FHC apenas para criar percepção pública de 'imparcialidade', mas Moro repreendeu: 'Melindra alguém cujo apoio é importante'.* Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/18/lava-jato-fingiu-investigar-fhc-apenas-para-criar-percepcao--publica-de-imparcialidade-mas-moro-repreendeu-melindra-alguem-cujo-apoio-e-importante/. Acesso em: 03 jul. 2020.

sido citado na Lava Jato por pelo menos nove vezes como envolvido em alguma possível irregularidade.

Outras mensagens divulgadas revelam que Sérgio Moro tinha dúvidas sobre as provas apresentadas pelo ex-Ministro Antonio Palocci em sua delação premiada. As mensagens publicadas em parceria com o jornal Folha de S.Paulo sugerem que Moro achava a delação relevante por representar uma quebra dos vínculos que uniam o PT desde o início das investigações. O procurador Paulo Roberto Galvão afirmou, em um grupo de Telegram, que "Russo [Moro] comentou que embora seja difícil provar, ele [Palocci] é o único que quebrou a omerta petista", associando os petistas à *Omertà*, o código de honra da máfia italiana.[86]

Na parte 02 das reportagens divulgadas pelo *The Intercept Brasil* evidencia-se mais uma vez a atuação da operação com motivações políticas e partidárias, dessa vez pelo lado do Ministério Público. Essas conversas teriam sido travadas no contexto de quando o Ministro Ricardo Lewandowski autorizou uma entrevista do ex-presidente Lula, que naquela oportunidade estava preso. Os diálogos demonstram revolta por parte dos procuradores da Lava Jato com o teor da decisão. A procuradora Laura Tessler, por exemplo, afirma: "Que piada!!! Revoltante!!! Lá vai o cara fazer palanque na cadeia. Um verdadeiro circo". Em seguida, uma outra procuradora, Isabel Groba, respondeu: "Mafiosos!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!". Mais tarde, a mesma procuradora Tessler deixou explícito a verdadeira preocupação dos procuradores: "sei lá… mas uma coletiva antes do segundo turno pode eleger o Haddad".[87]

Nesse mesmo dia, enquanto essas mensagens eram trocadas no grupo da Lava Jato, o procurador Deltan Dallagnol teria conversado com uma amiga identificada no seu Telegram como "Carol PGR". No diálogo, Dallagnol lamenta a possibilidade de Lula ser entrevistado antes das eleições e os dois estavam expressamente de acordo que o objetivo principal era impedir o retorno do PT à presidência. Então, concordaram que rezariam para que isso não ocorresse:

> Carol PGR – 11:24:06 ando muito preocupada com uma possivel volta do PT, mas tenho rezado muito para Deus iluminar nossa população para que um milagre nos salve

---

86 VEJA. *Diálogos: Moro achou delação de Palocci sobre Lula 'difícil de provar'*. Disponível em: https://veja.abril.com.br/politica/dialogos-moro-achou-delacao-de-palocci-sobre-lula-dificil-de-provar/. Acesso em: 03 jul. 2020.

87 THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 2: Exclusivo: Procuradores da Lava Jato tramaram em segredo para impedir entrevista de Lula antes das eleições por medo de que ajudasse a 'eleger o Haddad'*. Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/09/procuradores-tramaram-impedir-entrevista-lula/. Acesso em: 03 jul. 2020.

Deltan Dallagnol – 13:34:22 Valeu Carol!

13:34:27 Reza sim

13:34:32 Precisamos como país.[88]

E as conversas seguiram por horas, demonstrando preocupação dos procuradores da Lava Jato com a "volta do PT".

Um outro diálogo travado entre integrantes da força-tarefa em Curitiba revela que os procuradores da Lava Jato ironizaram a morte da ex-primeira-dama Marisa Letícia e o luto de Lula, em 2017. "Um amigo de um amigo de uma prima disse que Marisa chegou ao atendimento sem resposta, como vegetal", disse Dallagnol. "Estão eliminando as testemunhas…", completa o procurador Januário Paludo.[89] Essa reportagem fez com que a procuradora Jerusa Viecili, que também aparece nos diálogos fazendo piadas, pedisse desculpas no Twitter: "Errei. E minha consciência me leva a fazer o correto: pedir desculpas à pessoa diretamente afetada, o ex-presidente Lula".[90]

Com a análise das mensagens hackeadas e que são objeto da Operação Spoofing, pode-se observar, ainda, a existência de outras mensagens que corroboram as conclusões ora identificadas. Por exemplo, em 27 de fevereiro de 2016, o ex-juiz Sérgio Moro, às 11 horas, 21 minutos e 24 segundos, enviou ao procurador Deltan Dallagnol o seguinte questionamento: "O que acha dessas notas malucas do diretório nacional do PT? Deveriamos rebater oficialmente? Ou pela ajufe?". Em seguida, às 12 horas, 30 minutos e 44 segundos, Deltan responde a Moro: "Na minha opinião e de nossa assessoria de comunicação, não, porque não tem repercutido e daremos mais visibilidade ao que não tem credibilidade".[91]

---

88 THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 2: Exclusivo: Procuradores da Lava Jato tramaram em segredo para impedir entrevista de Lula antes das eleições por medo de que ajudasse a 'eleger o Haddad'. Op. cit.*

89 NOTÍCIAS UOL. *Procuradores da Lava Jato ironizam morte de Marisa Letícia e luto de Lula.* Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/08/27/lava-jato-morte-marisa-leticia-lula.htm?cmpid=copiaecola. Acesso em: 03 jul. 2020.

90 MEGALE, Bela. Procuradora da Lava-Jato pede desculpas a Lula em rede social: 'errei'. *O Globo*. Disponível em: https://blogs.oglobo.globo.com/bela-megale/post/procuradora-da-lava-jato-pede-desculpas--lula-errei.html. Acesso em: 03 fev. 2021.

91 BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: https://media.folha.uol.com.br/folha/2021/02/01/novas-transcricoes-peticao-ex-presidente-junta-da1-2-2021.pdf. Acesso em: 03 fev. 2021.

Por fim, em diálogo datado de 14 de dezembro de 2016, Deltan e Moro trocam a seguinte mensagem, onde Moro comemora a informação de que o MPF estaria em breve protocolando denúncias aos investigados, sendo que um destes era o ex-presidente Lula:

> 17:48:52. Deltan – Denúncia do Lula sendo protocolada em breve Denúncia do Cabral será protocolada amanhã
>
> 23:40:00. Moro – um bom dia afinal.[92]

Todas essas conversas, além de várias outras não citadas – por conta da quantidade de reportagens e pelo recorte da amostragem –, demonstram que agentes da Lava Jato possuíam repulsa ao Partido dos Trabalhadores, seus membros e, sobretudo, temiam a possível volta do PT à presidência da República. Por conclusão lógica, se acabaram demonstrando por diversas vezes suas motivações políticas claramente identificáveis nas mensagens trocadas,[93] a dedução inexorável é de que sua conduta é irregular, uma vez que incompatível com o Estado Democrático de Direito pela evidente parcialidade dos acusadores.

Por certo que ninguém é neutro, nem se espera dos juízes e promotores que não possuam opiniões, posições e sentimentos. Ocorre que tanto Estado-juiz quanto Estado-acusador devem tomar uma postura social e profissional imparcial e impessoal em relação aos réus, sem demonstrar qualquer interesse ou predisposição, seja ela ideológica, moral, política ou partidária. Assim, os agentes que atuam na persecução penal não podem deixar suas convicções pessoais ou ideológicas interferirem em suas atuações judiciais. Nem mesmo devem externalizar em público preferências políticas que demonstrem suas inclinações ou seu sentimento de aversão ideológica no tocante a casos judiciais em que estejam atuando. No entanto, não foi o que ocorreu, pois os integrantes da Operação não somente possuíam vieses, como os externalizavam livremente e de forma a reforçar seu espírito corporativo contra os réus que estavam sob sua investigação. E tais externalizações

---

92 BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Op. cit*.

93 Outro exemplo: em mensagem enviada em 19 de março de 2016, às 08 horas, 53 minutos e 16 segundos, um procurador identificado como "Orlando SP", ao retratar manifestações ocorridas em dia anterior, afirma "embora embalada em showmício e pagamento de muitas pessoas, deu para ver q a jararaca ainda tem cabeça". No dia 18 de março de 2016, após concessão de liminar de Gilmar Mendes, suspendendo a nomeação de Lula ao cargo de ministro-chefe da Casa Civil, ocorreram manifestações a favor do ex-presidente em diversas cidades, conforme notícias datadas do dia. O diálogo pode ser encontrado em: BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Op. cit*.

ideológicas não diziam respeito apenas às investigações em andamento, mas também a questões familiares dos acusados, bem como à situação político-eleitoral do país. Conforme denota-se da leitura das mensagens trocadas, tanto magistrado quanto procuradores atuaram com motivações políticas e ideológicas em uma clara violação dos princípios da imparcialidade, do juiz natural e do promotor natural.

## 5 ANÁLISE DA TIPICIDADE DAS CONDUTAS

Por intermédio das conversas analisadas, foi demonstrada a violação do processo penal acusatório e seus princípios norteadores, em especial os princípios da imparcialidade, da paridade de armas, do juiz natural e do promotor natural. No entanto, além a violação genérica ao sistema acusatório, tomou-se como hipótese que as condutas identificadas poderiam ser subsumidas em tipos específicos estabelecidos no ordenamento jurídico, tanto no campo administrativo quanto no cível.

### 5.1 Atos de improbidade administrativa

Em linhas gerais, a Lei nº 8.492/1992 previu de forma genérica três hipóteses de improbidade administrativa: (a) atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) atos que causam prejuízo ao erário (art. 10); (c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). No caso vertente não houve prejuízo ao erário, pelo menos de forma direta, e tampouco enriquecimento ilícito. No entanto, se está diante da hipótese de atos ímprobos, sob o ponto de vista do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que houve violação a princípios constitucionais da Administração Pública pelos agentes.

O art. 4º da LIA prevê que os agentes públicos "são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos". Dessa maneira, restará configurada a improbidade administrativa na hipótese de violação de qualquer princípio, explícito ou implícito, que seja aplicável à Administração.[94]

No caso específico das condutas analisadas, vislumbra-se o enquadramento da hipótese prevista no *caput* do art. 11 da LIA, que prevê que constitui ato de improbidade

[94] NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade Administrativa* – Direito Material e Processual. São Paulo: Grupo GEN, 2019, p. 311.

administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Fato é que o art. 11 da LIA é extremamente controverso, tendo em vista o perigo de deixar ao subjetivismo do intérprete o adequado enquadramento da conduta à norma.[95] Desse modo, o STJ decidiu que é imprescindível a configuração da má-fé do sujeito ativo para incidência do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, não sendo suficiente a mera prática de irregularidade administrativa.[96] Essa exigência veio justamente para evitar a aplicação desproporcional das sanções de improbidade, que também deverá levar em conta as diretrizes impostas pelo art. 22 da LINDB, instituídos pela Lei nº 13.655/2018.[97]

Da direta análise dos diálogos, é evidente que houve a violação dos princípios da imparcialidade e da honestidade, mormente porque os responsáveis violaram frontalmente as diretrizes impostas pela Constituição, no que diz respeito ao sistema acusatório e suas garantias, que pressupõem a imparcialidade judicial, a equidistância do juiz em relação as partes, a honestidade e a boa-fé processual. Conforme demonstrado, juiz e Ministério Público acabaram por atuar voluntariamente em conluio, por diversas oportunidades. Por sua vez, os fatos processuais antes narrados (e que foram selecionados apenas como amostra) confirmam esta interpretação do discurso. Não parece ter se tratado de mero equívoco ou atuação imprudente.

Nesse sentido, destaca-se o diálogo – que talvez seja uma das mais evidentes demonstrações da violação desses princípios – em que, de acordo com a parte 3 da série de reportagens do *The Intercept Brasil*, o procurador Deltan Dallagnol, preocupado com as críticas recebidas após a exposição de denúncia ao ex-presidente Lula, afirma que "*a denúncia é baseada em muita prova indireta de autoria, mas não caberia dizer isso na denúncia e na comunicação evitamos esse ponto*". Contudo, Moro teria tranquilizado o procurador afirmando que "*definitivamente, as críticas à exposição de vcs são desproporcionais. Siga firme*", demonstrando-se favorável ao recebimento da denúncia e adiantando o mérito da decisão.[98] No entanto, conforme já citado, não é admissível que

---

95 HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa*: comentários a Lei nº 8.492/92. São Paulo: Atlas, 2015, p. 133.

96 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 480.378/SP, Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 16.03.2004, *DJ* 24.05.2004.

97 NEVES, Daniel Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade Administrativa* – Direito Material e Processual. *Op. cit.,* p. 311.

98 THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 3: Exclusivo: Deltan Dallagnol duvidava das provas contra Lula e de propina da Petrobras horas antes da denúncia do triplex. Op. cit.*

o magistrado da causa emita juízos prévios sobre os processos, tampouco que aconselhe as partes unilateralmente, uma vez que essas condutas são reprovadas pelo Direito brasileiro. Assim, o ex-juiz acabou por incorrer na violação de princípios essenciais do Direito Administrativo, em especial o da imparcialidade, o qual se encontra expresso no *caput* do art. 11 da LIA.

Assim, tanto no diálogo supracitado quanto em outros já mencionados, não só o ex-juiz pode ter incorrido em improbidade administrativa, mas também o procurador, tendo em vista que um procurador, enquanto agente público, também tem o dever material de atuar de maneira impessoal, sem realizar consultas indevidas ou clientelistas a um magistrado a respeito de conteúdo probatório utilizado em denúncia em que ainda não havia sido dada decisão de mérito a respeito de sua admissão. Nesse viés, de acordo com a reportagem, antes da resposta de Moro, Dallagnol complementa, dizendo: "*creio que isso vai passar só quando eventualmente a página for virada para a próxima fase, com o eventual recebimento da denúncia, em que talvez caiba, se entender pertinente no contexto da decisão, abordar esses pontos*".[99] Nesse caso, o referido diálogo mostra que houve, portanto, a violação dos princípios da imparcialidade e da honestidade por parte do MP.

Quanto ao dolo, o STJ consolidou-se no sentido de que é necessária apenas a demonstração de dolo genérico para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso no art. 11 da LIA.[100] Ainda que esta seja uma posição fortemente contestável,[101] trata-se da atual jurisprudência em vigor. Ou seja, é necessária a demonstração apenas genérica de que houve a vontade, ou a assunção consciente do risco, por parte do agente, de concretizar as características objetivas do tipo. Isso é exatamente o que ocorreu no presente caso.

Destarte, a conclusão obtida é a de que os agentes da Lava Jato incorreram em atos que podem ser enquadrados em tipos da lei de improbidade administrativa, por violação do art. 11, *caput*, da LIA, em especial os princípios da imparcialidade e da honestidade.

---

99 THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 3: Exclusivo: Deltan Dallagnol duvidava das provas contra Lula e de propina da Petrobras horas antes da denúncia do triplex. Op. Cit.*

100 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 875.163/RS. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, j. 23/06/2010.

101 Nesse sentido, Tailaine Costa entende que ao aplicar o dolo genérico em matéria de improbidade administrativa corre-se o risco de punir o agente público a título de culpa nos casos de violação do art. 11, ou seja, utilizar a culpa para disposição legislativa nas quais o dolo é imprescindível para a sua configuração (COSTA, Tailaine Cristina. *Flexibilização de garantias no combate à improbidade administrativa no Brasil*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 94).

## 5.2 Ilícitos administrativos

Romeu Felipe Bacellar Filho define que a responsabilização administrativa decorre da prática pelo servidor de atos considerados irregulares no desempenho do cargo ou função, por ato ou omissão.[102] Desse modo, os procuradores da força-tarefa da Operação Lava Jato e o juiz Sérgio Moro, na qualidade de agentes públicos, estão sujeitos, além da responsabilização civil, também à responsabilização administrativa, decorrente do exercício do cargo que ocupavam no período das mensagens. Vale mencionar que são diversos os diplomas que regulam a responsabilização administrativa, dentre os quais se destaca a Lei nº 8.112/1990, também denominada Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União.

Todavia, no caso da magistratura, as penalidades aplicáveis devem observar o que dispõe o Código de Ética da Magistratura, bem como a Lei Complementar nº 35 de 1979, também intitulada Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), que deve ser aplicada pela instituição máxima de regulação do Poder Judiciário, qual seja, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

No que tange à responsabilização administrativa dos servidores do Ministério Público Federal, é preciso mencionar o Conselho Nacional do Ministério Público, que se trata de um órgão externo encarregado de controlar e fiscalizar a atuação administrativa e financeira dos órgãos integrantes do MP, bem como supervisionar o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.[103] Ademais, a instituição é regulada pela Lei Complementar nº 75 de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União.

No caso dos vazamentos, é factível concluir que o juiz Sérgio Moro teria realizado atos que podem incorrer em violação a alguns dispositivos presentes no Código de Ética da Magistratura, dentre os quais se destaca o art. 8º, que prevê que o magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito. Neste ponto, vale enfatizar que um Código de Ética deve ser entendido como uma norma de

---

102 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, Ano 7, n. 30, out./dez. p. 11-27, 2007, p. 16.

103 PANSIERI, Flávio. *Conselho Nacional do Ministério Público*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/69/edicao-1/conselho-nacional-do-ministerio-publico. Acesso em: 27 out. 2020.

caráter especificador ou complementar, possibilitando a construção de uma Administração Pública moral e eficiente.[104]

A atuação irregular pode ser observada por meio de diversas mensagens em que o ex-juiz se demonstrou favorável à acusação, em especial quando sugeriu aos procuradores da Lava Jato que trocassem a ordem de fases da operação, cobrou agilidade em novas operações, e deu conselhos estratégicos e pistas informais de investigação.[105]

No que diz respeito aos agentes públicos integrantes do Ministério Público, as mensagens analisadas indicam que eles também podem ter incorrido em irregularidades administrativas, mais precisamente a violação do disposto no art. 236, inciso IX, da LC nº 75/1993, que prevê que os membros do Ministério Público da União devem desempenhar com zelo e probidade suas funções. Isto porque, a partir dos diálogos vazados, demonstra-se a atuação coordenada dos procuradores com o juiz, conduta esta reprovada pelo ordenamento jurídico brasileiro, que adotou o modelo de sistema acusatório e, portanto, pressupõe a equidistância das partes em relação ao juízo.

Vale ressaltar que alguns procuradores da força-tarefa da Operação Lava Jato chegaram a ser denunciados perante o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por conta dos vazamentos. No entanto, Orlando Rochadel, corregedor do CNMP, decidiu arquivar o pedido de reclamação disciplinar, por entender que não houve nenhuma conduta ilegal no caso – ou seja, não teria havido comportamento irregular dos promotores. Além disso, o corregedor entendeu que as mensagens são ilegais e foram obtidas "à revelia de qualquer autorização judicial e com infração do direito à intimidade dos interlocutores".[106] Da mesma forma, o ex-juiz Sérgio Moro foi denunciado ao CNJ, por conta das revelações. Todavia, o corregedor do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Humberto Martins, decidiu pelo arquivamento da reclamação que pedia a apuração sobre as mensagens trocadas pelo magistrado, justificando que seria infrutífero instaurar procedimento contra juiz que já estava exonerado e, portanto, não tinha mais vínculo com o Judiciário.[107] Dessa forma,

---

104 GABARDO, Emerson; FINGER, Ana Cláudia. Ética na Administração Pública e o Código de Ética do Superior Tribunal Militar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. v. 11, n. 43, p. 119-133, 2011.

105 THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 4: Exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sergio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato.* Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/. Acesso em: 03 jul. 2020.

106 AGÊNCIA BRASIL. *CNMP decide que não há ilegalidades em mensagens entre Deltan e Moro*. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-06/cnmp-decide-que-nao-ha-ilegalidades-em-mensagens-entre-deltan-e-moro. Acesso em: 17 out. 2020.

107 O TEMPO. *CNJ arquivou todos os processos contra ex-juiz Sérgio Moro*. Disponível em: https://www.otempo.com.br/politica/cnj-arquivou-todos-os-processos-contra-ex-juiz-sergio-moro-1.2195566. Acesso em: 27 out. 2020.

acabou não havendo uma análise de mérito desta questão pelos respectivos órgãos administrativos de controle.

## 6 ILICITUDE DAS PROVAS

Como dito anteriormente, este estudo se dedicou a realizar uma análise jurídica hipotética de condutas de agentes públicos expostas pela série de reportagens do *site* de jornalismo *The Intercept Brasil*. Para isso, partiu-se do pressuposto da presunção de veracidade do contido nas mensagens vazadas. Todavia, não seria razoável ignorar a questão da (i)licitude na obtenção desses diálogos. Isso porque, conforme demonstram os desdobramentos da "Operação Spoofing",[108] as trocas de mensagens que envolvem membros do Ministério Público Federal e do ex-juiz Sérgio Moro foram colhidas por meio de *hackeamento* de aplicativo de mensagem desses agentes.

Tais diálogos foram obtidos ao arrepio de normas e garantias fundamentais, uma vez que se violou o direito à privacidade e inviolabilidade de dados e comunicações assegurados, respectivamente pelos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição brasileira. Ainda, o crime de invasão de dispositivo informático está previsto no artigo 154-A do Código Penal Brasileiro.[109] Também é necessário lembrar que: (i) o inciso LVI do artigo 5º da CF dispõe que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos"; (ii) o artigo 157 do Código de Processo Penal dita que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violações a normas constitucionais ou legais"; (iii) a Lei nº 9784/1999 determina em seu artigo 30 que "são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos"; (iv) e o artigo 369 do Código de Processo Civil dispõe que "as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz".

Diante de tais dispositivos, é nítido que os diálogos revelados pelo *The Intercept Brasil,* e que foram objeto de análise no presente artigo, constituem-se como provas ilí-

---

108 BONIN, Robson; BRONZATTO, Thiago. Hacker que vazou mensagens da Lava Jato fecha acordo com a PF. *Revista VEJA*. Disponível em: https://veja.abril.com.br/politica/hacker-que-vazou-mensagens-da-lava-jato-fecha-acordo-com-pf/. Acesso em: 03 set. 2020

109 Art. 154-A: Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

citas. Por isso não podem, numa análise apriorística, serem admitidos para fins de responsabilização dos agentes envolvidos. Contudo, não se pode ignorar o debate realizado pela doutrina acerca das possibilidades excepcionais de admissão de provas ilícitas nos processos judiciais.

Conforme já revelado, tanto o art. 5º, LVI, da Constituição de 1988, quanto o art. 157 do Código de Processo Penal, bem como o art. 30 da Lei nº 9.784/1999 expressamente proíbem a adoção de provas ilícitas no processo, sendo essa, portanto, a regra. Porém, a doutrina e a jurisprudência têm flexibilizado essa regra a partir do princípio da proporcionalidade *pro reo*, ou seja, quando o sopesamento dos valores contrastantes é favorável ao réu. Essas discussões alcançam o processo civil,[110] bem como o processo administrativo, os quais também se orientam pelas balizas da proporcionalidade, onde se deve verificar se o bem jurídico a ser protegido pela admissão das provas ilícitas deve prevalecer sobre o direito atingido no caso concreto.

No campo penal, em que o debate é mais acentuado, Aury Lopes Jr. vislumbra quatro correntes doutrinárias que dispõem sobre essa temática. São elas: 1. Admissibilidade Processual da Prova Ilícita, hoje minoritária, segundo a qual "não interessava a violação do direito material", podendo o "responsável pela prova ilícita" responder em outro processo; 2. Inadmissibilidade Absoluta, seguida por aqueles que interpretam o ordenamento de forma literal e absoluta, não admitindo exceções; 3. Admissibilidade da Prova Ilícita em Nome do Princípio da Proporcionalidade, podendo, neste caso, ser admitida tanto em prejuízo para o acusado, como em prol do interesse público; 4. Da Admissibilidade da Prova Ilícita a Partir da Proporcionalidade *Pro Reo*, "em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)".[111]

Diante dessas hipóteses doutrinárias acerca da admissibilidade ou não de provas ilícitas, a última parece ser a mais adequada. Ou seja, para que se possa consentir com o sacrifício de salvaguardas constitucionais, um material probatório obtido com infringência ao ordenamento e garantias individuais só poderia ser aceito se, além de beneficiar o polo mais frágil da relação processual, fosse aprovado pelo crivo da proporcionalidade. Todavia, embora seja a vertente mais adequada, há aqueles que argumentam pela aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Nesse viés, Sergio Demoro Hamilton argumenta que assim como admitida a proporcionalidade *pro reo*, não haveria razão para não se adotar a teoria da proporcionalidade *pro societate*, sob pena de a so-

110 ALVES, Francisco Luís Rios. Prova ilícita e sua admissão no processo civil. *Revista da ESMAPE*. Recife, v. 18, n. 38, jul./dez. 2013, p. 356.

111 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. *Op. cit*., p. 438-443.

ciedade restar desamparada, permitindo que alguém possa tirar proveito de sua própria torpeza.[112] Na mesma vertente, Fabio Antonio Xavier de Moraes, defende que "o critério da proporcionalidade pode e deve ser adotado em favor da sociedade (*pro societate*) em casos excepcionais, pois nenhum direito fundamental seria ilimitado, principalmente quando se trata de crime organizado".[113]

O próprio Ministério Público Federal (particularmente, com forte apoio dos agentes da Operação Lava Jato) propôs alteração de dispositivos do Código de Processo Penal nas propostas conhecidas como "10 Medidas Contra a Corrupção", as quais posteriormente se converterem no Projeto de Lei de iniciativa popular nº 4.850/2016. Pretendeu-se, dentre outras mudanças, a alteração do artigo 157 do CPP, visando incluir hipóteses de exclusão da ilicitude da prova. Porém, a inclusão desses novos dispositivos buscava garantir o direito de o polo acusatório lançar mão de provas *prima facie* ilícitas, em prejuízo do réu – aliás, dispositivo este que se tivesse sido aprovado, talvez hoje militasse em desfavor dos agentes públicos protagonistas das conversas vazadas.

Entretanto, como reforça Frederico de Almeida, essa tentativa de intervenção política do Ministério Público e, particularmente, da Lava Jato, para além do espaço propriamente judicial, restou derrotada. Esse fracasso, observado pela desnaturação do PL, deu-se pela primazia do Poder Legislativo em conduzir a tramitação do projeto.[114] Ademais, o ambiente político foi significativamente alterado com a redução paulatina da popularidade do "lavajatismo" e os então primeiros passos de fortalecimento do "centrão" – fenômenos que se evidenciaram a partir de 2019.

O inciso III do §2º do artigo 157, se aprovado, excluiria a ilicitude da prova quando "o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável". Como se não bastasse, o inciso VI possibilitaria a admissão de prova ilícita se "obtida em legítima defesa própria ou de terceiros". Ainda, o inciso X disporia que deveria ser excluída a ilicitude da prova se "obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou priva-

---

112 HAMILTON, Sergio Demoro. As Provas Ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 1, n. 6, p. 53-65, fev.-mar., 2001.

113 MORAES, Fabio Antonio Xavier de. Relativização da prova ilícita em crimes de organização criminosa. *Conjur*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/mp-debate-relativizacao-prova-ilicita--crimes-organizacao-criminosa. Acesso em: 06 jan. 2021.

114 ALMEIDA, Frederico de. Os juristas e a crise: a Operação Lava Jato e a conjuntura política brasileira (2014-2016). *Plural – Revista de Ciências Sociais da Universidade de São Paulo*, v. 26, n. 2, ago./dez., 2019, p. 118.

dos".[115] Tais propostas foram amplamente criticadas pela doutrina especializada. Em 2017, o então presidente do Instituto dos Advogados do Brasil, Técio Lins e Silva, no Livro "IAB e as Garantias Constitucionais – Parecer sobre o Projeto de Lei 4.850/2016", afirmou que elas teriam "ranço de ódio contra o direito de defesa".[116] As críticas eram acertadas e prevaleceram.

Com efeito, a mesma lógica do processo penal deve se aplicar aos procedimentos administrativos, notadamente porque o Direito Administrativo Sancionador não deve ser tratado como uma medida punitiva de menor gravidade ou de importância secundária, tendo em vista que suas sanções podem atingir sobremaneira a esfera jurídica subjetiva. Sendo assim, deve ser reconhecido que o Direito penal e o Direito administrativo possuem um núcleo comum, formado por princípios que derivam diretamente da Constituição.[117] Por essa razão, depreende-se que, assim como no processo penal, as provas ilícitas só poderiam ser admitidas no processo administrativo sancionatório se, após um juízo de razoabilidade,[118] fosse entendido que a inadmissibilidade dessa prova inidônea geraria um resultado materialmente injusto para o acusado. Assim, a prova ilícita só deve ser admitida no processo administrativo quando em benefício da parte processada ou acusada.

No âmbito do processo civil é diferente. Ampla doutrina tem acatado a relativização da regra constitucional que veda a utilização de provas ilícitas, com base no princípio da proporcionalidade.[119] Segundo Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, quando se está diante de um conflito entre normas fundamentais a solução deve sempre ser dada casuisticamente, com base na ponderação de interesses, ou seja,

---

115 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *10 Medidas Contra a Corrupção*. Disponível em: http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas. Acesso em: 04 set. 2020.

116 TEIXEIRA, Matheus. Medidas contra corrupção propostas pelo MPF têm ranço de ódio contra direito de defesa, diz IAB. *Conjur*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-set-08/livro-iab-compara--10-medidas-corrupcao-mpf-ai. Acesso em: 25 jun. 2020.

117 BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012, p. 131.

118 No tocante ao processo administrativo, Irene Nohara e Thiago Marrara destacam que, uma vez cumpridas as regras da certeza, da necessidade, da proporcionalidade estrita e da adequação, "afigura-se possível, frente às necessidades de ponderação e máxima concretização simultânea dos valores do ordenamento jurídico, autorizar a prova derivada de ilícito" (NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo*: Lei nº 9.784/99 Comentada. São Paulo: Atlas, 2009, p. 226).

119 Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sério Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Curso de Processo Civil*: tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 373; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 431.

à luz da proporcionalidade.[120] Assim, conforme a amplitude do próprio artigo 369 do Código de Processo Civil, o qual estabelece que as partes podem utilizar "meios moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos" cabe ao magistrado do caso concreto fazer um juízo casuístico sobre a admissão ou não da prova de caráter ilícito, podendo se dar tanto em favor da parte requerente quanto da parte requerida.

Todavia, a mesma premissa não é válida para as ações de improbidade administrativa, pois, muito embora se trate de uma ação civil, a improbidade detém um regime jurídico processual único, marcado pela natureza ambivalente de uma demanda que se apresenta, por um lado, ressarcitória, por outro, punitiva. Diante disso, ainda que não tenha natureza penal, é evidente que a ação de improbidade administrativa é uma manifestação do poder punitivo do Estado, inserindo-se, portanto, no regime geral do Direito Administrativo Sancionador.[121] Logo, a admissão das provas ilícitas na ação de improbidade administrativa deve seguir a lógica do processo administrativo, nas mesmas balizas do processo penal, como já exposto *supra*, podendo ser admitida somente em favor da parte acusada.

De fato, por mais tentador que seja fazer uso de teses de admissibilidade mais amplas para buscar a facilitação da punibilidade no processo penal e no processo administrativo, a proteção às garantias constitucionais, ao direito de defesa e ao devido processo legal faz parte de uma construção democrática que deve ser defendida diariamente e que não admite tal espécie de flexibilização.

O devido processo legal compreende o direito à ampla defesa, do qual decorre o direito de não ser acusado de forma injusta com base em prova ilícita. Trata-se de uma construção contra o espírito da Constituição imaginar que provas ilícitas poderiam ser usadas em desfavor do réu. Ou seja, "a produção de prova ilícita contra o acusado é prática que viola o direito ao devido processo, que é princípio fundamental destinado à salvaguarda das liberdades públicas individuais".[122] Quando se abrem as portas do pragmatismo, os limites a respeito de questões de valores e princípios começam a ser esgarçados – o que tem um forte potencial de destruição do Estado de Direito e da democracia. O consequen-

---

120 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 102-103.

121 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A prova na ação de improbidade administrativa. *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no Direito Processual Civil*: Estudos em Homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatin, 2013.

122 MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. *Op. cit.*, p. 480.

cialismo é um instrumento hermenêutico válido, mas que deve ser utilizado nos termos da racionalidade constitucional – infelizmente, tem sido usado equivocadamente, muitas vezes de forma meramente intuitiva e voluntarista.[123]

Em suma, se a consequência jurídica da admissão das provas ilícitas da "Vaza Jato", em um eventual processamento penal, administrativo ou em ação de improbidade, fosse a imputação de responsabilizações aos envolvidos, ela seria contrária ao ordenamento constitucional brasileiro. Isto é, tentar fazer com que este conteúdo probatório ilícito embase uma tese acusatória voltada à condenação é algo inadmissível, por mais que pudesse trazer um resultado materialmente justo.

Nada impede, todavia, que o material colhido de forma ilícita seja utilizado positivamente, ou seja, como documentação passível de inocentar um acusado ou anular um processo. Para esta hipótese e, em confluência com a teoria que se considera mais adequada, deve-se submeter a prova ao filtro da teoria da proporcionalidade, tendo como baliza a tese que admite a prova ilícita somente quando colaborar para a comprovação da inocência do acusado ou identificar alguma espécie de grave nulidade processual. Esse filtro reparte-se em três momentos de análise necessários e subsequentes.[124] O primeiro obstáculo que a prova deve vencer, é a "adequação", devendo ser capaz de conduzir à finalidade perseguida (inocência do acusado ou grave nulidade processual). O segundo momento de análise é o da "necessidade", de modo que a prova ilícita deve ser imprescindível para alcançar a sua finalidade, não havendo meio menos gravoso de se atingir o mesmo fim. Finalmente, a última etapa diz respeito à fase da "proporcionalidade em sentido estrito". Neste momento se realiza a ponderação propriamente dita, de modo que uma prova ilícita será rechaçada se contraposta a ela houver um direito fundamental que prevaleça ao seu uso e o impeça. Nos casos em que a pena é a prisão, a liberdade é o direito fundamental principal que dá base para a possibilidade de admissão da prova originalmente inidônea. Já a ampla defesa é um direito axiologicamente pertinente referentemente a quaisquer penas.

Na jurisprudência dos tribunais superiores, essa hipótese de admissibilidade de prova ilícita *pro reo* é comumente admitida quando o próprio acusado, propondo a sua inocência, viola direitos fundamentais alheios para obter a prova dessa inocência. Nestes casos, entende-se que o réu estaria acobertado por excludentes de ilicitude, como legítima defesa e estado de necessidade, afastando a ilicitude da conduta e, portanto, da própria

---

123 GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional.* Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set., 2020.

124 ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 217, 1999.

prova, e legitimando seu uso no processo.[125] Da mesma forma, a legítima defesa de terceiro e o estrito cumprimento de dever legal, por exemplo, podem ser considerados fundamentos jurídicos adequados para a aceitação da prova ilícita se em benefício do réu – situação particular na qual parece se enquadrar perfeitamente o caso *The Intercept Brasil vs*. Lava Jato. E já existe decisão neste sentido, proferida pelo Ministro do STF Ricardo Lewandowski na Reclamação 43.007 – DF, o que reforça os argumentos até então delineados.[126]

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição brasileira de 1988 adotou o sistema processual penal acusatório. Da mesma forma, o art. 3º-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019,[127] pressupõe a separação das funções de acusar e julgar em órgãos distintos, e a equidistância do juiz em relação às partes, a fim de garantir a preservação dos princípios da imparcialidade, do juiz natural, da paridade de armas, bem como do exercício do contraditório, todos com previsão constitucional. Neste modelo, "o juiz assume uma posição de espectador, sem iniciativa probatória. Forma sua convicção através dos elementos probatórios trazidos ao processo pelas partes (e não dos quais ele foi atrás)".[128]

Neste viés, as condutas presumidamente praticadas pelos atores da Lava Jato conforme relatadas nas mensagens divulgadas pelo *The Intercept Brasil*, demonstram a existência de uma atuação irregular, na medida em que: (i) o juiz e os procuradores da Operação Lava Jato atuaram coordenadamente, como se fossem aliados; (ii) os membros

---

125 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. *Op. cit*., p. 442.

126 No dia 01.02.2021, o ministro relator Ricardo Lewandowski levantou o sigilo dos autos e deferiu o pedido do reclamante, concedendo o acesso das mensagens à defesa do ex-presidente Lula. Após interposto Agravo Regimental pelos procuradores da Lava Jato, a 2ª Turma do STF, em 09.02.2021, não reconheceu o referido Agravo, mantendo a decisão do ministro relator que havia concedido o acesso das mensagens aos reclamantes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 43.007, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, julgado em 09.02.2021. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5990778. Acesso em: 09 fev. 2021).

127 No momento em que o presente trabalho é escrito, a eficácia do art. 3º-A do CPP está suspensa por força da concessão de liminar na medida cautelar nas ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux. Contra essa decisão, o Instituto de Garantias Penais (IGP) impetrou o HC coletivo nº 195.807, objetivando o restabelecimento da eficácia do dispositivo. O HC foi distribuído na data de 21.12.2020, destinado para a relatoria do ministro Alexandre de Moraes. Leia-se o conteúdo do artigo 3º-A: "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

128 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. *Op. cit.,* p. 402.

da Lava Jato demonstraram atuar com motivações políticas e ideológicas. Essas irregularidades decorrem da violação do sistema processual acusatório, que pressupõe a equidistância das partes, e a separação das funções de acusar e julgar – por consequência, afrontam o Estado de Direito e o sistema constitucional brasileiro.

Nesse sentido, ao confrontar algumas das condutas expostas pelos diálogos com as legislações vigentes, observou-se a possível subsunção dessas práticas a tipos administrativos e cíveis (Lei de Improbidade Administrativa). As práticas denotadas nas conversas expostas, embora aceitas como normais por uma parcela da sociedade, revelam um moralismo subjetivista ancorado naquilo que Juarez Cirino dos Santos chamou de "justiça do espetáculo", subvertendo a lógica do processo penal tornando-o tendencioso e suspeito.[129]

Luigi Ferrajoli afirmou em entrevista recente ao jornal *Folha de S.Paulo*, a respeito das práticas adotadas na "Operação Lava Jato" que "qualquer confusão entre acusação e julgamento é prejudicial à imparcialidade e, portanto, à credibilidade do julgamento". Disse ainda que "em qualquer outro país, o comportamento do juiz Moro justificaria sua suspeição, por sua explícita falta de imparcialidade".[130] É importante mencionar que, em 2019, após das revelações do *The Intercept Brasil*, advogados, juristas, ex-ministros da justiça e ex-membros de cortes superiores de justiça de vários países fizeram um manifesto ao Supremo Tribunal Federal apontando os graves vícios da Lava Jato, em especial referentes ao processo do ex-presidente Lula. Desse manifesto, vale citar o seguinte excerto "Não há Estado de Direito sem respeito ao devido processo legal. E não há respeito ao devido processo legal quando um juiz não é imparcial, mas atua como chefe da acusação".[131]

---

129 SANTOS, Juarez Cirino dos. A justiça como espetáculo subverte a lógica do processo penal. *Conjur*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-mai-05/juarez-santos-justica-espetaculo-subverte-logica-processo. Acesso em: 22 set. 2020.

130 LUCENA, David. Qualquer confusão entre acusação e julgamento é prejudicial à imparcialidade, diz 'pai' do garantismo penal. *Folha de S.Paulo*. *Op. cit.*

131 A nota foi assinada por: Bruce Ackerman, John Ackerman, Susan Rose-Ackerman, Alfredo Beltrán, William Bourbon, Pablo Cáceres, Alberto Costa, Advogado, Herta Daubler-Gmelin, Luigi Ferrajoli, Baltasar Garzón, António Marinho e Pinto, Christophe Marchand, Jean-Pierre Mignard, Eduardo Montealegre, Philippe Texier, Diego Valadés, Gustavo Zafra. Os signatários são professores eméritos, ex-presidentes de Tribunais, ex-Ministros da Justiça, presidente de Ordem de Advogados, de países como Estados Unidos, Portugal, França, Colômbia, Alemanha, México, entre outros (REVISTA FÓRUM. *STF deve libertar Lula e anular condenação", diz manifesto de juristas internacionais*. Disponível em: https://revistaforum.com.br/global/stf-deve-libertar-lula-e-anular-condenacao-diz-manifesto-de-juristas-internacionais/. Acesso em: 01 dez. 2020).

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal concedeu ordem no Habeas Corpus 164.493, determinando a anulação de todos os atos decisórios praticados por Sérgio Moro no âmbito da Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, incluindo os atos praticados na fase pré-processual, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, redator para acórdão, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator) e Nunes Marques. Esta decisão, que reconheceu a suspeição do magistrado fruto de sua atuação parcial, não tratou das mensagens divulgadas e, portanto, não diz respeito aos fatos analisados no presente artigo. As mensagens foram citadas nos debates da 2ª Turma do STF para o fim de esclarecimento e contextualização dos fatos trazidos aos autos e que, de forma idêntica, também apontaram para a parcialidade da atuação judicial da Lava Jato. Neste HC, portanto, apesar da retórica motivacional dos ministros, tratou-se apenas de provas lícitas – o que sugere, então, uma hipótese de futura responsabilização dos agentes envolvidos.

Todavia, no caso presente, das mensagens hackeadas, deve ser reconhecida a impossibilidade de se admitir tais diálogos como provas processuais das irregularidades identificadas para o fim de formalização de quaisquer acusações. Isso porque, conforme antes descrito, as conversas da "Vaza-Jato" foram colhidas em contrariedade ao ordenamento e, se admitidas, seriam prejudiciais aos acusados eventualmente processados. Considerando que as garantias constitucionais e processuais não podem ser mitigadas em busca de decisões sancionatórias, haveria uma evidente limitação no uso processual das mensagens. As garantias asseguradas pela Constituição da República de 1988 devem guiar todas as leis infraconstitucionais, bem como garantir a manutenção do modelo acusatório no processo penal – isso vale tanto para a proibição de parcialidade dos julgadores quanto para o uso de provas ilícitas contrárias ao réu. Contudo, essa mesma conclusão não se aplica para as hipóteses de utilização de tais provas ilícitas em favor de acusados, uma vez que o direito à liberdade, o devido processo legal e a ampla defesa constituem-se como elementos de elevada importância a serem considerados em eventuais juízos de proporcionalidade nos casos concretos.

Em conclusão, cabe salientar a necessidade de se combater perenemente a corrupção. Esse combate requer, contudo, ferramentas adequadas. É necessária a criação de normas jurídicas, bem como políticas públicas e privadas preventivas, além de um controle administrativo e jurisdicional objetivo. Segundo Rogério Gesta Leal, os altos níveis de corrupção podem ser reduzidos, e esta diminuição deve ser sustentada por intermédio de mecanismos preventivos e curativos. Para tanto, Leal propõe uma mistura de ações concomitantes relacionadas com níveis micro, como aprimoramento dos controles interno e externo da Administração Pública, em todas as fases da gestão, instrumentos de controle de mercado, políticas públicas transparentes e com participação social nestas áreas; e macro, com o fortalecimento das instituições democráticas.[132]

---

[132] LEAL, Rogério Gesta. Estado, democracia e corrupção:... *Op. cit.*, p. 102-103.

Imprescindível se faz mencionar o teor da nota emitida pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão sobre o contexto em que se encontra o combate à corrupção no Brasil, editada após o vazamento das conversas pelo *The Intercept Brasil*. A PFDC afirma que o enfrentamento à corrupção, como a qualquer outra violação dos direitos humanos, deve respeitar integralmente todos os direitos fundamentais previstos na Constituição. Do contrário, estaria se suprimindo a própria legitimidade no esforço de combater a corrupção, uma vez que é inadmissível que o Estado, para reprimir um crime, por mais grave que seja, se transforme, ele mesmo, em um agente violador de direitos fundamentais.[133]

Seguindo essa linha, Walfrido Warde, em sua obra "O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-la estão destruindo o país", enfatiza não ser pertinente criticar o combate à corrupção, tampouco ser feita apologia à delinquência, mas o modo com que se tem tratado esse mal no país tem constituído não um remédio, e sim um veneno. Para o autor, o combate inconsequente à corrupção é rendição, uma vez que tem a capacidade de promover a estrondosa dissolução de instituições do sistema político econômico e social.[134]

A corrupção é, segundo a definição de Norberto Bobbio, o fenômeno pelo qual um agente público age de modo diverso dos padrões do sistema, favorecendo interesses pessoais em troca de alguma recompensa. Sob a óptica de Bobbio, corrupto é o comportamento ilegal de quem desempenha papel na estrutura do Estado.[135] Não necessariamente a corrupção é um ato contrário ao texto da lei – algumas vezes a lei é instrumento de institucionalização de atos corruptivos formalmente adequados, mas que contrariam o sistema como um todo. Ademais, nem sempre a corrupção implica desvio de dinheiro público. Às vezes há formas ainda mais graves de se corromper, apenas atentando contra os postulados éticos da função. A interferência indevida no processo político, por exemplo, é um vício de grande impactação, embora economicamente incalculável. Nesse sentido, adverte a magistrada federal Fabiana A. Rodrigues: "o controle criminal que ultrapassa barreiras da legalidade, além de fragilizar a democracia pela ruptura do Estado de Direito, também pode ser qualificado como uma atuação corrupta, em especial se proporciona benefícios pessoais ou institucionais a quem o promove".[136]

---

133 PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. *Nota pública*. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/institucional/nota-publica-3-2019/. Acesso em: 25 jul. 2020.

134 WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção*:... *Op. cit.,* p. 17-18.

135 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PAQUINO, Gianfranco (Coord.). 11. ed. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 291.

136 RODRIGUES, Fabiana Alves. Lava Jato:... *Op. cit*., p. 264.

A partir do momento em que membros da força-tarefa da Lava Jato e magistrados, enquanto agentes estatais, descumprem procedimentos legais, escolhem quais procedimentos devem ou não serem respeitados, decidem quando as leis devem ser cumpridas ou não, estes agentes estão também corrompendo o sistema legal e o sistema acusatório.[137] Os custos de uma argumentação de que os fins justificam os meios são altos demais para o Estado Democrático de Direito.[138] E configuram, por si mesmos, uma atuação corruptiva ainda mais grave que os atos corruptos pretensamente combatidos, pois fazem cair em descrédito os próprios órgãos de controle, que deveriam ser os primeiros a agir nos exatos contornos da lei e da Constituição.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. *CNMP decide que não há ilegalidades em mensagens entre Deltan e Moro.* Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-06/cnmp-decide-que--nao-ha-ilegalidades-em-mensagens-entre-deltan-e-moro. Acesso em: 17 out. 2020.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 217, 1999.

ALMEIDA, Frederico de. Os juristas e a crise: a Operação Lava Jato e a conjuntura política brasileira (2014-2016). *Plural – Revista de Ciências Sociais da Universidade de São Paulo*. v. 26, n. 2, p. 96-128, ago./dez., 2019.

ALVES, Francisco Luís Rios. Prova ilícita e sua admissão no processo civil. *Revista da ESMAPE*. Recife, v. 18, n. 38, p. 295-392, jul./dez. 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

AUGSTEN, Patrícia. *A significação jornalística da justiça*: uma análise da cobertura da Lava Jato na Folha de S. Paulo. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social, PUCRS, 2019.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, Ano 7, n. 30, out./dez., p. 11-27, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

137 MARTINS JUNIOR, Osmar Pires. *Lawfare em debate*. Goiânia: Kelps, 2020.

138 PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. *Nota pública*. *Op. cit*.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A crença no princípio (ou mito) da imparcialidade judicial. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 7, n. 2, jun. p. 202-223, 2020.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Entre "Quereres" e "Poderes"*: Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2013.

BEGOSSI, Giovanni Alessandro. *Lawfare, pós-democracia e pós-verdade no caso Lula*: análise da potencial violação do direito fundamental ao juiz natural por Sérgio Moro e seus impactos na democracia brasileira à luz dos diálogos divulgados pelo *The Intercept*. Trabalho de conclusão de curso. UFRN, Rio Grande do Norte, 2019.

BELUZZO, Luiz Gonzaga. As Consequências Econômicas da Lava Jato. *In*: KERCHE, Fábio; FERES JR, João (Org.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

BERGAMO, Mônica. Lewandowski suspende sigilo de 50 páginas de conversas de Moro com procuradores e dá acesso aos documentos; leia a troca de mensagens. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: https://media.folha.uol.com.br/folha/2021/02/01/novas-transcricoes-peticao-ex--presidente-juntada1-2-2021.pdf. Acesso em: 03 fev. 2021.

BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional.* Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PAQUINO, Gianfranco (Coord.). *Dicionário de política*. 11. ed. Tradução de João Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BOLDT, Raphael. Maxiprocessos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1209-1237, set./dez., 2020.

BONIN, Robson; BRONZATTO, Thiago. Hacker que vazou mensagens da Lava Jato fecha acordo com a PF. *Revista VEJA*. Disponível em: https://veja.abril.com.br/politica/hacker-que-vazou--mensagens-da-lava-jato-fecha-acordo-com-pf/ Acesso em: 03 set. 2020.

BRASIL DE FATO. *Judiciário e mídia têm sido usados para minar as democracias emergentes, diz Papa*. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2019/06/05/papa-francisco-alerta-judiciario-e-midia-tem-sido-usado-para-minar-a-democracia/. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil. *Projeto de Lei n° 6204, de 2019*. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal. *Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Código de Ética da Magistratura Nacional*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo_de_etica_da_magistrat ura_nacional.pdf. Acesso em: 19 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 480.378/SP, Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 16.03.2004, *DJ* 24.05.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 875.163/RS*, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, j. 23/06/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4414*, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 114093*, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 03/10/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 166.373*, Relator: Ministro EDSON FACHIN, Plenário, julgado em 02/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 88875*, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 43.007*, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, julgado em 09/02/2021.

BUZZFEED NEWS. *Documentos mostram que atos da Lava Jato coincidiram com orientações de Moro no Telegram*. Disponível em: https://www.buzzfeed.com/br/gracilianorocha/moro-deltan-telegram. Acesso em: 02 set. 2020.

CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. v. 42, 2005.

CASTRO, Matheus Felipe de; GHILARDI, Daniel. Precisamos falar sobre "identidade física" do juiz: modelos de imparcialidade objetiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 174, ano 28, p. 255-282, dez., 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COSTA, Tailaine Cristina. *Flexibilização de garantias no combate à improbidade administrativa no Brasil*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, v. 30, p. 165-167, 1998.

DALY, Tom. Understanding multi-directional democratic decay: lessons from the rise of Bolsonaro in Brasil. *Law and Ethics on Human Rights*. v. 14, n. 2, p. 199-226, 2020.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil:* teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FELIPPE, Marcio Sotelo. *Lawfare*, esse crime chamado justiça. *In*: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBON, Gisele; DORNELLES, João Ricardo. *Comentários a uma sentença anunciada*: O Processo Lula. São Paulo: Canal, 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA, Antonio Oneildo. Três faces do autoritarismo: Estado Policial. Direito Penal do inimigo e *Lawfare*. *Migalhas.* 14 mar. 2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/276236/tres-faces-do-autoritarismo-estado-policial-direito-penal-do-inimigo-e-lawfare. Acesso em: 17 jul. 2020.

FOLHA DE S. PAULO. *Preso diz à PF que hackeou mensagens da Lava Jato e as entregou de forma anônima ao Intercept*. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/preso-diz-a-pf-que-hackeou-mensagens-da-lava-jato-e-as-entregou-de-forma-anonima-ao-intercept.shtml. Acesso em: 15 out. 2020.

FOLHA DE S. PAULO. *Série de reportagens da folha explora mensagens obtidas por site The Intercept Brasil*. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/serie-de-reportagens-da-folha-explora-mensagens-obtidas-por-site-the-intercept-brasil.shtml. Acesso em: 02 set. 2020.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de Direito internacional público*: Jus Cogens. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de Direito internacional privado*: Lois de Police. Belo Horizonte: Fórum, 2007

G1. *Ex-juiz Sergio Moro anuncia demissão do Ministério da Justiça e deixa o governo Bolsonaro*. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/24/moro-anuncia-demissao--do-ministerio-da-justica-e-deixa-o-governo-bolsonaro.ghtml. Acesso em: 15 out. 2020.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez., 2017.

GABARDO, Emerson; FINGER, Ana Cláudia. Ética na Administração Pública e o Código de Ética do Superior Tribunal Militar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. v. 43, p. 119-133, jan.-mar., 2011.

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set., 2020.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 13-26.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* n. 27, p. 71-79, 1999.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Curitiba, v. 13, n. 53, p. 133-168, jul.-set., 2013.

HAMILTON, Sergio Demoro. As Provas Ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. v. 1, n. 6, p. 53-65, fev./mar., 2001.

HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa*: comentários á Lei nº 8.492/92. São Paulo: Atlas, 2015.

JORNAL GGN. *Juristas protocolam denúncia contra Moro por improbidade, corrupção e conflito de interesses*. Disponível em: https://jornalggn.com.br/justica/juristas-protocolam-denuncia--contra-moro-por-improbidade-corrupcao-e-conflito-de-interesses/ Acesso em: 17 out. 2020.

KATZ, Andrea Scoseria. Making Brazil work? Brazilian coalitional presidentialism at 30 and its post-Lava Jato prospects. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 77-102, set./dez. 2018.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522479900/. Acesso em: 16 ago. 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. Relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: a corrupção como fenômeno multicultural e a afetação dos direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 175-192, out./dez. 2018.

LEAL, Rogério Gesta. Estado, democracia e corrupção: equações complexas. *Revista de Investigações Constitucionais*. v. 1, n. 1, jan./abr., 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUCENA, David. Qualquer confusão entre acusação e julgamento é prejudicial à imparcialidade, diz 'pai' do garantismo penal. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/07/qualquer-confusao-entre-acusacao-e-julgamento-e-prejudicial-a-imparcialidade-diz-pai-do-garantismo-penal.shtml. Acesso em: 29 jul. 2020.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A prova na ação de improbidade administrativa. *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no Direito Processual Civil*: Estudos em Homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatin, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sério Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2, 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARTINS JUNIOR, Osmar Pires. *Lawfare em debate*. Goiânia: Kelps, 2020.

MEGALE, Bela. Procuradora da Lava-Jato pede desculpas a Lula em rede social: 'errei'. *O Globo*. Disponível em: https://blogs.oglobo.globo.com/bela-megale/post/procuradora-da-lava-jato-pede-desculpas-lula-errei.html. Acesso em: 03 fev. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Lava Jato*. 2016. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso. Acesso em: 10 jun. 2019.

MORAES, Fabio Antonio Xavier de. Relativização da prova ilícita em crimes de organização criminosa. *Conjur*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/mp-debate-relativizacao--prova-ilicita-crimes-organizacao-criminosa. Acesso em: 06 jan. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade Administrativa* – Direito Material e Processual. São Paulo: Grupo GEN, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo*: Lei nº 9.784/99 Comentada. São Paulo: Atlas, 2009.

NOTICIAS UOL. *Até Dallagnol admite:* fatos da Vaza Jato são causa de nulidade de processos. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/07/07/ate-dallagnol--admite-fatos-da-vaza-jato-sao-causa-de-nulidade-de-processos.htm. Acesso em: 02 set. 2020.

NOTÍCIAS UOL. *Procuradores da Lava Jato ironizam morte de Marisa Letícia e luto de Lula.* Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/08/27/lava-jato-morte-marisa-leticia-lula.htm?cmpid=copiaecola. Acesso em: 03 jul. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O TEMPO. *CNJ arquivou todos os processos contra ex-juiz Sérgio Moro*. Disponível em: https://www.otempo.com.br/politica/cnj-arquivou-todos-os-processos-contra-ex-juiz-sergio-moro-1.2195566. Acesso em: 27 out. 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PANSIERI, Flávio. *Conselho Nacional do Ministério Público*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/69/edicao-1/conselho-nacional-do-ministerio-publico. Acesso em: 27 out. 2020.

POLÍCIA FEDERAL. *Operação Lava Jato*. Disponível em: http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato. Acesso em: 01 jul. 2020.

PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. *Nota pública*. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/institucional/nota-publica-3-2019/. Acesso em: 25 jul. 2020.

RAMINA, Larissa; TONIETTO, Marileia. Guerras do Século XXI: Considerações sobre Guerras Híbridas e *Lawfare*. *Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas - RBPJ*, v. 2, n. 3, 2021.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal.* 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REVISTA FÓRUM. *Lava Jato é "parcial" para a maioria dos brasileiros, aponta pesquisa.* Disponível em: https://revistaforum.com.br/noticias/pesquisa-mostra-que-maioria-dos-brasileiros--acha-a-lava-jato-parcial/. Acesso em: 01 jul. 2020.

REVISTA FÓRUM. *Para 97,8% dos professores de Direito, Moro foi parcial no julgamento de Lula, diz pesquisa*. Disponível em: https://revistaforum.com.br/politica/para-978-dos-professores-de-direito-moro-foi-parcial-no-julgamento-de-lula-diz-pesquisa/. Acesso em: 28 out. 2020.

REVISTA FÓRUM. *STF deve libertar Lula e anular condenação", diz manifesto de juristas internacionais*. Disponível em: https://revistaforum.com.br/global/stf-deve-libertar-lula-e-anular-condenacao-diz-manifesto-de-juristas-internacionais/. Acesso em: 01 dez. 2020.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro. A legalidade penal constitucionalmente filtrada: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, v. 11, n. 21, p. 167-197, ago.-dez., 2019.

RODRIGUES, Fabiana Alves. *Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos.* v. 117, p. 193-217, jul.-dez., 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A justiça como espetáculo subverte a lógica do processo penal. *Conjur*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-mai-05/juarez-santos-justica-espetaculo-subverte-logica-processo. Acesso em: 22 set. 2020.

SILVA, Fabio de Sa e. From Car Wash to Bolsonaro: Law and Lawyers in Brazil's Illiberal Turn (2014-2018). *Journal of Law and Society*. v. 47, n. 51, p. 1-21, Oct., 2020.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264-275, jan.-fev., 2015.

SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa*: teoria e prática: de acordo com a Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013, com a Lei complementar nº 135 de junho de 2010: Ficha Limpa. 2. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2014.

TEIXEIRA, Matheus. Medidas contra corrupção propostas pelo MPF têm ranço de ódio contra direito de defesa, diz IAB. *Conjur*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-set-08/livro-iab-compara-10-medidas-corrupcao-mpf-ai. Acesso em: 25 jun. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 7: Lava Jato fingiu investigar FHC apenas para criar percepção pública de 'imparcialidade', mas Moro repreendeu: 'Melindra alguém cujo apoio é importante'.* Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/18/lava-jato-fingiu-investigar-fhc-apenas-para-criar-percepcao-publica-de-imparcialidade-mas-moro-repreendeu-melindra-alguem-cujo-apoio-e-importante/. Acesso em: 03 jul. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 2: Exclusivo: Procuradores da Lava Jato tramaram em segredo para impedir entrevista de Lula antes das eleições por medo de que ajudasse a 'eleger o Haddad.* Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/09/procuradores-tramaram-impedir-entrevista-lula/. Acesso em: 03 jul. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 3: Exclusivo: Deltan Dallagnol duvidava das provas contra Lula e de propina da Petrobras horas antes da denúncia do triplex.* Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/09/dallagnol-duvidas-triplex-lula-telegram-petrobras/. Acesso em: 03 jul. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 4: Exclusivo: chats privados revelam colaboração proibida de Sergio Moro com Deltan Dallagnol na Lava Jato.* Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/. Acesso em: 03 jul. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 5: Leia os diálogos de Sergio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept.* Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/. Acesso em: 03 jul. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 6: Leia os diálogos de Sergio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept*. Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquanto-julgava-lula-sugeriu-a-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contra-a-defesa--eles-acataram-e-pautaram-a-imprensa/. Acesso em: 23 dez. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 8: Às vésperas de Moro aceitar convite para o Ministério da Justiça, procuradores do MPF discutiam como ingresso do juiz na política podia legitimar críticas…* Disponível em: https://theintercept.com/2019/06/29/chats-violacoes-moro-credibilidade--bolsonaro/. Acesso em: 23 jul. 2020.

THE INTERCEPT BRASIL. *Parte 9:* Lava Jato *tramou vazamento de delação para interferir na política da Venezuela após sugestão de Sérgio Moro*. Disponível em: https://theintercept.com/2019/07/07/lava-jato-vazamento-delacao-venezuela/. Acesso em: 23 jul. 2020.

UOL. STF tira sigilo e conversas de Moro com procuradores são divulgadas. *Migalhas*. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/quentes/339728/stf-tira-sigilo-e-conversas-de-moro-com--procuradores-sao-divulgadas. Acesso em: 03 fev. 2021.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. O "Sistema Acusatório" do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos Acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: *Revista Direito Estado e Sociedade*. n. 47, jul.-dez. 2015.

VEJA. *Carta ao Leitor: Ninguém está acima da lei*. Disponível em: https://veja.abril.com.br/revista-veja/carta-ao-leitor-ninguem-esta-acima-da-lei/. Acesso em: 02 set. 2020.

VEJA. *Diálogos: Moro achou delação de Palocci sobre Lula 'difícil de provar'.* Disponível em: https://veja.abril.com.br/politica/dialogos-moro-achou-delacao-de-palocci-sobre-lula-dificil-de--provar/. Acesso em: 03 jul. 2020.

VEJA. *Em novas mensagens, procuradores criticam conduta de Moro*. Disponível em: https://veja.abril.com.br/politica/moro-sempre-viola-o-sistema-acusatorio-diz-procuradora-em-vazamento/. Acesso em: 22 jul. 2020.

VEJA. *Juristas divergem sobre a imparcialidade de Moro.* Disponível em: https://veja.abril.com.br/politica/juristas-divergem-sobre-imparcialidade-de-moro/. Acesso em: 28 out. 2020.

WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção*: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder judiciário*: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

Capítulo 17

# TRIBUNAL POPULAR DA LAVA JATO: ANÁLISE DO JULGAMENTO DO SISTEMA DE (IN)JUSTIÇAS

*Leandro Franklin Gorsdorf*[1]
*Paula Gabriela Barbieri*[2]

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONCEITOS: TRIBUNAL POPULAR; 2. EXPERIÊNCIAS BRASILEIRAS DE TRIBUNAIS POPULARES: EM BUSCA DE UMA JUSTIÇA POPULAR; 3. TRIBUNAL POPULAR DA LAVA-JATO: *LAWFARE* NO BANCO DOS RÉUS; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Os Tribunais Populares têm sido um instrumento de justiça popular e de denúncia de violações de direitos humanos imprescindível diante da omissão do Estado na averiguação das responsabilidades pelo Sistema de Justiça, ou no caso do próprio Direito servir como instrumento de guerra e de perseguição política dos "inimigos" de quem detém o poder da lei.

---

1 Professor Adjunto de Prática Jurídica em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Coordenador do projeto de extensão "Direitos em movimento".

2 Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e bolsista do projeto de extensão "Direitos em Movimento".

No rastro dos Tribunais Populares, podemos observar dois grandes objetivos gerais perseguidos por quem organiza: a memória e a verdade. A memória daqueles que foram vitimados pela violência do Estado e a verdade de uma justiça que não pode ser comportada pelo sistema de justiça vigente.

Por essa razão trazemos a análise deste instrumento, os Tribunais Populares, em especial do Tribunal Popular da Lava Jato, como medida de monitoramento dos direitos humanos e de denúncia do *lawfare*[3] produzido nas instâncias do judiciário brasileiro. Se neste jogo empreendido pela justiça, ela julgou, a pergunta que fica é: quem julga o Sistema de Justiça nas situações de abuso de autoridade, desvio de funções, quebra de regras processuais e indevidas influências?

Para esta reflexão parte-se da construção histórica dos Tribunais Populares no âmbito da discussão dos Direitos Humanos, em especial a sua relação com América Latina e Brasil. A partir deste processo histórico, poderemos compreender a existência de três grandes iniciativas de construção de Tribunais Populares e, com estas experiências, os contornos do que poderia ser o conceito de Tribunal Popular.

Seguindo esta linha, apontamos como a sociedade civil no Brasil incorporou esta metodologia para realizar o enfrentamento a situações de violações sistemáticas de direitos humanos e quais os principais efeitos destas iniciativas para o andamento destas denúncias.

Ao final, apresenta-se o caso do Tribunal Popular da Lava Jato, apontando quais as normativas internacionais foram violados no caso específico, qual o rito e participantes deste Tribunal Popular, bem como a sua atualização recente com os desdobramentos sobre os julgamentos deste processo por parte de Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

## 1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONCEITOS: TRIBUNAL POPULAR

Historicamente podemos pontuar a existência de três momentos, não necessariamente organizados cronologicamente, mas que indicam as primeiras experiências de Tribunais Populares e seus desdobramentos posteriores: a) Fase Tribunal Russel; b) Fase Tribunal Permanente dos Povos e c) Fase Tribunais Independentes.

---

[3] O *lawfare* nasce da contração das palavras *law* (lei, Direito) e *warfare* (guerra), e significa originalmente uma disputa política travada no campo jurídico como substituição de um conflito armado (ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare*: uma introdução. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. p.10).

Todas estas experiências acabam por ter uma mesma origem: contextos de transição política e normativa, momentos em que as sociedades deixaram para trás um regime autocrático e buscaram formas mais democráticas de governo. Naquela época, as novas elites foram abertamente confrontadas com a questão fundamental sobre como lidar com o pesado fardo de um passado sombrio.[4]

Uma definição bastante recente e impositiva da justiça de transição se encontra em um relatório das Nações Unidas, que a define como toda a gama de processos e mecanismos associados com as tentativas de uma sociedade em admitir um legado de abusos cometidos no passado em larga escala, para garantir a responsabilização, aplicar justiça e buscar a reconciliação.[5]

Esta definição de justiça de transição é muito mais ampla do que as anteriores, possuindo forte ênfase em transições políticas. Deixando de fora o elemento político, a definição das Nações Unidas também inclui abusos em grande escala aos direitos humanos no mundo ocidental (como a violência contra os povos indígenas no Canadá ou na Austrália). Esta contribuição é usada como sinônimo para justiça de pós-conflito, apesar dos diferentes aspectos ligados a qualquer um destes.[6]

Decorrente destes momentos políticos de transição, surge a experiência do Tribunal Popular. O primeiro órgão deste tipo foi o Tribunal Internacional sobre os Crimes de Guerra no Vietnã, instituído em 1966, por iniciativa de Bertrand Russell (por isso, a denominação "Tribunal Russell") e presidido por Jean Paul Sartre. Russell tinha começado a idealizar este Tribunal em abril de 1963 e logo, intensamente, com a *Bertrand Russell Peace Fundation*, começou a agir no final desse ano.[7] O interessante é que Russell participou ativamente do

---

4 PARMENTIER, Stephan. Crimes internacionais e justiça de transição: Onde o crime organizado se encaixa?. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* / Ministério da Justiça. – N. 8 (jul. / dez. 2012). – Brasília : Ministério da Justiça , 2012. p. 46. Disponível em: https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1096. Acesso em: 13 set. 2021.

5 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council (2004). The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the Secretary-General to the Security Council, 23 August 2004, S/2004/616. Disponível em: http://archive.ipu.org/splz-e/unga07/law.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

6 PARMENTIER, Stephan. Crimes internacionais e justiça de transição: Onde o crime organizado se encaixa?. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* / Ministério da Justiça. – N. 8 (jul. / dez. 2012). – Brasília : Ministério da Justiça , 2012. p. 46. Disponível em: https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1096. Acesso em: 13 set. 2021.

7 FONDAZIONE LELIO E LISLI BASSO - ISSOCO ROMA (Roma, Itália). A digitalização dos fundos do Tribunal Russell II: de um arquivo italiano à memória da ditadura militar brasileira. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* / Ministério da Justiça. – N. 8 (jul. / dez. 2012). – Brasília : Ministério da Justiça,

caso Dreyfus, um dos primeiros casos que expõe a clara perseguição judicial promovida pelo Conselho de Guerra francês contra um oficial do exército, Alfred Dreyfus, acusado de espionagem.

De acordo com Pedro Colucci, este é um dos casos mais emblemáticos na história mundial de desvirtuamento do sistema jurídico, pois "as provas, relatórios grafotécnicos fraudulentos de cartas, foram forjadas e o processo fora corrompido pelo antissemitismo latente da época e impulsionado por uma campanha da imprensa pela condenação do Dreyfus".[8]

Ao abrir a sessão inaugural, Jean Paul Sartre reivindicou a legitimidade da iniciativa afirmando:

> O Tribunal Russell não substitui nenhum poder legítimo: [...] nossa impotência é a garantia da nossa independência [...]. Não representando governos nem partidos, nós não podemos receber ordens de ninguém: examinaremos os fatos de acordo com a nossa consciência e em toda liberdade de espírito [...]. Nós não trabalhamos por nós mesmos nem somente pela nossa edificação moral, e não pretendemos impor as conclusões às quais chegaremos como um lampejo. Na verdade, nós desejamos, graças à colaboração dos meios de informação, manter um contato constante entre nós e as massas que, em qualquer parte do mundo, vivem com dor a tragédia do Vietnã [...]. Se as massas ratificarão nosso julgamento, então ele se tornará verdade e nós [...] saberemos que fomos legitimados e que o povo, nos manifestando seu acordo, revela uma exigência mais profunda: a de que um verdadeiro "Tribunal Contra os Crimes de Guerra" seja criado enquanto órgão permanente, ou seja, que tais crimes possam ser, em toda parte e a qualquer hora, denunciados e sancionados. [9]

Em complemento, Russel afirma que "nossa obrigação é descobrir e dizer tudo. Tenho a convicção de que não há maior tributo que buscar e divulgar a verdade, nascida de uma intensa e inexorável investigação. Que este tribunal não permita o crime do silêncio!"[24]

---

2012. p. 443. Disponível em: https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1096. Acesso em: 13 set. 2021.

8 COLUCCI, Pedro Henrique do Prado Haram. As Dimensões do *Lawfare* e a Insegurança Jurídica: A Normalização de um Estado Kafkiano. *Cadernos de Relações Internacionais*, PUC-Rio, v. 2, 2 nov. 2020. p. 124. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/50210/50210.PDF. Acesso em: 15 set. 2021.

9 TOSI, Giuseppe; FERREIRA. Lúcia de Fátima Guerra, (orgs.) *Brasil, violação dos direitos humanos* - Tribunal Russell II / João Pessoa: Editora da UFPB, 2014. p. 28.

O Tribunal trabalhou em duas sessões no ano seguinte, na Suécia e na Dinamarca, em Estocolmo (2 a 10 de maio de 1967) e em Copenhague (21 a 30 de novembro do mesmo ano). O coordenador das sessões foi o escritor iugoslavo e antigo combatente da Resistência europeia Vladimir Dedijer e entre as 25 personalidades que o integravam devemos nos lembrar de Gunter Anders, Isaac Deutscher, Gisèle Halimi, James Baldwin, Simone de Beauvoir e três latino-americanos: o escritor argentino Julio Cortázar, o ex-presidente mexicano Lázaro Cárdenas e a presidente do Comitê Cubano de Solidariedade com Vietnã, Melba Hernández.[10]

O Tribunal Russel II começou a ser construído em meados do início dos anos 1970, quando Lélio Basso, jurista italiano de direito constitucional, participante dos processos de transição de regimes fascistas e ditatoriais inicialmente da Itália e depois nas Américas Latinas, encontrou em Santiago do Chile exilados brasileiros, o presidente Salvador Allende e do Conselheiro Darcy Ribeiro. Nessa reunião, houve a promessa de se realizar um Tribunal Popular que versasse sobre os crimes perpetrados pela ditadura militar brasileira.[11]

Houve três sessões do Tribunal Russell II, que abriu-se em Roma e estendeu-se de 30 de março a 6 de abril de 1974, coincidindo com o décimo aniversário do golpe no Brasil. Na primeira sessão, o tema foram as práticas de tortura, terror e desaparecimento forçado no Brasil, no Chile, na Bolívia e no Uruguai. Com testemunhos e documentações, foram identificadas várias violações de direitos humanos. Recentemente, todo este material foi importantíssimo para a construção do Relatório da Memória e da Verdade da Comissão Brasileira.

De acordo com os arquivos da Fundação Lélio e Lisli Basso:

> A segunda Sessão realizou-se em Bruxelas, de 11 a 18 de janeiro de 1975, sobre o tema "Responsabilidades das Multinacionais no Brasil, no Chile, na Argentina, na Bolívia, em Porto Rico". Nesta Sessão, foram individuadas conexões sistemáticas entre a institucionalização da prática do terror e o modelo de desenvolvimento eco-

---

10 FILIPPI, Alberto. O legado de Lelio Basso na América do Sul e seus arquivos de Roma: as particularidades históricas das transições democráticas e a constitucionalização dos novos direitos. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* / Ministério da Justiça. – N. 8 (jul. / dez. 2012). – Brasília : Ministério da Justiça , 2012. p. 109. Disponível em: https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1096. Acesso em: 13 set. 2021.

11 FONDAZIONE LELIO E LISLI BASSO - ISSOCO ROMA (Roma, Itália). A digitalização dos fundos do Tribunal Russell II: de um arquivo italiano à memória da ditadura militar brasileira. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* / Ministério da Justiça. – N. 8 (jul. / dez. 2012). – Brasília : Ministério da Justiça, 2012. p. 448. Disponível em: https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1096. Acesso em: 13 set. 2021.

> nômico imposto aos referidos países. Este modelo favorecia a intervenção externa de capitais estrangeiros, através da presença de companhias multinacionais, em particular norte-americanas, e limitava-se a soberania nacional.[12]

A terceira Sessão efetivou-se em Roma, de 10 a 17 de janeiro de 1976, tendo como tema "Repressão cultural na América Latina". Foram julgadas as ações inspiradas na "Doutrina da Segurança Nacional", que visava a necessidade de se combater qualquer concepção do mundo ou ideal que fossem considerados inspirados na cultura do comunismo, o que agiu frontalmente contra o livre exercício dos direitos fundamentais e perseguiu a cultura democrática. [13]

Concomitante às ações de organização do Tribunal Russel II, Lélio Basso, em 1976, constitui a "Fundação Internacional Lélio Basso para o Direito e a Libertação dos Povos". O objetivo era organizar uma estrutura permanente para consolidação da experiência dos Tribunais Populares inspirados pelo programa da Declaração Universal dos Direitos dos Povos. Assim, nasceu em junho 1979, o Tribunal Permanente dos Povos (TPP), que continua com suas atividades até os dias de hoje.

Algumas das iniciativas realizadas pelo TPP:

> "Ao longo dos anos, ocorreram 39 sessões do TPP que abrangeram os setores mais diferentes, das políticas do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial (Berlim, 1988; Madri, 1994) aos desastres ambientais (Bhopal, 1992; Londres, 1994) e às violações dos direitos da criança no Brasil (São Paulo, 1999). As últimas sessões do TPP puseram em foco: "As violações dos direitos humanos na Argélia" (2004), "Companhias multinacionais e direitos dos povos na Colômbia" (2006-2008), "Políticas neoliberais e multinacionais europeias na América Latina" (Viena, 2006; Lima, 2008; Madri, 2010), "Sri Lanka e povo Tâmil" (Dublin, 2010), "Companhias transnacionais agroquímicas" (Bangalore, 2011). Todas as sentenças são enviadas às

---

12 FONDAZIONE LELIO E LISLI BASSO - ISSOCO ROMA (Roma, Itália). A digitalização dos fundos do Tribunal Russell II: de um arquivo italiano à memória da ditadura militar brasileira. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* / Ministério da Justiça. – N. 8 (jul. / dez. 2012). – Brasília : Ministério da Justiça, 2012. p. 443. Disponível em: https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1096. Acesso em: 13 set. 2021.

13 FONDAZIONE LELIO E LISLI BASSO - ISSOCO ROMA (Roma, Itália). A digitalização dos fundos do Tribunal Russell II: de um arquivo italiano à memória da ditadura militar brasileira. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* / Ministério da Justiça. – N. 8 (jul. / dez. 2012). – Brasília : Ministério da Justiça, 2012. p. 450. Disponível em: https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1096. Acesso em: 13 set. 2021.

principais instâncias internacionais. E muitas delas foram discutidas pela Comissão dos Direitos Humanos do ONU em Genebra.[14]

A terceira fase de Tribunais Populares remete àqueles que, apesar de terem como parâmetro a metodologia do Tribunal Permanente dos Povos, possuem uma ação autônoma e independente, criando formatos, ritos e simbologias para pensar o formato de justiça popular. A maior parte dos Tribunais Populares no Brasil pós redemocratização acabou sendo construída sob esta perspectiva, como veremos a seguir.

Mas, afinal, o que são os Tribunais Populares a partir destas vastas experiências? Quais os contornos destas metodologias de memória, justiça e verdade diante de violações de Direitos Humanos?

Os Tribunais Populares (também chamados de Tribunais Éticos, Paralelos, Alternativos ou de Opinião) são eventos emergentes que representam novos cenários de Justiça alicerçados na busca pela justiça social, permitindo ao povo expressar seu poder. O objetivo perseguido com isso é de fazer justiça por meio de um exercício jurisdicional e disciplinar com capacidade de garantir o respeito aos direitos humanos fundamentais, ambientais e coletivos.

Eles não são instituições integrantes da lógica estatal, pois não decorrem de qualquer ordem ou autoridade conferida pelo Estado. Em vista disso, não podem aplicar sanções penais, administrativas ou civis, que são ferramentas de aplicação exclusiva do Estado. Não obstante, seus julgamentos ou condenações constituem sanções morais, cuja eficácia depende principalmente do reconhecimento feito pelos diferentes atores sociais da Corte como instância de justiça.[15]

Os Tribunais Populares são movimentos criados por cidadãos organizados, seja no âmbito local e/ou internacional, que com base nos estandares de direitos humanos analisam as violações das vítimas a partir dos fatos e realidades. Em regra, são articulados diante de silenciamento por parte do Estado quanto a determinadas violações ou de narrativa distorcidas de fatos notórios de problemas com o Sistema de Justiça.

---

14 FONDAZIONE LELIO E LISLI BASSO - ISSOCO ROMA (Roma, Itália). A digitalização dos fundos do Tribunal Russell II: de um arquivo italiano à memória da ditadura militar brasileira. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* / Ministério da Justiça. – N. 8 (jul. / dez. 2012). – Brasília : Ministério da Justiça, 2012. p. 442. Disponível em: https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1096. Acesso em: 13 set. 2021.

15 BOGANTES, Javier; BORRERO, José M. *Tribunal Latinoamericano del Agua*: Fundamentos ético-jurídicos. p. 7. Disponível em: http://www.tragua.com/documentos/fundamentos_etico_juridicos.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

Pode-se dizer que os Tribunais Populares tem uma natureza "parajudicial", isto é, sua legitimidade se funda "*a un tiempo en imperativos de conciencia, en la remisión al derecho internacional vigente y en la extensa participación de testigos en relación a la determinación de los hechos en los que se concretan violaciones flagrantes de los derechos humanos y de los derechos de los pueblos*".[16]

Esse reconhecimento ou nível de legitimidade é mensurável a partir de uma série de indicadores que incluem a quantidade e a qualidade das pessoas, grupos, instituições ou órgãos que recorrem ao Tribunal em busca de justiça ou solução para seus conflito, o grau de divulgação de seu processo e audiências públicas, a excelência intelectual ou moral de seus arquitetos e jurados, a participação de personalidades de reconhecida solvência intelectual e moral, entre outros.[17]

Quanto aos procedimentos pode-se notar que,

> *each Tribunal also has its own rules and procedures which govern it. In some cases the rules and procedures mirror that of the legal system in the country of where the issue arises. In other cases, the procedure is a mix between the international legal system and a general fair practice that allows all participants to understand how the process will work.* [18]

Além disso, é importante reconhecer que, em certos casos, o comparecimento do acusado ao Tribunal é outro fator que pode contribuir para o reconhecimento social de um tribunal ético.[19]

---

16 "Ao mesmo tempo nos imperativos de consciência, na referência ao direito internacional vigente e na ampla participação de testemunhas em relação à determinação dos fatos em que ocorrem violações flagrantes dos direitos humanos e dos direitos dos povos."(tradução nossa) MOITA, Luiz. Los Tribunales de opinión y el Tribunal Permanente de los Pueblos. *Revista JANUS.NET,* e-journal of International Relations. Vol. 6, n.1 (Maio-Outubro 2015), p.16.

17 BOGANTES, Javier; BORRERO, José M. *Tribunal Latinoamericano del Agua*: Fundamentos ético-jurídicos. p. 7. Disponível em: http://www.tragua.com/documentos/fundamentos_etico_juridicos.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

18 "Cada Tribunal também tem suas próprias regras e procedimentos que o regem. Em alguns casos, as regras e procedimentos refletem o sistema jurídico do país onde a questão surge. Em outros casos, o procedimento é uma mistura entre o sistema jurídico internacional e uma prática geral justa que permite que todos os participantes entendam como o processo funcionará."(tradução nossa). PAULOSE, Regina Menachary. Imagining People's Tribunal's as the Promoter of Human Rights. *In:* KRIVENKO, Ekaterina Yahyoui Krivenko. *Human Rights and Power in Times of Globalization*. Leiden; Boston: Brill Nijhoff, 2018, p.284.

19 BOGANTES, Javier; BORRERO, José M. *Tribunal Latinoamericano del Agua*: Fundamentos ético-jurídicos. p. 7. Disponível em: http://www.tragua.com/documentos/fundamentos_etico_juridicos.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

A partir dessas considerações, infere-se que a realização dos Tribunais Populares tem como função uma relação dialética entre o Direito e a opinião pública, na qual

> *las normas de derecho aplicadas por las instancias de la jurisdicción, por sus mandatos pero también en sus lagunas, repercuten su influencia en las opiniones públicas, proyectan valores en ellas, difunden reglas de conducta, promueven consensos en torno a principios comúnmente aceptados, cuando no dejan abiertas cuestiones por resolver; inversamente, la sensibilidad de las manifestaciones de la opinión pública interfiere en la formulación de las leyes, exige su aplicación o protesta de su incumplimiento.* [20]

Como veremos no caso em análise, do Tribunal da Lava Jato, umas das principais estratégias de *lawfare* foi a utilização da opinião pública e da mídia para processar uma narrativa de culpabilidade sobre o ex-presidente Lula em processos eivados de nulidades decorrentes de abuso de autoridade. Por esse motivo a realização de um Tribunal Popular que se caracteriza por construir uma contra narrativa/resposta aos fatos "oficiais" do Sistema de Justiça, porém calcado em diretrizes internacionais de Direitos humanos. Constrói-se uma esfera pública ampliada para a Justiça, sendo esta não a única experiência brasileira, mas derivada de um histórico de Tribunais Populares no Brasil que apenas referendam um Sistema de Justiça, classista, racista, sexista e homofóbico.

De modo a ampliar o repertório e impacto das experiências brasileiras no Brasil até o Tribunal Popular da Lava Jato, apontaremos as principais ações da sociedade civil em defesa dos Direitos Humanos.

## 2 EXPERIÊNCIAS BRASILEIRAS DE TRIBUNAIS POPULARES: EM BUSCA DE UMA JUSTIÇA POPULAR

Traçar o itinerário da realização dos Tribunais Populares no Brasil não é tarefa simples em razão da falta de registros das experiências e da falta de artigos, dissertações

[20] "As normas jurídicas aplicadas pelas instâncias da jurisdição, em virtude dos seus mandatos mas também nas suas lacunas, afetam a sua influência nas opiniões públicas, projetam valores sobre elas, divulgam normas de conduta, promovem consensos em torno de princípios comumente aceitos, quando não eles deixam questões em aberto para serem resolvidas; inversamente, a sensibilidade das manifestações da opinião pública interfere na formulação das leis, exige sua aplicação ou protesto pelo seu descumprimento."(tradução nossa). MOITA, Luiz. Los Tribunales de opinión y el Tribunal Permanente de los Pueblos. *Revista JANUS.NET*, e-journal of International Relations. Vol. 6, n.1 (Maio-Outubro 2015). p. 2.

ou teses acadêmicas que tratam de analisar estes movimentos da sociedade civil. Mais recentemente estas iniciativas têm sido objeto de pesquisa na academia, mas ainda sem conseguir uma tarefa historiográfica de documentação, sistematização e análise.

Aqui serão trazidas algumas contribuições a partir do relato do Tribunal do Jardim Ângela na dissertação de Wellington Pantaleão da Silva[21] e da própria experiência do autor deste artigo que esteve na organização de alguns Tribunais Populares, tendo em vista que a proposta é ilustrar a história brasileira quanto a esta metodologia do que ser exaustivo nas suas análises.

A primeira experiência de um Tribunal Popular independente, organizado por movimentos sociais e entidades de base, está datada da década de 1980 e se trata do Tribunal Tiradentes. A Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo esteve à frente de sua organização, que ocorreu nos moldes do Tribunal Russell. Houveram várias sessões temáticas, a primeira em 1983, sobre a Lei de Segurança Nacional, herança da ditadura e ainda vigente neste momento democrático. A segunda ocorreu em 1984, para julgar o Colégio Eleitoral e a discussão sobre as Diretas Já. E, por fim, houve em 2014 uma sessão para julgar a Lei de Anistia, que obteve uma interpretação obtusa e contrária aos Direitos Humanos pelo Superior Tribunal Federal.[22]

No campo do direito à moradia, as violações de direitos humanos de comunidades de baixa renda, perpetradas mediante despejos forçados, impulsionaram em 1987 a primeira experiência de um Tribunal Popular, que versou sobre o caso da Quadra 110 da Asa Norte, em Brasília. O julgamento era sobre o despejo e a situação precária e empobrecida das famílias.[23]

Nesta mesma linha, em 2018, ocorreu a Sétima Sessão do Tribunal Internacional de Despejos – TID – realizado durante o Fórum Social Mundial, entre os dias 12 e 17 de março de 2018, na cidade de Salvador, Brasil. O Tribunal Internacional de Despejos -TID - é um Tribunal Popular e de opinião criado em 2011, pela Aliança Internacional de Ha-

---

21 SILVA, Wellington Pantaleão da. *Dualidade de poder*: Tribunal popular e a luta por direitos humanos no Jardim Ângela. Dissertação defendida no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania. Universidade de Brasília - Planaltina, 2017. p. 86 Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/30980. Acesso em: 11 set. 2021.

22 SILVA, Wellington Pantaleão da. *Dualidade de poder*: Tribunal popular e a luta por direitos humanos no Jardim Ângela. Dissertação defendida no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania. Universidade de Brasília - Planaltina, 2017. p. 86 Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/30980. Acesso em: 11 set. 2021.

23 SILVA, Wellington Pantaleão da. *Dualidade de poder*: Tribunal popular e a luta por direitos humanos no Jardim Ângela. Dissertação defendida no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania. Universidade de Brasília - Planaltina, 2017. p. 88. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/30980. Acesso em: 11 set. 2021.

bitantes e organizações da sociedade civil. Essa experiência foi preparada e organizada pelo Comitê Diretor Internacional do TID e pelo Comitê Nacional com uma dinâmica participativa, que envolveu organizações locais e redes nacionais, para convocar casos de violações aos direitos humanos decorrentes de despejos no Brasil. No mais, o Tribunal integrou as ações do Dia Mundial Despejo ZERO, uma campanha da Aliança Internacional de Habitantes que tem por objetivo barrar de forma prática e interativa os despejos forçados em todo o mundo.[24]

Os Comitês da TID analisaram os 39 casos que foram submetidos a partir de uma chamada nacional e selecionaram 05 casos a serem submetidos ao TID, em março de 2018. Os casos e recomendações podem ser encontrados no Relatório da Terra de Direitos, uma das entidades organizadoras.[25]

Em 2001, realizou-se em Curitiba o Tribunal Internacional dos Crimes contra o Latifúndio e a política governamental de violações de Direitos Humanos no Paraná, evento organizado por entidades nacionais de Direitos Humanos e do campo agrário. O conjunto de acusações versava sobre assassinatos de trabalhadores sem terra por milícias privadas e policiais militares, prisões ilegais e arbitrárias, despejos ilegais e violentos, além de obstáculos à liberdade de reunião e de expressão.

À frente da acusação esteve o renomado jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni e presidindo o Tribunal esteve o jurista e político brasileiro, militante de direitos humanos, Hélio Bicudo. A defesa do Governo do Estado do Paraná foi realizada por escrito e por meio dos canais de comunicação da época. Nesse caso, o Latifúndio e o Estado do Paraná foram condenados pelo Tribunal Popular e, a partir desta iniciativa, diversas denúncias foram encaminhadas ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que referendou as acusações, seja por meio de recomendações da Comissão Interamericana ou decisões da Corte Interamericana. [26]

Em 2008, houve a instauração de um Tribunal Popular sobre os crimes contra a população jovem e negra das periferias na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco. De acordo com Pantaleão da Silva,

---

24 TRIBUNAL INTERNACIONAL DOS DESPEJOS. Disponível em: https://por.tribunal-evictions.org/. Acesso em: 19 set. 2021.

25 TERRA DE DIREITOS. *Tribunal Internacional dos Despejos no Brasil*. Casos e Recomendações. Disponível em: https://terradedireitos.org.br/acervo/publicacoes/livros/42/tribunal-internacional-de-despejos-brasil-casos-e-recomendacoes/22996>. Acesso em: 26 set. 2021.

26 ANAIS DO TRIBUNAL POPULAR DOS CRIMES DO LATIFÚNDIO. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:2001;000776475. Acesso em: 26 set. 2021.

> Foram realizadas quatro sessões temáticas, sendo que a quinta e última sessão foram realizadas para julgar o Estado brasileiro. A primeira sessão foi destinada às ações de violência policial verificadas no Complexo do Alemão, na cidade do Rio de Janeiro; a segunda sessão teve como foco a violência estatal no sistema prisional e as execuções sumárias ocorridas na Bahia contra a juventude negra; a terceira sessão esteve voltada para os crimes de maio de 2006 ocorridos em São Paulo e as práticas sistemáticas de execuções sumárias; a quarta sessão voltou- se especificamente para a violência estatal contra os movimentos sociais e a criminalização das lutas sindicais por terra e meio ambiente.[27]

Por fim, a experiência mais recente anterior ao Tribunal Popular da Lava Jato, mas com total conexão de contexto político jurídico, foi a instalação do Tribunal Internacional pela Democracia no Brasil, que questionava o processo em andamento de "*impeachment*" da presidenta Dilma Rousseff - em especial se a decisão de violação da Lei de Responsabilidade Fiscal encontrava base na Constituição Federal.

O corpo de jurados deste Tribunal era composto por personalidades políticas e jurídicas, tais como os senhores Antillón Montenegro, Walter (Costa Rica), Cárdenas Gracia, Jaime Fernando (México), Cohen, Laurence (França), Farinas Dulce, Maria José (Espanha), Filippi, Alberto (Argentina), Gálvez Argote, Carlos Augusto (Colômbia), Shahshahani, Azadeh N. (Estados Unidos), Tognoni, Giani (Itália), Veras, Raúl (México).

Os jurados manifestaram-se com um "Sim" para todos os quesitos e a decisão do Tribunal Internacional pela Democracia no Brasil trouxe elementos articulados com eventos de golpe na América Latina e também na Europa.[28]

A narrativa apresentada, com alguns exemplos de Tribunais Populares no Brasil, demonstra a forma com que essa metodologia foi incorporada ao cotidiano dos movimentos sociais e entidades de direitos humanos no Brasil como estratégia de questionamento do Sistema de Justiça brasileiro e dos poderes Executivo e Legislativo. A cada Tribunal realizado a partir de temáticas diferenciadas, se confirma a máxima de Foucault de que

---

27 SILVA, Wellington Pantaleão da. *Dualidade de poder*: Tribunal popular e a luta por direitos humanos no Jardim Ângela. Dissertação defendida no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania. Universidade de Brasília - Planaltina, 2017, p. 88. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/30980. Acesso em: 11 set. 2021.

28 SILVA, Wellington Pantaleão da. Dualidade de poder: Tribunal popular e a luta por direitos humanos no Jardim Ângela. Dissertação defendida no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania. Universidade de Brasília - Planaltina, 2017, p. 86. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/30980. Acesso em: 11 set. 2021.

> a justiça popular deve promover o esclarecimento da política e a eliminação da alienação e da divisão ideológica entre diferentes camadas das classes populares, para que as pessoas possam ter uma melhor visão do que acontece ao seu redor, sem que sejam induzidos pelo poder da classe dominante. Isto significa que a noção de justiça como uma demanda social dos oprimidos aponta para uma dimensão de desiguais na tomada de decisão na efetivação da justiça. [29]

Desta forma, fica evidente que no Brasil o Estado tem se apresentado como Estado Violência, no qual está presente um conjunto de ação e permanência de práticas arbitrárias e violadoras de direitos humanos.

## 3 TRIBUNAL POPULAR DA LAVA-JATO: *LAWFARE* NO BANCO DOS RÉUS

O "Tribunal Popular da Lava Jato" é uma experiência recente e emblemática dos Tribunais Populares no Brasil. Ele foi promovido pelo Coletivo Advogadas e Advogados pela Democracia (CAAD) e pela Frente Brasil de Juristas pela Democracia, em agosto de 2017. As denúncias apresentadas ao Tribunal se referiam a irregularidades constitucionais e processuais vinculadas à atuação da Polícia Federal, do Ministério Público Federal e da 13ª Vara Criminal de Curitiba durante a Operação Lava Jato, considerada a maior série de investigações já sucedida no país.

As atividades da Operação, que iniciaram em 2014[30], foram marcadas pela não observância às garantias do devido processo legal, pelo populismo judiciário e por uma significativa interferência midiática, elementos expressivos do *lawfare*. Tais características, que singularizam essa Operação, puderam ser observadas de forma conjunta em seu momento de maior repercussão: o processo movido contra o ex-presidente Lula.

Nessa ocasião, o juiz Sérgio Moro, responsável pela demanda, adquiriu absoluto protagonismo formulando provas, emitindo mandados de sequestro e prisão, participando de conferência de imprensa nas quais ilustrou a acusação e antecipou o juízo e, ao final, pronunciando a condenação de primeiro grau. O acúmulo dos papéis de acusador e julgador, corroborado pela divulgação de atos que estavam em segredo de Justiça, pela a interação com o procurador da acusação e pela campanha disparada contra o réu previamente

---

29 VASCONCELOS, Raquel Célia Silva de. A justiça popular e seus atos jurídicos: o tribunal e seus regimes de verdade na (des)qualificação das subjetividades. *Revista Dialectus*, Fortaleza, v. 4, n. 11, p. 145-157, ago./dez. 2017. p. 148.

30 BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017. *Caso Lava Jato*. Disponível em: http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato/index.html. Acesso em: 15 set. 2021.

ao julgamento, escancaram a ausência da imparcialidade necessária para um julgamento capaz de cumprir os parâmetros mínimos do devido processo legal.[31]

Ainda em relação ao processo promovido contra o ex-presidente Lula no âmbito da Operação Lava Jato, o ativismo judicial e a supressão de garantias básicas ao processo penal - como a presunção de inocência até o trânsito em julgado da ação - também estiveram presentes na atuação do Supremo Tribunal Federal, que possibilitou a prisão após condenação em segunda instância, em uma interpretação inovadora - e descabida - da Constituição Federal.[32]

Para além desse processo em específico, outras práticas reiteradas da Operação consistiram em irregularidades processuais e violações de direitos: conduções coercitivas sem intimações prévias, negociações de delações premiadas entre acusados e entes públicos ofendido, cerceamento do direito de defesa, excessivas prisões preventivas e processos acelerados para obter delações premiadas forçadas são alguns dos exemplos que evidenciam os abusos praticados.

Críticos dos procedimentos adotados pela Operação, como o criminólogo Luigi Ferrajoli, afirmam que a carência de garantias e as graves lesões aos princípios do devido processo legal ocorridas não são explicáveis de outra forma senão pela motivação política de pôr fim ao processo reformador realizado no Brasil nos anos das presidências de Lula e de Dilma.[33] Nessa perspectiva, é possível afirmar que o propósito foi cumprido, uma vez que o conjunto de atos impróprios da Operação provocou uma desconfiguração do Estado de Direito no Brasil que, ao final, serviu para abrir caminhos ao movimento político de extrema direita, viabilizando a eleição de Jair Bolsonaro em 2018.

Um outro impacto da Operação que não pode deixar de ser mencionado é o econômico. Segundo Nozaki, do Instituto de Estudos Estratégicos de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, a Operação provocou o desmantelamento de importantes setores da economia nacional, principalmente da indústria petrolífera e da sua cadeia de fornecedores, como a construção civil, a metal-mecânica, a indústria naval, a engenharia pesada, além

---

31 FABJD. Frente Brasil de Juristas pela Democracia. *Cartilha*: Os Crimes da Operação Lava Jato. Disponível em: https://www.dropbox.com/s/q6e67g85dmo717n/CRIMESDALAVAJATO%20-%20Janeiro2018%20-%20Alta.pdf?dl=0. Acesso em: 13 set. 2021.

32 CONJUR. GARANTIAS AMEAÇADAS - Para Streck, constituição sofre ataque e legado da “lava jato” será ruim. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-dez-24/streck-constituicao-sofre-ataque-legado-lava-jato-ruim. Acesso em: 15 set. 2021.

33 Luigi Ferrajoli, jurista de reputação mundial, condena abusos da Lava Jato. 20 de abril de 2017. Vídeo publicado pelo canal *TV 247.* Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=vbVM1f14kVU. Acesso em: 15 set. 2021.

do programa nuclear brasileiro.[34] De acordo com Costas, a operação produziu pelo menos três vezes mais prejuízos econômicos do que aquilo que ela avalia ter sido desviado com corrupção."[35]

Diante do cenário de retrocessos jurídicos, sociais e econômicos gerados a partir de uma Operação promovida pelo próprio Poder Judiciário, a convocação de um Tribunal Popular se apresentou como forma de denunciar os abusos ocorridos e de reivindicar uma justiça efetiva. Nesse contexto, invocando a frase "O povo é o juiz"[36], o Tribunal Popular da Lava Jato se constituiu e convidou a população a julgar a Operação.

Há de se mencionar que a iniciativa do Tribunal Popular da Lava Jato não passou imune a tentativas de desmonte. Na semana de sua realização, o Procurador da República no município de Bento Gonçalves, Alexandre Schneider, enviou ao Ministério Público Federal do Paraná um ofício (nº 583/2017) no qual alertou sobre o evento e chamou atenção para uma suposta tentativa de "achincalhar o sistema judiciário", com potencial de "induzir cidadãos a erro e criar falso senso de autoridade pública". O procurador solicitou ao MPPR que impedisse os manifestantes de utilizarem o termo "Tribunal" na denominação do evento.[37]

Apesar disso, a resposta proferida ao expediente pelas Procuradoras Heloisa Helena Machado e Cristiana Koliski Taguchi foi de indeferimento liminar/arquivamento do pedido, justificada a partir do direito à liberdade de reunião e à liberdade de expressão do pensamento como bens jurídicos que merecem tutela estatal.[38]

---

34 NOZAKI, William Vella. Capitalismo e corrupção: o caso da Petrobras e a Operação Lava Jato. Texto para Discussão / Instituto de Estudos Estratégicos de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – Rio de Janeiro: *Ineep*, ano 3, n. 16, abr. 2020. Disponível em: https://ineep.org.br/wp-content/uploads/2020/06/td_n-16_capitalismo-e-corrupcao_nozaki.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

35 COSTAS, R. Escândalo da Petrobras 'engoliu 2,5% da economia em 2015'. *BBC News/Brasil*, São Paulo, 2 dez. 2015. Brasil. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151201_lavajato_ru. Acesso em: 15 set. 2021.

36 Tribunal Popular: Julgamento da Lava-Jato. 17 de abril de 2021. *Série de vídeos publicados pelo canal Tribunal Popular da Lava Jato*. Disponível em: https://www.youtube.com/channel/UCNDARFOu17JAhfAG5f2Ho7g. Acesso em: 15 set. 2021.

37 AULER, Marcelo. "Júri da Lava Jato" e o racha entre procuradores. *In*: *Terra sem males*. [*S. l.*], 8 ago. 2017. Disponível em: https://marceloauler.com.br/juri-da-lava-jato-e-o-racha-entre-procuradores/. Acesso em: 17 set. 2021.

38 AULER, Marcelo. "Júri da Lava Jato" e o racha entre procuradores. *In*: *Terra sem males*. [*S. l.*], 8 ago. 2017. Disponível em: https://marceloauler.com.br/juri-da-lava-jato-e-o-racha-entre-procuradores/. Acesso em: 17 set. 2021.

O julgamento popular foi marcado para o dia 11 de agosto, dia do advogado e da advogada. Para além da data simbólica, outros elementos figurativos foram acrescentados às atividades do Tribunal, como a cidade escolhida - Curitiba -, considerada a "capital da Lava Jato", e a imagem de divulgação do evento, que estampa a tendenciosidade do juiz Sérgio Moro (em uma fotografia, o magistrado aparece interagindo com o então senador Aécio Neves, citado em delações premiadas no âmbito da operação capitaneada pelo juiz). Além disso, a cerimônia de abertura do Tribunal trouxe mais um artefato simbólico da crítica lançada pelo movimento: a interpretação da música "Cálice", de Chico Buarque, símbolo de resistência frente às arbitrariedades cometidas durante o regime militar. [39]

A composição do Tribunal foi bastante diversa, de modo que o conselho de sentença contou com dezenove integrantes, divididos em dois júris: um de caráter popular, formado por oito jurados sorteados e outro, qualificado, formado por juristas e um jornalista previamente convocados. O jornalista do júri foi o escritor Fernando Morais, que analisou os problemas na relação entre o Judiciário e a mídia corporativa no Brasil. Os juristas que participaram do julgamento foram Antonio Maués, Beatriz Vargas, Cláudia Maria Barbosa, Gerson Silva, José Carlos Portella Júnior, Juliana Teixeira Esteves, Marcello Lavenère, Michelle Cabrera e Vera Karam de Chueiri.[40]

Marcelo Tadeu Lemos, juiz de direito em Alagoas, também compôs o grupo de jurados qualificados e foi o responsável pela função de presidir o Tribunal Popular. Logo no início da sessão, ele explicou a dinâmica do Tribunal e justificou porque não usaria toga durante o evento. De acordo com o jurado, a toga teria uma simbologia de neutralidade, e a Lava Jato quebrou o mito da neutralidade judicial, pelo que ficar sem toga seria "uma demonstração de que precisamos olhar com muito cuidado para a neutralidade judicial". [41]

A acusação da Operação Lava Jato foi realizada pelo advogado e ex-ministro da Justiça Eugênio Aragão, que assumiu a palavra após o sorteio dos oito jurados populares. Sua argumentação foi fundamentada em treze supostas irregularidades cometidas pela Operação, as quais teriam afetado a dinâmica de separação dos três poderes.

---

39 Tribunal Popular: Julgamento da Lava-Jato. 17 de abril de 2021. *Série de vídeos publicados pelo canal Tribunal Popular da Lava Jato*. Disponível em: https://www.youtube.com/channel/UCNDARFOu17JAhfAG5f2Ho7g. Acesso em: 15 set. 2021.

40 GIOVANAZ, Daniel. Tribunal Popular condena Lava Jato por arbitrariedades e violações à Constituição. *In: Brasil de Fato*. [S. l.]: edição de Ednubia Ghisi, 11 ago. 2017. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2017/08/11/tribunal-popular-condena-lava-jato-por-arbitrariedades-e-violacoes-a-constituicao. Acesso em: 19 set. 2021.

41 Tribunal Popular: Julgamento da Lava-Jato. 17 de abril de 2021. *Série de vídeos publicados pelo canal Tribunal Popular da Lava Jato*. Dsiponível em: https://www.youtube.com/channel/UCNDARFOu17JAhfAG5f2Ho7g. Acesso em: 15 set. 2021.

A defesa simbólica da Operação Lava Jato ficou a cargo do advogado criminalista Antônio Carlos de Almeida Castro (conhecido como Kakay), que adotou o sarcasmo como estratégia argumentativa, chegando a propor a "primeira delação premiada espontânea da Lava Jato". A hipótese argumentativa apresentada pelo advogado foi a de que as autoridades que atuaram na Lava Jato foram "seduzidas" pelo poder midiático, e que isso poderia ser usado como argumento para absolvê-las. Ainda que a hipótese da "sedução" tenha sido admitida pelos jurados, foi unânime a decisão sobre as responsabilização pelas arbitrariedades cometidas na Operação.

Desse modo, após sete horas de debate público, houve a condenação popular das ações do Poder Judiciário, da força-tarefa, da mídia comercial e do Ministério Público no âmbito da operação Lava Jato. Por fim, a sentença lida pelo presidente do Tribunal às 21:30h do dia 11/08/2017 enunciou: "Julgo procedente a acusação e condeno a Lava Jato por todas as ilegalidades que praticou ao longo de três anos no Brasil".[42]

Importa mencionar que, em 2021, uma das diversas das irregularidades da Operação Lava Jato foi reconhecida pelo próprio Sistema de Justiça brasileiro. No dia 8 de março, o ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, anulou as as condenações impostas pela Justiça Federal do Paraná ao ex-presidente Lula, decisão que foi referendada pelo plenário do tribunal em em 15 de abril, por 8 votos a 3. A fundamentação da decisão foi baseada na incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba, que estava nas mãos de Sergio Moro, para julgar o processo de Lula. Ainda que não tenha havido menção direta à parcialidade do juiz ou ao *lawfare* enraizado na Operação, a decisão foi de extrema relevância para o restabelecimento da oportunidade de um novo julgamento, que desta vez poderá ser imparcial e congruente com as garantias processuais decorrentes das normas constitucionais.

Não há dúvidas de que o movimento popular de crítica aos abusos e à inobservância das garantias processuais - protagonizado pelo Tribunal Popular da Lava Jato - foi substancial para a construção dessa decisão de vitória - ainda que não completa - do Estado Democrático de Direito.

Um mês após a decisão do STF e quase quatro anos após a realização do julgamento popular, em maio de 2021 o Tribunal Popular da Lava Jato promoveu um reencontro através de uma reunião online. Nesse evento virtual, que contou com a participação dos mesmos jurados de 2017, foram realizados debates sobre as decisões mais recentes da Suprema Corte, além de discussões sobre o futuro das atividades do Tribunal, que, em

[42] Tribunal Popular: Julgamento da Lava-Jato. 17 de abril de 2021. *Série de vídeos publicados pelo canal Tribunal Popular da Lava Jato*. Dsiponível em: https://www.youtube.com/channel/UCNDARFOu17JAhfAG5f2Ho7g. Acesso em: 15 set. 2021.

breve, pretende promover um novo movimento, desta vez para julgar a atuação do Governo de Jair Bolsonaro no gerenciamento da pandemia de Covid-19 no país. [43]

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tribunal Popular da Lava Jato trouxe ao conhecimento da sociedade o alcance da utilização da lei e do sistema de justiça, nos moldes do *lawfare,* de perseguição arbitrária e ilegal daqueles que afrontaram por meio de suas ações a hierarquia social. Travando uma guerra jurídica alicerçada pelo julgamento midiático, mas em total desacordo com as diretrizes de um Judiciário independente.

A Lava jato violou a máxima da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19, em que "todos têm direito em completa igualdade a um processo justo e público por um tribunal independente e imparcial, na determinação de seus direitos e obrigações e de qualquer acusação penal contra si".

Além de forma reiterada violar os deveres por parte do Judiciário que constam da Carta de Princípios Básicos da ONU relativos a Independência da Magistratura e os Princípios de Bangalore de Independência Judicial da ONU.

Se não bastasse as normativas internacionais violadas, verificou-se as violações sistemáticas da Lei Orgânica da Magistratura e do Código de Ética da Magistratura Nacional, não restando qualquer dúvida da composição de uma sistemática de violações de Direitos Humanos.

Por isso o Tribunal Popular garantiu o exercício máximo dos Direitos Humanos, o direito democrático fundamental da liberdade de opinião e da expressão do pensamento, por meio da participação popular, de modo a impactar a consciência social, construindo um direito libertador e humano.

Ao final os Tribunais Populares, "*can be a reality in shaping and promoting human rights within local communities so that human rights become accessible*".[44]

---

43 REDAÇÃO BRASIL DE FATO. Tribunal Popular que condenou a Lava Jato volta a se reunir em evento online. *In*: *Brasil de Fato*, 4 maio 2021. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2021/05/04/tribunal-popular-que-condenou-a-lava-jato-volta-a-se-reunir-em-evento-online. Acesso em: 19 set. 2021.

44 "podem ser uma realidade na definição e promoção dos direitos humanos nas comunidades locais para que os direitos humanos se tornem acessíveis." (tradução nossa). PAULOSE, Regina Menachary. Imagining People's Tribunal's as the Promoter of Human Rights. *In:* KRIVENKO, Ekaterina Yahyoui Krivenko. *Human Rights and Power in Times of Globalization.* Leiden ; Boston : Brill Nijhoff, 2018. p. 294.

## REFERÊNCIAS

ANAIS DO TRIBUNAL POPULAR DOS CRIMES DO LATIFÚNDIO. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:2001;000776475 . Acesso em: 26 set. 2021.

AULER, Marcelo. "Júri da Lava Jato" e o racha entre procuradores. *In*: *Terra sem males*. [*S. l.*], 8 ago. 2017. Disponível em: https://marceloauler.com.br/juri-da-lava-jato-e-o-racha-entre-procuradores/. Acesso em: 17 set. 2021.

BOGANTES, Javier; BORRERO, José M. *Tribunal Latinoamericano del Agua*: Fundamentos ético-jurídicos. Disponível em: http://www.tragua.com/documentos/fundamentos_etico_juridicos.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017. *Caso Lava Jato*. Disponível em: http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato/index.html. Acesso em: 15 set. 2021.

COLUCCI, Pedro Henrique do Prado Haram. As Dimensões do *Lawfare* e a Insegurança Jurídica: A Normalização de um Estado Kafkiano. *Cadernos de Relações Internacionais*, PUC-Rio, v. 2, 2 nov. 2020. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/50210/50210.PDF. Acesso em: 15 set. 2021.

CONJUR. GARANTIAS AMEAÇADAS - Para Streck, constituição sofre ataque e legado da "lava jato" será ruim. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-dez-24/streck-constituicao-sofre-ataque-legado-lava-jato-ruim. Acesso em: 15 set. 2021.

COSTAS, R. Escândalo da Petrobras 'engoliu 2,5% da economia em 2015'. *BBC News*/Brasil, São Paulo, 2 dez. 2015. Brasil. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151201_lavajato_ru. Acesso em: 15 set. 2021.

FABJD. Frente Brasil de Juristas pela Democracia. *Cartilha*: Os Crimes da Operação Lava Jato. Disponível em: https://www.dropbox.com/s/q6e67g85dmo717n/CRIMESDALAVAJATO%20-%20Janeiro2018%20-%20Alta.pdf?dl=0. Acesso em: 13 set. 2021.

FILIPPI, Alberto. O legado de Lelio Basso na América do Sul e seus arquivos de Roma: as particularidades históricas das transições democráticas e a constitucionalização dos novos direitos. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* / Ministério da Justiça. – N. 8 (jul. / dez. 2012). – Brasília : Ministério da Justiça , 2012. Disponível em: https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1096. Acesso em: 13 set. 2021.

FONDAZIONE LELIO E LISLI BASSO - ISSOCO ROMA (Roma, Itália). A digitalização dos fundos do Tribunal Russell II: de um arquivo italiano à memória da ditadura militar brasileira. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* / Ministério da Justiça. – N. 8 (jul. / dez. 2012). – Brasília: Ministério da Justiça , 2012. Disponível em: https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1096. Acesso em: 13 set. 2021.

FOUCAULT, Michel. Sobre a justiça popular. *In:* FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1992. p. 39-68.

GIOVANAZ, Daniel. Tribunal Popular condena Lava Jato por arbitrariedades e violações à Constituição. *In: Brasil de Fato*. [S. l.]: edição de Ednubia Ghisi, 11 ago. 2017. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2017/08/11/tribunal-popular-condena-lava-jato-por-arbitrariedades--e-violacoes-a-constituicao. Acesso em: 19 set. 2021.

Luigi Ferrajoli, jurista de reputação mundial, condena abusos da Lava Jato. 20 de abril de 2017. Vídeo publicado pelo canal *TV 247*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=vbVM-1f14kVU. Acesso em: 15 set. 2021.

MOITA, Luiz. Los Tribunales de opinión y el Tribunal Permanente de los Pueblos.*Revista JANUS*. *NET*, e-journal of International Relations. Vol. 6, n.1 (Maio-Outubro 2015).

NOZAKI, William Vella. Capitalismo e corrupção: o caso da Petrobras e a Operação Lava Jato. Texto para Discussão / Instituto de Estudos Estratégicos de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – Rio de Janeiro: *Ineep*, ano 3, n. 16, abr. 2020. Disponível em: https://ineep.org.br/wp-content/uploads/2020/06/td_n-16_capitalismo-e-corrupcao_nozaki.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Security Council (2004). The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the Secretary-General to the Security Council, 23 August 2004, S/2004/616. Disponível em: http://archive.ipu.org/splz-e/unga07/law.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

PARMENTIER, Stephan. Crimes internacionais e justiça de transição: Onde o crime organizado se encaixa?. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* / Ministério da Justiça. – N. 8 (jul. / dez. 2012). – Brasília : Ministério da Justiça , 2012. Disponível em: https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1096. Acesso em: 13 set. 2021.

PAULOSE, Regina Menachary. Imagining People's Tribunal's as the Promoter of Human Rights. *In:* KRIVENKO, Ekaterina Yahyoui Krivenko. *Human Rights and Power in Times of Globalization*. Leiden ; Boston: Brill Nijhoff, 2018.

REDAÇÃO BRASIL DE FATO. Tribunal Popular que condenou a Lava Jato volta a se reunir em evento online. *In*: *Brasil de Fato*, 4 maio 2021. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2021/05/04/tribunal-popular-que-condenou-a-lava-jato-volta-a-se-reunir-em-evento-online. Acesso em: 19 set. 2021.

SILVA, Wellington Pantaleão da. *Dualidade de poder*: Tribunal popular e a luta por direitos humanos no Jardim Ângela. Dissertação defendida no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania. Universidade de Brasília - Planaltina, 2017. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/30980. Acesso em: 11 set. 2021.

TERRA DE DIREITOS. Tribunal Internacional dos Despejos no Brasil. Casos e Recomendações. Disponível em: https://terradedireitos.org.br/acervo/publicacoes/livros/42/tribunal-internacional-de-despejos-brasil-casos-e-recomendacoes/22996. Acesso em: 26 set. 2021.

TOSI, Giuseppe; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra. *Brasil, violação dos direitos humanos* - Tribunal Russell II. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.

TRIBUNAL POPULAR: JULGAMENTO DA LAVA-JATO. 17 de abril de 2021. *Série de vídeos publicados pelo canal Tribunal Popular da Lava Jato*. Dsiponível em: https://www.youtube.com/channel/UCNDARFOu17JAhfAG5f2Ho7g. Acesso em: 15 set. 2021.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DOS DESPEJOS. Disponível em: https://por.tribunal-evictions.org/. Acesso em: 19 set. 2021.

VASCONCELOS, Raquel Célia Silva de.A justiça popular e seus atos jurídicos: o tribunal e seus regimes de verdade na (des)qualificação das subjetividades. *Revista Dialectus*, Fortaleza, v. 4, n. 11, p. 145-157, ago./dez. 2017.

ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare*: uma introdução. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

A "Coleção Mulheres no Direito Internacional" inspira-se no desejo de 'femenagear' mulheres que se destacam na área do direito internacional, das relações internacionais e das áreas afins. Quanto mais iniciativas afeitas à temática geral da mulher e das mulheres cientistas tomem conta dos ambientes progressistas da sociedade, mais condições reuniremos para uma mudança concreta na triste realidade da desigualdade de gênero, incompatível com o processo civilizatório.

Nesse sentido, o uso da linguagem também é fundamental, e a escolha da palavra 'femenagem' foi feita propositada e convictamente. Como as palavras nascem, desenvolvem-se e ressignificam-se, novos vocábulos são agregados à língua portuguesa, portanto entender o modo como ocorrem os fenômenos que criam as palavras é também descobrir os mecanismos que movem a sociedade através da comunicação. É preciso se apoderar do discurso, subverter a linguagem e centralizar as mulheres. É preciso, portanto, 'femenagear' essas mulheres incríveis que se conscientizam de suas capacidades e potencialidades e, portanto, de seu próprio poder.

Grupo INTER

INSTITUTO EDESIO PASSOS

ISBN 978-65-995278-4-5

9 786599 527845

ithala.com.br