

**O ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO E O LAWFARE NO BRASIL:  
o esvaziamento democrático e a instrumentalização jurídica no combate ao  
inimigo político**

*THE POST-DEMOCRATIC STATE AND LAWFARE IN BRAZIL: democratic emptying and legal instrumentalization in the fight against political enemy.*

**EL ESTADO POST-DEMOCRÁTICO Y EL LAWFARE EN BRASIL: vacío democrático e instrumentalización jurídica en la lucha contra el enemigo político.**

**Luana Alves de Oliveira**

Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito  
Universidade Federal de Jataí  
luanadealvesoliveira@gmail.com  
Brasil

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0620-6889>

Texto recebido aos 10/11/2020 e aprovado aos 07/05/2021

## Resumo

O presente artigo busca estabelecer uma ligação entre a perspectiva de Estado Pós-Democrático e a prática de Lawfare, a partir de elementos do atual cenário jurídico e político brasileiro. A ideia é apontar como essa relação tem integrado o contexto de esvaziamento dos valores democráticos e de esfacelamento dos direitos e garantias constitucionais, bem como forjado inimigos políticos, sinalizando, no fundo, interesses relacionados à satisfação de poderes políticos e econômicos determinados.

Palavras-chave: Estado Pós-Democrático; direito; lawfare.



This work is licensed under an Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

## Abstract

This article seeks to establish a link between the perspective of the Post-Democratic State and the practice of Lawfare, based on elements of the current Brazilian legal and political scene. The idea is to point out how this relationship has integrated the context of emptying democratic values and shattering of constitutional rights and guarantees, as well as forging political enemies, basically signaling interests related to the satisfaction of determined political and economic powers.

Keywords: Post-Democratic State; righ; lawfare.

## Resumen

Este artículo busca establecer una conexión entre la perspectiva del Estado post-democrático y la práctica del Lawfare, a partir de elementos del actual escenario jurídico y político brasileño. La idea es señalar cómo esta relación ha integrado el contexto de vaciamiento de valores democráticos y quebrantamiento de derechos y garantías constitucionales, así como la formación de enemigos políticos, señalando, básicamente, intereses relacionados con la satisfacción de determinados poderes políticos y económicos.

Palabras clave: Estado post-democrático; derecho; lawfare.

O esvaziamento dos valores democrático insculpidos na Constituição brasileira de 1988 é uma percepção que tem se evidenciado cada vez mais. Avaliações nesse sentido são feitas por vários estudiosos e por grande parte da sociedade, que, por vezes, associam a retração de direitos e as corriqueiras ações antidemocráticas com um momento de “crise”. De fato, a noção de crise política, crise econômica, crise institucional, crise jurídica e crise social têm dominado o cenário brasileiro como base explicativa para o acentuado e mais aberto desequilíbrio democrático ocorrido desde de a promulgação da Constituição de 1988.

Essa conjuntura, no entanto, pode indicar que o cenário brasileiro ultrapassou a mera noção de “crise”, de modo que a perda do valor democrático e a consequente desconsideração do conteúdo constitucional são sintomas e, ao mesmo tempo, *modus operandi* de um modo de governar a sociedade sob o neoliberalismo. É nesse sentido que se insere a temática da pós-democracia, que, no contexto brasileiro, foi mais recente e densamente discutida pelo professor e juiz de direito Rubens Casara, que em seu livro “*Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*” (2018) – ponto de partida deste trabalho – desenvolve a ideia de Estado Pós-Democrático para demonstrar

como a lógica neoliberal tem transformado a democracia e o campo jurídico no Brasil.

Sob essa perspectiva, é possível observar que o direito exerce dois papéis essenciais na manutenção do Estado Pós-Democrático. O primeiro se dá a partir de sua instrumentalização, de forma que expedientes jurídicos são manipulados, por vezes pelos próprios tribunais, para que interesses não democráticos sejam alçados. Já o segundo consiste em viabilizar a violação de direitos fundamentais e o esvaziamento da democracia, revestindo-se de um discurso ou de uma forma aparentemente democrática, legal e institucional.

Esse aspecto tem servido, sobretudo, em casos em que questões relacionadas à política nacional passam pelo crivo do judiciário ou quando torna-se conveniente perseguir um inimigo político. Diante da atual conjuntura, um exemplo disso é o argumento da necessidade de combate à corrupção, porém de forma seletiva e acrítica, fato que tem permitido que o direito, em especial o Poder Judiciário, seja usado como um instrumento para se alcançar fins determinados e, muitas vezes, antidemocráticos.

É nesse sentido que o tema do *lawfare* pode ser inserido. A proposta deste artigo é justamente apontar como a prática de destruir inimigos políticos através do aparato jurídico, o denominado *lawfare*, é

impulsionado pelos valores e pelas intenções de um Estado Pós-Democrático. Para tanto, a primeira seção será dedicada a descrever como se caracteriza a pós-democracia no Estado brasileiro, de acordo com os referenciais teóricos adotados. Já a segunda seção irá explorar a questão do *lawfare* e sua ligação com casos atuais no país, com destaque para a situação do ex-presidente Lula, bem como sua convergência com o esvaziamento dos valores constitucionais.

## 1. Pós-democracia e a lógica neoliberal no campo jurídico brasileiro

A utilização do termo *pós-democracia* para designar a nova configuração das democracias contemporâneas é geralmente atribuída a Collin Crouch, sociólogo e cientista político inglês, que tornou a expressão conhecida a partir de *Coping With Post-Democracy*, publicado no ano 2000, que pode ser traduzido livremente para o português como “Lidando Com a Pós-Democracia”.

Crouch faz uma análise mais concentrada, partindo da avaliação de políticas econômicas e do fenômeno da

globalização, sobre como determinadas demandas do capitalismo praticado atualmente têm transformado as experiências democráticas concebidas pela tradição ocidental. Esse resgate feito pelo sociólogo e cientista político extrapola os objetivos deste trabalho. O que interessa são as principais características da pós-democracia e o seu impacto sobre o sistema democrático, importantes para se compreender o que ele quis dizer com a utilização do termo.

Embora Crouch limite sua análise, sobretudo, aos países europeus e norte-americanos, que viveram o auge do seu momento democrático por volta da metade do século XX (CROUCH, 2000, p. 03), é possível extrair elementos gerais da pós-democracia, já que alguns de seus pressupostos são os efeitos da globalização<sup>1</sup> veiculada pelo capitalismo. O diagnóstico central do autor é de que ainda que os aspectos mais visíveis da democracia continuem existindo e sendo praticados formalmente, como, por exemplo, as eleições, o real jogo político e o rumo dos governos considerados democráticos são decididos pelos interesses da elite econômica (2000, p. 01). Assim, para Crouch:

uma instituição, que é um aspecto da questão da globalização, vão consideravelmente além e têm implicações negativas para a democracia de um jeito sutil” (CROUCH, 2000, p. 14) (tradução própria).

<sup>1</sup> Nesse sentido, o autor ressalta que “Exagerada ou não, a globalização contribui para as restrições impostas à democracia, que é um sistema que tem dificuldade de aumentar acima dos níveis nacionais. Mas as implicações da crescente importância da empresa como

Sob este modelo, enquanto as eleições certamente existem e podem mudar governos, o debate público eleitoral é um espetáculo fortemente controlado, gerenciado por equipes rivais especialistas em técnicas de persuasão, e considerando uma pequena gama de questões selecionadas por estas equipes. A massa dos cidadãos desempenha um papel passivo, quiescente e até apático, respondendo apenas aos sinais dados a eles. Por trás do espetáculo do jogo eleitoral, a política é realmente formatada no privado, pela interação entre governos eleitos e elites que, esmagadoramente, representam interesses comerciais (CROUCH, 2000, p. 01) (tradução própria).

A questão das eleições, enfatizada por Crouch, é apenas um dos elementos apontados por ele para demonstrar como a democracia está sendo manipulada para atender apenas aos interesses econômicos de uma minoria. Por isso mesmo, “sob as condições da pós-democracia, há claramente pouca esperança para uma agenda forte de políticas igualitárias para a redistribuição do poder e da riqueza ou para a restrição de interesses poderosos” (CROUCH, 2000, p. 01-02) (tradução própria). Dessa perspectiva, toda e qualquer diretriz que signifique uma maior concretização da democracia liberal, portanto já limitada, para além do princípio da maioria, é restringida pelo conflito de interesses.

O prefixo “pós”, utilizado por Crouch, pode gerar questionamentos diante

da ideia trazida pelo termo de que algo é posterior, e diante da difusão do “pós” em outros termos, como “pós-verdade”, “pós-moderno”, “pós-liberal”, etc. Ele, então, explica, de modo sucinto, a função do prefixo ao comparar a democracia a uma parábola. Para Crouch, a democracia seria como uma parábola, de modo que, ao se traçar o contorno de uma,

[...] sua caneta passa por uma das coordenadas duas vezes: indo em direção ao centro da parábola e, em seguida, novamente a um ponto diferente na saída (CROUCH, 2000, p. 02).

Com isso ele quer dizer que a pós-democracia não é o mesmo que uma não-democracia, mas sim um período em que se saía pelo outro lado da parábola da democracia, acrescentando que :

o essencial é a ideia de uma parábola histórica através da qual a coisa que está sendo anexada ao prefixo ‘pós’ pode ser visto como em movimento (CROUCH, 2000, p. 07).

Assim, apesar da ressalva feita por Crouch de que a pós-democracia pode nos conduzir à níveis pré-democráticos, a sobrevivência de componentes formais da democracia nesse modelo seria compatível com “[...] a complexidade de um período “pós” (2000, p. 08) (tradução própria).

A sugestão de Crouch de que esse modelo se aproximaria de níveis pré-democráticos vai no sentido de que a política se tornaria novamente um espaço fechado tão somente a realização dos interesses das elites econômicas, identificando a política com economia plenamente, como acontecia antes (CROUCH, 2000, p. 31). Dessa maneira, não há como se pensar em pós-democracia sem considerar a profunda conexão entre política e economia, atentando-se para o fato de que esta é ampliada em detrimento do “esvaziamento” e da “colonização” daquela de vários modos. É, em suma, “a privatização do poder político pelo poder econômico” (BALLESTRIN, 2018, p. 153). Como descrevem Pierre Dardot e Christian Laval,

Resulta dessa primazia absoluta do direito privado um esvaziamento progressivo de todas as categorias do direito público que vai no sentido não de uma ab-rogação formal destas últimas, mas de uma desativação de sua validade operatória. O Estado é obrigado a ver a si mesmo como uma empresa, tanto em seu funcionamento interno como em sua relação com os outros Estados. Assim, o Estado, ao qual compete construir o mercado, tem ao mesmo tempo de construir-se de acordo com as normas do mercado (DARDOT, LAVAL, 2016, p. 193).

Esse quadro evidencia que a democracia liberal, como modelo predominante, se depara com sua mais notável crise global, sentida pela sua retração

em vários países (BALLESTRIN, 2018, p. 149). Não obstante as várias causas que contribuem para o desenvolvimento desse processo, é certo que a sua fonte principal pode ser encontrada na “[...] crise global do neoliberalismo como forma de governar as sociedades” (DARDOT e LAVAL, 2016, p. 27). Ao transmutar o caráter político e os elementos constitutivos da democracia em econômicos, suas instituições e modos característicos podem não suportar tal transformação (BROWN, 2016, p. 30 *apud* BALLESTRIN, 2018, p. 154).

Como bem aponta BALLESTRIN (2018, p. 153), as contradições da convivência da democracia com o neoliberalismo provocam a “esterilização” e a “interdição” da democracia a partir de suas “próprias instituições, discursos e práticas”. Essa percepção do “recoo democrático” a partir da “[...] permissividade e da instrumentalização da própria democracia no seu sentido hegemônico e formal” (BALLESTRIN, 2018, p. 153) constitui um traço essencial para se visualizar o processo pós-democrático no Brasil.

Uma das leituras mais recentes e mais densas sobre a pós-democracia no Brasil tem sido feita pelo professor e juiz de direito Rubens Casara, que em seu livro “*Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*” (2018) descreve, de um ponto de vista mais

jurídico, como a lógica neoliberal tem afetado negativamente a democracia e o campo do Direito em nosso país, derivando, principalmente, no esvaziamento ou no fim dos direitos e das garantias fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988.

Casara inicia sua análise confrontando a noção atualmente disseminada de que o Estado Democrático de Direito vivencia um mero momento de crise no Brasil. Ele chama a atenção para o pressuposto da ideia de “crise”, que, por definição, trata-se de uma excepcionalidade, indefinição ou emergência, resultante da “condensação de contradições”, que, todavia, não deve ser confundida com “um mero instante disfuncional de um sistema coerente e harmônico” (CASARA, 2018, p. 10 e 13), diante da sua complexidade e do seu “potencial de destruição” de “processos e sistemas” (2018, p. 11), mas, que, justamente por se tratar de um momento excepcional, deve passar, confirmando a sobrevivência da situação que vigia anteriormente (2018, p. 12).

Contudo, a percepção de Casara é de que o que se vem afirmando como “crise” no Brasil, na verdade, não o é, pois a situação que se refere a ela tem se apresentado como algo permanente (CASARA, 2018, p. 13) cuja superação parece difícil. Assim, a utilização do termo “crise”, na perspectiva do autor, tem sido utilizada como um “recurso retórico”, cujo discurso tem o objetivo de mascarar as

“características estruturantes do atual modelo de Estado” (2018, p.12), como uma justificante para o “caráter excepcional de manobras e ações políticas, que não seriam admitidas em situações de normalidade” (2018, p. 13). Como observado por Casara,

Uma crise permanente, que se apresente como funcional, útil para a geração de lucros a partir da produção de novos serviços e mercadorias, bem como à repressão necessária à manutenção do projeto político e econômico imposto em determinado Estado, não é mais uma negatividade, um desvio, e sim uma positividade cara ao modelo neoliberal (2018, p. 12).

Embora situações de crises quase sempre tenham existido, considerando que elas são uma constante inerente ao desequilíbrio estrutural do próprio sistema capitalista, sendo muitas vezes fabricadas (CASARA, 2018, p. 14-5), para Casara, o diferencial do atual contexto do Estado brasileiro consiste na manifestação explícita da positividade da “crise” aos interesses neoliberais (2018, p. 14), de modo que até a preocupação com a “mera aparência democrática” tem desaparecido (2018, p. 15).

Apesar desse aspecto atual apontado por Casara, ele também frisa que isso não significa o desaparecimento de todos os resquícios do sistema democrático (CASARA, 2018, p. 15). Aliás, é “[...] justamente a permanência de alguns institutos e práticas do Estado Democrático de Direito

que leva a ilusão de que ele ainda existe” (2018, p. 15). De certo modo, é esse efeito ilusório que tem viabilizado o discurso e a crença na “crise”, funcional para o encobrimento do “falso caráter extraordinário do momento” (2018, p. 13), que permite ações políticas direcionadamente favoráveis a determinados interesses.

Partindo dessas considerações, a ideia central do jurista é de que, o que hoje é tido como “crise” “[...] é, na verdade, um modo de governar as pessoas” (CASARA, 2018, p. 16), resgatando em Collin Crouch a ideia de pós-democracia. Assim, para Casara,

Hoje, poder-se-ia falar em um Estado Pós-Democrático, um Estado que do ponto de vista econômico, retoma com força as propostas do neoliberalismo, ao passo que, do ponto de vista político, se apresenta como um mero instrumento de manutenção da ordem, controle das populações indesejadas e ampliação das condições de acumulação do capital e geração de lucros (2018, p. 16-7).

A opção política por esse modo de governar a sociedade atinge aspectos fundamentais do Estado Democrático de Direito que, lastreado na tradição liberal, é pautado pela imposição de limites ao arbítrio, em especial, dos poderes estatais. Neste modelo de Estado, cuja modulação atual se construiu, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, a sujeição à lei, não especificamente à “letra da lei”, no sentido positivista clássico,

mas à normatividade constitucional, depositou nos direitos fundamentais e nas garantias estabelecidos na Constituição de 1988 a função de principais limitadores ao exercício do poder (CASARA, 2018, p. 19-21).

Na avaliação de Casara, o que caracteriza o Estado Pós-Democrático não é exatamente a violação aos limites de poder, já que, como ele observa, “[...] mesmo no Estado Democrático de Direito, existem manifestações de poder que escapam da legalidade”, justamente porque a própria legalidade muitas vezes serve ao poder. Assim, o traço distintivo do atual modelo de Estado é “[...] o desaparecimento de qualquer pretensão de fazer valer esses limites” (CASARA, 2018, p. 21).

A falta de “preocupação democrática” e o “desaparecimento dos valores democráticos”, como bem realça o jurista, são sintomas presentes em praticamente todos os espaços sociais, “[...] da mercantilização do mundo [...] ao crescimento do pensamento autoritário” (CASARA, 2018, p. 22). Apesar disso, a democracia em si quase nunca é abertamente atacada, pois não se considera de bom tom agredir francamente algo que se constituiu como um valor universal. Nesse sentido, Casara constata que,

Na medida em que a democracia liberal nunca atendeu às promessas feitas em seu nome, a propaganda

democrática produzida nos Estados Unidos, potencializada durante a Guerra Fria, e que para muitos sempre constituiu um embuste, impede que hoje se abra mão da “democracia”. Não há como os detentores do poder político e/ou econômico, depois de décadas de propaganda vendendo a ideia de democracia como uma forma superior, atacarem abertamente os valores que a constituem, sobretudo o valor liberdade (2018, p. 22).

Esse fato espelha o paradoxo das ações políticas no Estado Pós-Democrático: o rompimento com os valores democráticos se dá, justamente, em nome da “democracia” (CASARA, 2018, p. 23), de modo que “o significativo ‘democracia’ não desaparece, mas perde seu conteúdo”, permanecendo como um instrumento retórico que legitima o arbítrio que, segundo o seu discurso, contraditoriamente, visa assegurar as bases democráticas (2018, p. 31). Ou, como melhor resume Casara, “ao afirmar que suas ações se dão em nome da democracia, o Estado busca legitimação externa, ou seja, ético-política” (2018, p. 36).

Todavia, diferentemente da perspectiva pós-democrática de Collin Crouch, que direcionou sua análise ao Norte Global, onde as experiências com o Estado de Bem-Estar Social e o alcance prático dos direitos fundamentais foram mais amplos, Casara adverte que no Sul Global a ruptura com os valores do Estado Democrático de Direito, e até mesmo com os valores da

democracia liberal, são mais acentuados, de modo que a pós-democracia não se reduz à transferência do poder de decisão para as elites financeiras, pois, não há nem mesmo a “fachada democrática” apontada por Crouch (CASARA, 2018, p. 24-5). Nesse sentido, o autor exemplifica com o contexto brasileiro:

O Brasil, por exemplo, em que o ‘liberalismo’ conviveu com a ‘escravidão’ por vários anos, hoje apresenta uma nova variação de Estado liberal-autoritário: um Estado Pós-Democrático, que não tem qualquer compromisso com a concretização de direitos fundamentais, com o resultado de eleições, com os limites ao exercício do poder ou com a participação popular na tomada de decisões (CASARA, 2018, p. 37).

A pós-democracia, como face do neoliberalismo, é uma exigência do capitalismo para a sua sobrevivência no atual estágio global (CASARA, 2018, p. 26). A conversão de todas as práticas humanas em mercadoria (2018, p. 37) vai ao encontro da descrição de Dardot e Laval de que :

[...] o neoliberalismo não é apenas uma ideologia, um tipo de política econômica. É um sistema normativo que ampliou sua influência ao terceiro mundo inteiro, estendendo a lógica do capital a todas as relações e a toda as esferas da vida (DARDOT, LAVAL, 2016, p. 07).

Ao se transferir o debate sobre pós-democracia para o contexto brasileiro, não se

pode ignorar uma questão pertinente levantada pelos mais críticos, como faz a professora de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade Federal de Pelotas (UFPel), Luciana Ballestrin:

Afinal, pode-se falar em pós-democracia em contextos onde a própria noção de democracia liberal esteve em grande parte ameaçada pelo autoritarismo, desigualdade e violência? Sob essa perspectiva, as sociedades pós-coloniais não poderiam espelhar realidades pós-democráticas, somente apresentar desvios e exceções democráticas em sua longa, oscilante e vulnerável história em busca da democracia (BALLESTRIN, 2018, p. 161).

Nesse sentido, a autora alerta que devido as especificidades da trajetória democrática em contextos coloniais “[...] deve-se evitar uma transposição acrítica ou pouco cuidadosa dos diagnósticos das pós-democracias para o sul” (BALLESTRIN, 2018, p. 158). Embora a dimensão substancial da democracia nunca tenha se concretizado efetivamente no Brasil, assim como em toda a América Latina, que conviveu constantemente com o autoritarismo, como se apontou, pode-se pensar a pós-democracia no país, pelo menos de um ponto de vista mais jurídico,

tendo como ponto referencial a Constituição da República de 1988.

Como a Constituição de 1988 logrou institucionalizar “o maior pacto liberal-republicano-democrático vivido pelo país” (BALLESTRIN, 2018, p. 160), a percepção de um contexto pós-democrático no Brasil pode se dar a partir da verificação da estabilidade desse pacto, sobretudo, no tocante aos direitos fundamentais nela concebidos. Não obstante toda a idealização e romantismo que possam ser conferidos a estes direitos, somados a um “constitucionalismo chapa-branca”<sup>2</sup> (cf. SUNDFELD, 2009), o texto constitucional apresenta um caráter “tendencialmente democrático” (CASARA, 2018, p. 74), cujo conteúdo gera a expectativa de que os direitos e as garantias estabelecidos sirvam de “obstáculos à eficiência repressiva do Estado ou aos fins do mercado” (2018, p. 70), sendo responsáveis por assegurar a “dimensão democrática do Estado” (2018, p. 61).

Quando, porém, existe um cenário pós-democrático há uma inversão de valores e o compromisso com os direitos fundamentais, sociais e com as políticas públicas que conferem o seu “caráter dirigente”, marcado por um “plano de transformações sociais” (cf. BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2018) é visto como

<sup>2</sup> Carlos Ari Sunfeld considera que o “constitucionalismo chapa-branca”, ofuscado pela idealização garantista da Constituição de 1988 é o seu traço central, ou seja, seria “[...] destinado a assegurar posições de poder a corporações e organismos estatais ou paraestatais”.

Assim, “O conteúdo da Carta de 1988 é menos para proteger o cidadão frente ao Estado do que para defender essas corporações e organismos contra as deliberações governamentais e legislativas” (SUNDFELD, 2009, p. 15).

um empecilho ao exercício do poder. Isso porque, dentro da normalidade constitucional, esses direitos, principalmente os fundamentais, conseguiram, em alguma medida, minimizar o arbítrio do Estado e o desenfreamento do mercado, de forma que a “dimensão material da democracia” muitas vezes colide com os “interesses dos detentores do poder econômico” (CASARA, 2018, p. 35).

Diante disso, o neoliberalismo, que conduz à pós-democracia, estrategicamente transforma os direitos e as garantias fundamentais em espécies de “mercadoria”, que “alguns consumidores estão autorizados a usar” (CASARA, 2018, p. 41) e outros não, tornando-os dispensáveis ou “descartáveis” (2018, p. 67). Com efeito, ao serem encarados como travas à máxima eficiência do mercado, os direitos fundamentais tendem a ser relativizados (2018, p. 56), importando em uma significativa perda do “ganho democrático” ocorrido na modernidade (2018, p. 23).

Essa percepção, contudo, não exclui a contradição inerente à pós-democracia de que se por um lado a ruptura é aparente, por outro, a pós-democracia tem como estratégia a manutenção da democracia formal. Pois, como observado por Casara em entrevista ao Consultor Jurídico, em países de “baixa intensidade” democrática, “[...] a pós-

democracia se instala de maneira quase imperceptível” (RODAS, 2019). Porém, no Brasil, recentes acontecimentos políticos com repercussão jurídica têm evidenciado os efeitos da pós-democracia no campo do direito e demonstrado, sobretudo, a funcionalidade do Poder Judiciário na instrumentalização dos próprios elementos e discursos democráticos para relativizar direitos e garantias constitucionais. Assim, ainda que a “razão neoliberal” integre praticamente todo o imaginário social (CASARA 2018, p. 79), é revelador observar as suas consequências nos órgãos que integram o Sistema de Justiça do país.

A constatação é de que, na pós-democracia brasileira, os detentores do poder político, que nesse cenário se confundem com os detentores do poder econômico (CASARA, 2018, p. 96), muitas vezes recorrem ao judiciário para verem satisfeitos os seus interesses. Nesse sentido, além do direcionamento organizacional e burocrático (2018, p. 97), há um direcionamento das decisões judiciais atento às “expectativas do mercado”, do capital financeiro e dos “espectadores” (2018, p. 125), ou melhor, do modo neoliberal de governar a sociedade. A interferência do Poder Judiciário, como instrumento da pós-democracia, vai desde a “judicialização das campanhas”, como forma de “ataque aos adversários” políticos

até o “esvaziamento da democracia participativa”, respaldado pela “demonização da política” (CASARA, 2018, p. 33), e que, ao fim, resultam na redução de direitos.

O Ministério Público, as polícias e a grande mídia também têm tido papel fundamental na concretização da pós-democracia no Brasil (cf. CASARA, 2018, p. 99). Todavia, a relevância da questão do judiciário tem grande razão de ser. Como pontua Casara, “no imaginário democrático, o Poder Judiciário ocupa posição de destaque” (2018, p. 125). Ou seja, em sociedades permeadas pelo conflito, pelo desrespeito aos direitos, pela inércia ou descumprimento de deveres por parte dos agentes estatais e de particulares, o Poder Judiciário toma para si a “[...] a função de ‘guardião da democracia e dos direitos’” (2018, p. 125-6). Contudo, no Estado Pós-Democrático, o judiciário deixa de exercer esse papel de “garantidor” (2018, p. 125), de forma que:

Todas as distorções verificadas no Sistema de Justiça, desde a tentação populista à lógica patrimonialista e patriarcal, são potencializadas na pós-democracia, mais precisamente no momento em que a razão neoliberal se tornou a nova razão do Estado-Juiz (CASARA, 2018, p. 126).

Nota-se que esses fatores têm reflexo principalmente sobre o Sistema de

Justiça Criminal, no qual a resposta penal, geralmente, tem como consequência a violação de algum direito (CASARA, 2018, p. 126), mesmo diante de “textos tendencialmente democráticos” (2018, p. 107). Assim, há uma inversão da função declarada do direito penal nos Estados democráticos, consistente na “contensão do poder” (2018, p. 109), já que nas pós-democracias os limites ao exercício do poder são mitigados.

Além do fenômeno do “ativismo judicial”, a expansão da atuação do judiciário vem fomentando a “judicialização da política” de tal forma que, atualmente, os impasses e as disputas políticas, não raro, saem do âmbito da soberania popular e são concentrados em outra esfera, ou seja, “[...] o Sistema de Justiça se tornou o *locus* privilegiado da luta política” (CASARA, 2018, p. 127). Assim, não apenas as mazelas cotidianas do direito penal são potencializadas, como também os espaços tradicionais do debate político são transferidos para as mãos de promotores e procuradores de justiça, juízes de direito, desembargadores e ministros de tribunais superiores e da mídia corporativa.

O notável aumento da repressão, de decisões autoritárias e que não guardam correlação com os fatos jurídicos, de prisões desnecessárias e abusivas, de conduções coercitivas; a restrição de acesso às

informações processuais para as próprias partes, o desrespeito ao devido processo legal, a confusão entre a função de acusar e julgar, a espetacularização midiática e ilegalidades processuais (cf. CASARA, 2018, p. 110-2, FREITAS, 2017, p. 136-140) são alguns dos sintomas jurídicos da pós-democracia e que traduzem a “ausência de preocupação democrática”, destacada por Casara (2018), e a desconsideração pelos preceitos constitucionais.

Isso não significa que todos os conflitos passem, necessariamente, pelo crivo do judiciário, mas sim que, constantemente, expedientes jurídicos são manipulados para atenderem a determinadas expectativas do neoliberalismo que correriam o risco de não serem contempladas se a solução das suas demandas ocorresse por outras vias menos afetadas pela pós-democracia. Ademais, há o elemento discursivo, consubstanciado na “produção de subjetividades” (CASARA, 2018, p. 107) e na ideologia pós-democrática, nunca percebida como uma ideologia (2018, p. 122), que

[...] naturaliza o afastamento de direitos e garantias fundamentais em nome do ‘combate à criminalidade’ ou da ‘guerra à corrupção’ (2018, p. 122).

A esse respeito, aliás, Casara observa que o processo penal “típico da

pós-democracia” é o “processo penal do espetáculo”, marcado pelo apelo à audiência e pelo sensacionalismo em detrimento do “desejo de democracia” (CASARA, 2018, p. 166). Nesse cenário, há um “enredo” que prevalece sobre o fato (2018, p. 167-9), no qual os atores jurídicos e a grande mídia operam a partir da “deformação da realidade social” e da “formação da opinião pública”, que, na verdade, sempre equivale à “opinião publicada”, se utilizando de informações seletivas, de condenações prematuras e do descredito moral relativos a suspeitos, investigados e réus de processos criminais (2018, p. 165). A intenção é formar um arcabouço discursivo que permita respaldar na “vontade popular” e na “opinião pública” o distanciamento dos direitos e garantias constitucionais como uma ação democrática (2018, p. 164).

Casara considera que o início da consolidação do Estado Pós-Democrático no Brasil se deu com o julgamento da Ação Penal 470, processo conhecido como “Mensalão” (CASARA, 2018, p. 193), um marco da espetacularização penal, da superação de limites legais e do “[...] reconhecimento explícito da possibilidade de condenações criminais sem provas seguras da autoria de um crime” (2018, p. 196), cujo discurso principal era a necessidade de pôr termo à corrupção do governo à época.

Esse tipo de tática se tornou mais perceptível no contexto da Operação Lava Jato<sup>3</sup>, conjunto de investigações iniciadas em 2014 e comumente identificadas com o combate à corrupção, e se acentuou profundamente em 2016, com o *impeachment* ou golpe contra a ex-presidente eleita Dilma Rousseff e com a prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 2018. Em ambos os casos, chamou a atenção o desrespeito a determinados preceitos constitucionais e até mesmo a desconsideração de formas processuais, que em Estados democráticos são pressupostos para a efetivação de direitos e garantias fundamentais (CASARA, 2018, p. 201). Ao analisar a Operação Lava Jato, o juiz e professor frisa que:

Em alguns dos processos originados da Operação Lava Jato, instaurada às vésperas da eleição presidencial de 2014 cercados de espetacularização semelhante à da AP 470, deram-se seguidas atipicidades que foram apontadas por vários juristas como violações de direitos e garantias dos investigados e dos réus, em sua grande maioria toleradas pelo Poder Judiciário. Direitos e garantias fundamentais, vistos como

obstáculos aos objetivos repressivos, moralizantes e políticos da Operação Lava Jato, teriam sido afastados. Por outro lado, as consequências sociais e econômicas desses processos, que raramente foram objeto de atenção dos meios de comunicação de massa, mostraram-se adequados à razão neoliberal (CASARA, 2018, p. 200).

A racionalidade neoliberal, que move a pós-democracia, está presente nesses processos desde a espetacularização, passando pela delação premiada em troca de vantagens processuais, até negociações entre órgãos estatais e investigados ou réus para garantir o eficientismo punitivo e a minimização dos custos processuais (CASARA, 2018, p. 201-3). Porém, assim como outros juristas, Casara considera a relativização da presunção de inocência<sup>4</sup>, mantida pelo Supremo Tribunal Federal fevereiro de 2016 a novembro de 2019, como “[...] um dos sintomas mais explícitos da chegada da pós-democracia no Brasil” (2018, p. 150).

Como um dos princípios constitucionais mais importantes para a efetivação das garantias processuais e para a contenção do arbítrio estatal, o impedimento de que uma pessoa possa

<sup>3</sup> Segundo definição do portal do Ministério Público Federal, “a Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, com a investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, a Lava Jato já apontou irregularidades na Petrobrás, maior estatal do país, bem como em contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3” (BRASIL, 2020).

<sup>4</sup> O princípio da presunção de inocência, tido como garantia constitucional, está consubstanciado no texto do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição da República

Federativa do Brasil de 1988, que estabelece que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O princípio foi relativizado em fevereiro de 2016, no bojo do julgamento do HC 126.292/SP, pelo STF, ocasião em que a maioria dos Ministros entendeu que a pessoa condenada em segunda instância já poderia iniciar o cumprimento de pena, ainda que o processo não tivesse transitado em julgado pelo esgotamento dos recursos. O entendimento, porém, foi novamente alterado no julgamento das ADCs 43 e 44, em novembro de 2019, quando o princípio foi restaurado.

iniciar o cumprimento da pena imposta antes do trânsito em julgado - portanto, com a possibilidade de ainda ser declarada inocente - se revelou uma “negatividade”, um empecilho à repressão penal (CASARA, 2018, p. 150-1). Outrossim, no neoliberalismo a liberdade não é um valor fundamental, ligado à dignidade humana, mas sim, nos termos de Rubens Casara, uma “mercadoria” (2018, p. 150), cuja utilidade ou dispensabilidade varia de acordo com a posição do seu “consumidor” na lógica normativa da pós-democrática.

Em resumo, há uma violação de direitos seletiva (CASARA, 2018, p. 71), assim :

[...] para aqueles que não interessam à sociedade neoliberal, por não produzirem, não prestarem serviços, não consumirem ou resistirem à racionalidade neoliberal, reserva-se a resposta penal (e a prisão persiste como resposta penal preferencial aos desvios) [...] (2018, p. 54)

Pois, na pós-democracia, a única liberdade que importa é aquela indispensável às necessidades do mercado (2018, p. 145).

Nesse ponto, nota-se uma estreita correlação entre a lógica do Estado de exceção como regra (Georgio Agamben), o inimigo político schmittiano (Carl

Schmitt) e o inimigo do direito penal (Günther Jakobs). A normalização do afastamento da incidência do conteúdo constitucional transforma o que era exceção em regra no Estado Pós-Democrático (CASARA, 2018, p. 72). A suspensão de determinadas normas, todavia, tem destinatários específicos. O *inimigo* selecionado e ampliado pela soberania da lógica neoliberal, próximo da acepção de Schmitt de *inimigo* político, é, como indica Casara, “[...] todo aquele que não possui valor de uso dentro da racionalidade neoliberal” (2018, p. 75), noção que encontra eco em Jakobs, diante da defesa de que o *inimigo* não precisa gozar de direitos. É, como frisa Ballestrin, um projeto político racionalmente irracional, que autoriza “[...] a eliminação do outro no jogo político, nas ruas e no cotidiano” (BALLESTRIN, 2018, p. 160).

A limitação da democracia nos níveis atuais é capaz demonstrar que a violação de direitos, sobretudo os constitucionais, não se restringe apenas à parcela da população tradicionalmente já privada de direitos e garantias fundamentais. Pelo contrário, o empreendimento pós-democrático se mostra incisivo sempre que necessário à concretização da eficiência neoliberal. A consciência social e institucional da condição vivida pelo país é importante para

saber como as instituições e os atores jurídicos devem lidar com essa conjuntura.

Como a forma jurídica da pós-democracia consiste eminentemente na “eliminação do conflito pelo discurso neoliberal” (BALLESTRIN, 2018, p. 156) de forma dissimulada, ou seja, uma “ruptura com aparência democrática” (2018, p. 160) e por dentro das próprias instituições democráticas (2018, p. 153) a percepção desse processo pode ser confusa ou não tão clara. Para os juristas, esse fato indica a necessidade de análises que levem em consideração a confluência de interesses jurídicos, políticos e econômicos (neoliberais) que conduzem ao declínio da Constituição de 1988, e, principalmente, como as leis, as agências estatais e segmentos sociais têm instrumentalizado isso.

## 2. Lawfare: instrumentalização do Direito na construção e destruição do *inimigo* político

Mais recentemente, a impressão de que alguns processos judiciais de personalidades políticas ou pessoas com algum grau de notabilidade social têm sido objetos de manipulação jurídica artilosa ou mesmo de perseguição passou a dominar

entre os juristas. A centralidade dos procedimentos penais no campo majoritariamente político vem indicando “[...] profundos retrocessos na ordem democrática constitucional” (DORNELLES, 2017, p. 184). A avaliação de processos desse tipo tem demandado, inclusive, certo esforço teórico dirigido a apontar a racionalidade jurídica responsável por situações assim.

É nesse sentido que se torna pertinente a abordagem do debate sobre o *lawfare*. O termo é relativamente novo no campo do Direito e da política, mas tem ganhado projeção significativa no Brasil desde a eclosão dos processos relacionados à Operação Lava Jato e do *impeachment* presidencial em 2016. A leitura mais espessa e descritiva acerca do tema foi feita pelos advogados, juristas e fundadores do *Lawfare Institute*<sup>5</sup>, Cristiano Zanin Martins, Valeska Zanin Martins e Rafael Valim, no livro “Lawfare: uma introdução” (2019). Os próprios autores ressaltam a escassez de estudos sobre o *lawfare* no país, mas, a partir de uma releitura internacional e da experiência com casos concretos, os juristas traçam as principais características que permitem identificar tal prática no Brasil (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 13).

<sup>5</sup> Mais informações sobre o instituto podem ser obtidas em sua página oficial na internet: [www.lawfareinstitute.com](http://www.lawfareinstitute.com) (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 13).

Os juristas resgatam na literatura estrangeira, notadamente norte-americana, conceituações sobre o *lawfare*, que embora usadas em tons diferentes, possuem acepções similares. Inicialmente, os juristas esclarecem que a difusão do termo partiu do entendimento do coronel da Força Aérea estadunidense Charles J. Dunlap Jr., também, abordado no livro *Lawfare: Law as a weapon of war*, do autor Orde F. Kittrie (2016), cujo título (*Lawfare: a lei como uma arma de guerra*) já introduz o significado do termo (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 10-1 e 18-9).

Nessa primeira acepção, *lawfare* é abordado em um tom crítico, demonstrando

[...] que as leis e os procedimentos jurídicos estavam sendo utilizados por entidades não estatais ou até mesmo por grupos constituídos à margem da lei para alcançar efeitos similares contra o Estado norte-americano (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 11).

A ideia era mostrar que em contextos bélicos, certos grupos se utilizavam da lei para “produzir efeitos militares” e atingir os Estados Unidos (2019, p. 11). Ou seja, aqui a noção central é a de lei como arma de guerra. Até esse momento, a conotação dada pelos norte-americanos é de algo realmente ruim, tanto que em um documento publicado pelo Pentágono em 2005, os americanos

mencionaram que a “[...] a lei ‘é uma arma dos fracos que usam processos judiciais internacionais e o terrorismo para minar a América’” (2019, p. 18).

Os juristas observam, entretanto, que, posteriormente, o próprio Charles Dunlap passa a creditar ao termo *lawfare* “uma definição *neutra*” (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 18), no sentido de que não apenas o “inimigo” mas também o próprio Estado poderia se beneficiar dessa prática no âmbito da segurança norte-americana, pois seria menos sangrenta, dispendiosa e destrutiva do que as guerras tradicionais. Ou seja, usar ou abusar da lei passou a ser considerada uma estratégia substitutiva dos recursos militares habituais para se obter os objetivos desejados. Assim, se estimou o *lawfare* como uma arma que “[...] poderia ser empregada para alcançar fins bons ou maus” (2019, p. 19).

Além disso, outros conceitos mais críticos atribuíram ao *lawfare* o uso da violência própria da lei para produzir “coerção política” e, também, como forma de captura da política pelo neoliberalismo (Jean e John Comaroff) (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 19). Todavia, os juristas Cristiano e Valeska Zanin Martins e Rafael Valim, se depararam com a necessidade de construir uma conceituação mais adequada ao cenário

brasileiro, que, nos seus próprios termos, “[...] embora dialogue com as demais definições, com estas não se confunde” (2019, p. 20). Assim, a acepção de *lawfare*, na qual se baseia toda a análise de casos ocorridos no país, é: “o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo” (2019, p. 26).

A necessidade do desenvolvimento de uma releitura do *lawfare* desde uma perspectiva da experiência brasileira e latino-americana (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 11) parecer ter derivado da emergência do acirramento do ambiente político e social no Brasil desde 2013, passando pela efetivação do *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff em 2016 e dos processos envolvendo o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2019, p. 09-10). Na condição de advogados do ex-presidente Lula, Cristiano Zanin e Valeska Martins verificaram que os processos criminais que o investigavam, derivados da Operação Lava Jato, não se tratavam de casos comuns, mas sim de “atos orquestrados” entre órgãos do Sistema de Justiça e da grande mídia “[...] visando produzir efeitos no cenário político”, cujo efeito principal, provavelmente, consistiu em minar as possibilidades de o ex-presidente disputar a eleição presidencial de 2018 (2019, p. 10).

Como os estudos sobre abuso de direito, abuso de autoridade e semelhantes não eram suficientes para explicar todas as circunstâncias envolvidas no caso (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 10), o neologismo *lawfare* (2019, p. 17) tornou-se útil e o mais adequado (2019, p. 21). Na visão dos juristas, a persecução penal contra o ex-presidente “[...] vem sendo considerado o mais emblemático caso de *lawfare* da atualidade [...]” (2019, p. 15). A despeito das frequentes “distorções e vulgarizações” (2019, p. 15) que cercam as tentativas de análise do caso, adverte-se que:

O *lawfare* não é um mero rótulo, nem um modismo e muito menos um joguete a serviço de determinada ideologia política. Trata-se, em verdade, de um fenômeno complexo, multifacetado e que ocupa um lugar central na reflexão sobre as combalidas democracias constitucionais contemporâneas, na medida em que é capaz de solapar, de um só golpe, o princípio majoritário e o Estado de Direito (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 15).

De acordo com os juristas, o termo foi utilizado pela primeira vez em relação ao caso do ex-presidente Lula em 2016, ocasião em que foi definido como “o uso perverso das leis e dos procedimentos jurídicos para perseguir inimigos ou oponentes e obter resultados ilegítimos”. Além dos objetivos políticos, havia indícios de que objetivos geopolíticos, relacionados

à exploração de petróleo do “pré-sal”<sup>6</sup> também estavam na rota de interesses que desencadearam as imputações criminais contra o ex-presidente (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 12).

Os juristas apontam que com a maior assimilação – ou até mesmo a “banalização” - do termo nos campos jurídico e político na América Latina, a partir da noção de “uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo”, houve uma confusão, comum inclusive, entre este fenômeno e o “fenômeno da judicialização da política” na literatura jurídica (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 21 e 29). A mesma confusão ocorre frequentemente com as categorias de “estado de exceção” (2019, p. 29) e de “ativismo judicial” (2019, p. 31). Embora essas outras definições possuam “pontos de contato” e dialoguem com o *lawfare*, com ele não se identificam totalmente, já que este possui características próprias (2019, p. 29-31).

O ponto de convergência entre Estado de exceção e *lawfare* – segundo uma aproximação com os três elementos de estado de exceção extraídos a partir de Carl Schmitt: “o soberano, a superação da normatividade e o inimigo” – está, justamente, na figura deste

último, uma vez que, tal qual o estado de exceção, o *lawfare* também se vale da hostilidade para promover o “combate a um inimigo virtual, constantemente redefinido”, e desprovido da condição de pessoa (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 30). A rigor, os juristas consideram o Estado de exceção como uma “tática” da estratégia do *lawfare*, no sentido de que “se não há norma jurídica prestante à guerra, cria-se uma *ad hoc*, mediante a técnica da exceção” (2019, p. 31).

O mesmo raciocínio se dá em relação à judicialização da política e ao ativismo judicial. Enquanto a primeira tem a ver com o aumento contemporâneo da incidência das normas, sobretudo constitucionais, “[...] sobre a ordem política, econômica e social” (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 32), o segundo funda-se na prevalência das “convicções pessoais do intérprete” em detrimento dos textos normativos (2019, p. 31). Observa-se que o *lawfare*, sobretudo o de caráter político, é normalmente mediado por um ativismo judicial ancorado no discurso do “combate à corrupção”, cujas “distorções” e “demonização” são responsáveis por projetar o *inimigo* (2019, p. 32).

Diferentemente da concepção de *lawfare* adotada pelos militares norte-americanos, de uma estratégia “neutra”,

<sup>6</sup> “As descobertas no pré-sal estão entre as mais importantes em todo o mundo na última década. Essa província é composta por grandes acumulações de óleo leve, de excelente qualidade e com alto valor comercial.

Uma realidade que nos coloca em uma posição estratégica frente à grande demanda de energia mundial” (PETROBRAS, 2020).

como foi apontado anteriormente, pode-se dizer que tal fenômeno tem um caráter sempre “negativo”, pois, do ponto de vista jurídico, há “um completo esvaziamento do Direito” (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 27) – podendo-se considerar, também, um significativo esvaziamento da política. O *lawfare* dá conta da amplitude do termo Direito, indicando que:

[...] toda e qualquer norma jurídica – atos legislativos, jurisdicionais ou administrativos – e todo e qualquer aplicador – órgãos legislativos, jurisdicionais e administrativos – podem deflagrar o fenômeno do *lawfare* (2019, p. 27).

É importante ter em mente que a prática do *lawfare* constitui uma das “formas alternativas de guerra”, tal como a “guerra psicológica”, a “guerra da informação”, a “guerra tecnológica”, a “guerra econômica” etc., (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 18), destarte, pode servir a fins diversos, que podem ser encarados isoladamente ou em conjunto, e que se relacionam com o tipo de conflito existente, sendo o *lawfare* de natureza, principalmente, política, geopolítica ou comercial. Assim,

<sup>7</sup> Os autores esclarecem que: “A estratégia se ocupa, pois, de classificar e hierarquizar eventos com o propósito de escolher os meios mais eficazes ao atingimento de certos objetivos. Trata-se de uma ‘disciplina de meios’ a serviço de interesses políticos e econômicos”. “[...] a tática é mais pormenorizada e mais contingente,

Basta, para tanto, que haja um conflito – geopolítico, político e comercial – e pessoas do Sistema de Justiça e dos demais órgãos que aplicam

o Direito estejam dispostos a manipular as leis e os procedimentos jurídicos para atingir fins ilegítimos com o auxílio de alguns recursos de persuasão” (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 13).

Os autores da obra utilizada nesta seção fazem uma sistematização para a melhor compreensão do *modus operandi* do *lawfare*, a partir de comparações com as práticas tradicionais de guerra, o que eles definem como “dimensões estratégicas”, que são três a saber: “a geografia, o armamento e as externalidades” (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 35). Além das estratégias<sup>7</sup>, os juristas especificam as táticas do *lawfare* (2019, p. 73-95). Contudo, aqui, apenas as estratégias serão abordadas resumidamente, por entender que a abordagem destas já é suficiente para as pretensões do presente trabalho, ademais, a princípio, elas são mais visíveis em casos concretos de *lawfare* no país.

De forma sintética, a dimensão geográfica, equivalendo-se à relevância da “escolha do campo de batalha” na guerra, significa a escolha estratégica dos

naturalmente limitada no tempo e no espaço e destinada a resolver um problema específico. Já a estratégia compreende toda a campanha, inclusive a escolha das táticas e, nessa medida, assume certo grau de rigidez” (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 24-5).

“[...] órgãos públicos encarregados de aplicar o Direito, em função de cujas inclinações interpretativas as armas a serem utilizadas terão mais ou menos força” (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 36).

Nessa dimensão, observa-se que o *lawfare* tem como prática a manipulação e a corrupção das regras de competência e do juiz natural da causa, visando obter resultados favoráveis de acordo com as tendências de determinado tribunal, por exemplo (2019, p. 36-7). Analisando-se o cenário brasileiro,

No âmbito da Operação Lava Jato, por exemplo, com lamentável frequência, pessoas investigadas por fatos ocorridos em uma jurisdição específica foram ilegalmente processadas e julgadas por juízes manifestamente incompetentes (i.e. sem jurisdição ou autoridade sobre o caso, nos termos das regras de regência) (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 778).

A dimensão “armamento”, concernente “[...] à arma com que se trava o combate [...]” corresponde, no âmbito do *lawfare*, às escolhas das normas hábeis para atingir o “*inimigo* eleito”, que se efetiva, na verdade, a partir da “[...] norma jurídica indevidamente extraída pelo intérprete do texto legal” (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 38). Os juristas apontam que, em geral, leis dotadas de conceitos vagos, indeterminados, e, portando, de fácil

manipulação, e que, ainda, veiculam medidas cautelares e investigatórias de caráter violento, são as mais comumente utilizadas nas práticas de *lawfare*, é o que se verifica com os diplomas legais “[...] anticorrupção, antiterrorismo e relativos à segurança nacional” (2019, p. 38), por exemplo. No contexto brasileiro, a lei anticorrupção (Lei n. 12.850/13) se constituiu como um dos maiores instrumentos na prática do *lawfare* (2019, p. 50).

A terceira dimensão, por seu turno, denominada “externalidades”, que na guerra diz respeito “às estratégias externas” de combate ao *inimigo*, na versão do *lawfare* equivale às “[...] técnicas de manipulação de informação para gerar um ambiente favorável ou aceitável para o uso das armas jurídicas contra o inimigo” (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 51). Nessa dimensão, há um auxílio externo dos meios de comunicação na manipulação da opinião pública mediante a distorção de informações, a disseminação da “presunção de culpa” e a “demonização” do considerado *inimigo* (2019, p. 52). Assim, a partir “técnicas avançadas de comunicação”, setores midiáticos conseguem “[...] potencializar a utilização estratégica da lei para atingir um inimigo”, promovendo um adiantamento da condenação e instigando a opinião pública a exigir a punição (2019, p. 53).

No Brasil, a intensificação das práticas de *lawfare* está intrinsicamente ligada ao “[...] contexto de proliferações das operações de combate à corrupção” na América Latina (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 21). A facilidade com que o *lawfare* se instala nesses casos se dá, justamente, porque a “corrupção” é uma pauta que goza de amplo apoio popular e midiático, ademais os procedimentos que envolvem investigações e julgamentos promovem um cenário de espetáculo midiático que “fragiliza os acusados” e favorece o ambiente para a efetivação do *lawfare* (2019, p. 94).

Ilustrativamente, os juristas elencam três casos paradigmáticos de *lawfare* (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 99). Ao abordarem esses casos, os autores não fazem um juízo sobre a ocorrência ou não de crime, o objetivo é, tão somente, observar os interesses que motivaram a “deflagração das investigações” (2019, p. 108). Resumidamente, o primeiro é o caso “Siemens”, que envolveu uma das maiores empresas do mundo, a alemã Siemens Aktiengesellschaft, ocorrido entre os anos entre os anos de 2006 e 2008. As várias ações de persecução penal deflagradas contra a empresa, para averiguar esquemas de corrupção que teriam violado o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) (Lei de Práticas de Corrupção no Exterior), se situam no contexto de “[...] intensificação do embargo

comercial decretado pelos Estado Unidos contra o Irã em 2006” (2019, p. 99-108).

Aparentemente, a empresa alemã contrariou os EUA ao violar os embargos dos norte-americanos ao Irã e realizar transações comerciais com o país (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 104). Após grande repercussão e pressão midiática mundial, diante de acusações de corrupção, a empresa sofreu duras sanções econômica conduzidas pelos EUA. Ao final, depois de várias consequências punitivas, em 2010 a Siemens cessou os acordos comerciais com o Irã. Ao se avaliar a existência de práticas típicas do *lawfare*, sobretudo, a partir da manipulação de normas do FCPA, é possível observar que motivos geopolíticos e comerciais norte-americanos foram a razão da referida persecução penal (2019, p. 108).

No caso “Ted Stevens” – inclusive, curiosamente parecido com o enredo do caso Lula – o senador do Partido Republicano pelo Alaska, Theodore Stevens, que gozava de certa popularidade e proeminência política, foi acusado pelo Departamento de Justiça dos EUA (DOJ) por ter recebido ‘presentes’ por seis anos sem declará-los, dentre eles uma reforma no valor de 200 mil dólares em seu chalé no Alaska, através do empresário Bill Allen, dono da empresa VECO, do ramo do

petróleo (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 108-10).

Mesmo após a defesa do senador conseguir provar que os pagamentos referentes à reforma haviam sido provenientes de um empréstimo bancário e da hipoteca de sua residência, a narrativa agressiva e as distorções de informações e elementos probatórios fizeram com que Stevens fosse condenado por violação ao código de ética (2019, p. 111). Mais tarde, investigações comprovaram que o caso foi fruto de “[...] práticas jurídicas corruptas durante o julgamento” por parte do FBI e de procuradores do DOJ (2019, p. 113).

Já no caso Lula, considerado pelos autores “[...] uma profunda mudança de paradigma no Direito brasileiro [...]” (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 20), o ex-presidente foi investigado e preso no âmbito da Operação Lava Jato, acusado de cometer supostos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro, no processo que ficou conhecido como o caso do triplex do Guarujá. Em síntese, a acusação era de que Lula havia recebido propina da empresa OAS, dissimulada através da propriedade e da reforma de um apartamento triplex, para privilegiar a empresa em contratos com a Petrobras<sup>8</sup>.

O questionamento sobre a lisura do processo e os indícios da prática de *lawfare* são fundados e têm amparo em diversos fatores apontados pelos juristas, tais como: *i*) “a escolha de uma jurisdição favorável a partir de critérios artificiais” – praticamente todos as ações penais foram processadas na 13ª Vara Federal de Curitiba, onde atuava o juiz federal Sérgio Moro, ainda que os supostos crimes não tenham ocorrido em Curitiba – *ii*) a aplicação de legislações que permitiam ampla utilização de delações premiadas, conduções coercitivas e a manipulação de conceitos jurídicos indeterminados – como, por exemplo a Lei de Organização Criminosa; além de *iii*) uma intensa e agressiva campanha midiática empreendida pela própria Lava Jato com o apoio da grande imprensa nacional (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 116-21).

Da condenação do ex-presidente, o resultado principal consistiu no impedimento de sua candidatura ao pleito eleitoral de 2018 (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 123), forte indício de que motivações políticas, consubstanciadas em interesses econômicos, podem ter sido o fator gerador do *lawfare* promovido nesse caso. Outrossim, a forte presença e auxílio de órgãos estadunidenses na Operação Lava

<sup>8</sup> Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR

Jato não deve ser ignorada<sup>9</sup>. No livro “*Lawfare: uma introdução*”, os autores registram a realização de um evento no ano de 2009, realizado na cidade do Rio de Janeiro, e revelado pelo *Wikileaks*, no qual juízes e promotores brasileiros e latino-americanos foram treinados por agentes norte-americanos sobre como lidar com operações de corrupção e organizações criminosas (2019, p. 116-7).

Ademais, a colaboração de organismos estrangeiros como a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), e o fato publicamente conhecido em 2013 de que a Petrobrás e autoridades brasileiras foram espionadas pela Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos (NSA) (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 117) reforçam as hipóteses de que o *lawfare* empreendido contra o ex-presidente pode estar ligado a um projeto político que detém interesses que ultrapassam a mera preocupação com práticas de corrupção no governo brasileiro. Nesse sentido, após os processos da Operação Lava Jato e do

*impeachment* da ex-presidente Dilma, como aponta Rubens Casara, é perceptível

[...] a criação de condições para a abertura sem limites do mercado às corporações internacionais. Nesse particular, é esclarecedor o exemplo da negociação que envolveu a permissão da exploração do pré-sal por empresas internacionais, contra a diretriz sustentada pelo governo deposto (CASARA, 2018, p. 209).

No ano de 2019, uma série de reportagens publicadas pelo portal *The Intercept Brasil* confirmou as hipóteses da ocorrência da prática do *lawfare* no caso Lula, ao expor as “estratégias e táticas dos agentes da Operação Lava Jato” (C. MARTINS; V. MARTINS; VALIM, 2019, p. 63).

### 3. Considerações finais

O presente artigo teve como objetivo traçar a relação existente entre o declínio da democracia no Estado brasileiro com fenômeno do *lawfare*, que de forma geral seria um termo concebido para se referir à utilização do direito como uma arma para atingir o inimigo político. Assim, o ponto de

com investigados brasileiros em investigações em curso nos EUA. Ainda segundo a publicação, para evitar que a vinda dos americanos se tornasse pública, os procuradores da Lava Jato driblaram o governo brasileiro e as regras previstas em tratado para a colaboração jurídica entre brasileiros e americanos. Essa preocupação ficou evidente na seguinte fala do Procurador Deltan Dallagnol, obtida através de conversas no aplicativo Telegram que foram vazadas: os “Americanos não querem que divulguemos as coisas” (FISHMAN; VIANA; SALEH, 2020).

<sup>9</sup> Um exemplo disso foi demonstrado pelo *The Intercept Brasil*, no conjunto de reportagens denominado “Vaza Jato”, ao revelar que Procuradores do Ministério Público Federal tentaram manter em segredo uma colaboração da Operação Lava Jato com o Departamento de Justiça dos EUA (DOJ). De acordo com a reportagem, em outubro de 2015, alguns agentes e promotores americanos vieram ao Brasil para reuniões na sede do MPF em Curitiba. O objetivo das reuniões era obter maiores informações sobre as investigações relacionadas a Petrobrás e viabilizar acordos de colaboração premiada

partida se deu a partir das leituras do livro *Estado Pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis* (2018), do juiz e professor Rubens Casara, e do livro *Lawfare: uma introdução* (2019), de autoria dos juristas Cristiano Zanin Martins, Valeska Zanin Martins e Rafael Valim.

A partir da perspectiva pós-democrática é possível compreender como o esvaziamento da democracia pactuada na Constituição de 1988 e do conteúdo principiológico constitucional se dá pelas próprias vias institucionais, através de uma aparente legalidade. A categoria recente do *lawfare* liga-se a isso demonstrando como os expedientes jurídicos têm sido manipulados a fim de afetar um inimigo político e alcançar fins políticos e/ou econômicos determinados, mantendo-se, porém, um aspecto formalmente legal.

Como observado, essas leituras sugerem que a perda de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos é uma consequência direta da estratégia neoliberal de transformação destes em mercadoria para que sua fruição seja seletiva, tornando-se assim descartáveis para algumas pessoas quando convém aos interesses do chamado *mercado*.

Esse processo de arrefecimento da Constituição de 1988 tem contado com a

atuação intensa do próprio Poder Judiciário e de outros atores jurídicos, cuja interferência no jogo político, a partir de certa instrumentalização do direito, sinaliza para a prática de *lawfare*, como manobra para atingir o *inimigo político*. E embora não tenham sido tratadas de maneira aprofundada neste artigo, vale ressaltar que outras categorias, como *estado de exceção* e *inimigo político*, em suas conceituações mais conhecidas, como em Schmitt e Agamben, estão intrinsecamente relacionadas ao tema em questão e integram a análise das categorias de *Estado Pós-democrático* e *lawfare* no Brasil.

Nesse sentido, o exemplo recente mais emblemático apontado no texto foi a persecução penal empreendida contra o ex-presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, a partir de 2014, caso no qual as manipulações de expedientes jurídicos já foram amplamente reconhecidas como tendo sido utilizadas para fins políticos que podem ter sido engendrados por interesses econômicos. Nesse contexto, o ponto jurídico tensionado foi a relativização do princípio constitucional da presunção de inocência.

Portanto, a conexão estabelecida entre essas categorias vai no sentido de que práticas de *lawfare* estão inerentemente circunscritas em um cenário pós-democrático. O afastamento dos direitos e

garantias fundamentais e a desconsideração de todo e qualquer limite à realização do poder, conduzidos de forma aparentemente legal e democrática são, também, uma estratégia do *lawfare*, que impacta diretamente na efetividade constitucional, afinal, como ressalta Fernando Hideo Lacerda “[...] combater o inimigo com aparência de legalidade institucional [...] é a lógica do Estado de exceção contemporâneo” (LACERDA, 2017, p. 142).

### Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. Tradução de: Iraci D. Poletti.

BALLESTRIN, Luciana. O debate pós-democrático no século XXI. **Revista Sul Americana de Ciência Política**, v. 4, n. 2, 2018, p. 149-164. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/rsulacp/article/view/14824>>. Acesso em: 26 jan. 2020.

BALLESTRIN, Luciana. Pós-democracias no sul global e a melancólica desdemocratização no Brasil contemporâneo. **Justificando**, 23 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/11/23/pos-democracias-no-sul-global-e-melancolica-desdemocratizacao-no-brasil-contemporaneo/>>. Acesso em: 26 jan. 2020.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?** **Revista Direito e Práxis**, *Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <[\[publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470/26483\]\(http://publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470/26483\)>. Acesso em: 22 abr. 2019.](https://www.e-</a></p></div><div data-bbox=)

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em: 27 abr. 20.

CASARA, Rubens R. R. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CROUCH, Collin. **Coping with Post-Democracy**. Londres: Fabian Society, 2000. Disponível em: <<https://www.fabians.org.uk/wp-content/uploads/2012/07/Post-Democracy.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2020.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

FISHMAN, Andrew; VIANA, Natalia; SALEH, Maryam. "EUA estão com faca e queijo na mão": Lava Jato fez de tudo para ajudar justiça americana - inclusive driblar o governo brasileiro. **The Intercept Brasil**, 12 mar. 2020. Disponível em: <<https://theintercept.com/2020/03/12/lava-jato-driblou-governo-ajudar-americanos-doj/>>. Acesso em: 09 maio 2020.

FREITAS, Felipe da Silva. O “caso Lula” e as tendências autoritárias da justiça brasileira: direito, política e advocacia criminal. In: Carol Proner; Giselle Cittadino, Gisele Ricobom; João Ricardo Dorneles. (Org.). **Comentário a uma sentença anunciada: o processo Lula**. 1ª. ed. Bauru: Projeto Editorial Praxis, 2017, p. 136-140.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: Noções**

e críticas. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2018.

LACERDA, Fernando Hideo I. A caçada de Lula pelo processo penal de exceção na era da Pós-verdade. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Giselle; RICOBOM, Gisele; DORNELES, João Ricardo. (Org.).

**Comentário a uma sentença anunciada:** o processo Lula. 1ª. ed. Bauru: Projeto Editorial Praxis, 2017, p. 141-144.

MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael.

**Lawfare:** uma introdução. 1ª. ed. São Paulo: Contracorrente, 2019.

PETROBRAS (Brasil). **Pré-Sal:** Desde as primeiras descobertas em águas profundas, temos trilhado uma longa jornada tecnológica. Disponível em:<<https://petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

RODAS, Sérgio. Constituição atropelada: colonização do Direito pela Economia transformou garantias em mercadoria.

**Consultor Jurídico.** 02 jul. 2019.

Disponível

em:<<https://www.conjur.com.br/2019-jun-02/entrevista-rubens-casara-juiz-criminal-rio-professor>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político/ Teoria do Partisan.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). **Vinte anos de Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.