

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

LAWFARE E A CRIMINOLOGIA CRÍTICA:
a comprovação negativa dos objetivos declarados do Direito Penal

GABRIEL BONDER GAWRYSZEWSKI

Rio de Janeiro

2021

GABRIEL BONDER GAWRYSZEWSKI

LAWFARE E A CRIMINOLOGIA CRÍTICA:
a comprovação negativa dos objetivos declarados do Direito Penal

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Thayla Fernandes da Conceição.**

Rio de Janeiro

2021

GG2841 Gawryszewski, Gabriel Bonder
Lawfare e a Criminologia Crítica: a comprovação
negativa dos objetivos declarados do Direito Penal
/ Gabriel Bonder Gawryszewski. -- Rio de Janeiro,
2021.

97 f.

Orientadora: Thayla Fernandes da Conceição.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Lawfare. 2. Criminologia Crítica. 3. Direito
Penal. I. Conceição, Thayla Fernandes da, orient.
II. Título.

GABRIEL BONDER GAWRYSZEWSKI

LAWFARE E A CRIMINOLOGIA CRÍTICA:
a comprovação negativa dos objetivos declarados do Direito Penal

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Thayla Fernandes da Conceição.**

Data de Aprovação: 07/06/2021.

Banca Examinadora:

Thayla Fernandes da Conceição
Orientadora

Anna Cecília Faro Bonan
Membro da Banca

Renata Saggioro Davis
Membro da Banca

Rio de Janeiro

2021

RESUMO

O objetivo deste trabalho é a investigação-apresentação do fenômeno do *lawfare* e seus conceitos por meio do método dialético materialista, cotejando, pois, a perspectiva da Criminologia Crítica com o discurso jurídico da Teoria da Pena a fim comprovar negativamente os objetivos declarados do Direito Penal. O discurso jurídico oficial conceitua, justifica e divulga o Direito Penal a partir de uma visão funcionalista apoiada na ideologia da defesa social. A Criminologia Crítica age como contradiscurso, trabalhando para desmistificar o discurso jurídico, decompondo os objetivos do Direito Penal em declarados e latentes. O fenômeno do *lawfare* é explorado em seus diversos conceitos, buscando o diálogo entre os casos latino-americanos e europeus. Este fenômeno é exemplo da seletividade que marca a existência do Direito Penal, como alertado pela Criminologia Crítica, negando, por conseguinte, os objetivos declarados do Direito Penal. A mudança do enfoque idealista para o político-econômico permite a adoção do ponto de vista dos povos explorados pelo imperialismo, estes que vêm sofrendo ataques por intermédio das estratégias e táticas do *lawfare*. A adoção do prisma do neocolonizado visa à construção de uma base teórica capaz de fundamentar a elaboração de novas táticas de defesa contra o *lawfare* concebido pelo totalitarismo financeiro.

Palavras-Chaves: *Lawfare*; Criminologia Crítica; Discurso e Contradiscurso; Objetivos do Direito Penal.

ABSTRACT

The research objective is the investigation-presentation of the lawfare phenomenon and its concepts using the dialectical materialism method, comparing, therefore, the Critical Criminology perspective with the legal discourse of the Theory of Punishment in order to refute the manifest functions of Criminal Law. The official legal discourse conceptualizes, justifies and disseminates Criminal Law based on a functionalist view supported by the ideology of social defense. Critical Criminology acts as a counter-discourse, working to demystify the legal discourse, decomposing the functions of Criminal Law into manifest and latent ones. The lawfare phenomenon is explored in its various concepts, comparing Latin American and European cases. This phenomenon is an example of the criminal selectivity (and selective prosecution) that is present throughout the history of Criminal Law as warned by Critical Criminology, thus denying the manifest functions of Criminal Law. The shift from the idealist to the political-economic approach allows the adoption of the point of view of the peoples exploited by imperialism, those who have been suffering attacks through lawfare's strategies and tactics. The adoption of the neocolonized position aims to build a theoretical basis capable of supporting the development of new defense tactics against the lawfare designed by financial totalitarianism.

Keywords: Lawfare; Critical Criminology; Discourse and Counter-discourse; Functions of the Criminal Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 OS OBJETIVOS DO DIREITO PENAL	14
2.1 Distinção entre objetivos declarados e objetivos latentes.....	14
2.2 Os objetivos declarados pelo discurso jurídico	14
2.2.1 Os integrantes do discurso da teoria jurídica da pena.....	14
2.2.2 Os objetivos do Direito Penal conforme o discurso jurídico oficial	17
2.2.3 A Ideologia da Defesa Social.....	25
2.2.4 Separação artificial do componente político do jurídico	28
3 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E A CRÍTICA AO DIREITO PENAL	32
3.1 Teorias Críticas: contradiscursos.....	32
3.2 Criminologia Crítica: o contradiscurso à teoria jurídica da pena	35
4 LAWFARE.....	42
4.1 Conceituar: contextualizar.....	42
4.1.1 A historicidade e o sujeito investigador-apresentador	42
4.2 Breve evolução histórica dos conceitos de <i>lawfare</i>	43
4.2.1 Conceitos “introdutórios” de <i>lawfare</i>	47
4.3 Conceitos atuais.....	49
4.3.1 <i>Lawfare</i> no contexto da América Latina.....	50
4.3.2 Conceitos por autores sul-americanos.....	52
4.4 Outras perspectivas sobre o <i>lawfare</i>	60
4.4.1 <i>Lawfare</i> como fenômeno regional	60
4.4.2 <i>Lawfare</i> como fenômeno globalizado.....	63
4.4.2 <i>Lawfare</i> e seletividade: instrumento de gestão diferencial da criminalidade	67
4.4.4 A “Juristocracia” e o Princípio da Heteronímia Significativa	72
5 CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS	81
ANEXOS	85

1 INTRODUÇÃO

Apresenta-se como tema desta pesquisa: *Lawfare* e a Criminologia Crítica - a comprovação negativa dos objetivos declarados do Direito Penal. Pode-se dizer, pois, que o objeto da pesquisa é o estudo do *lawfare*, cotejando a perspectiva da Criminologia Crítica com o discurso jurídico oficial.

Delimita-se o tema, no que tange aos objetivos declarados do Direito Penal, à pesquisa da doutrina penalista brasileira contemporânea, com especial atenção às justificativas sustentadas pelos autores nos “manuais de direito penal”.

Em relação ao *lawfare*, a pesquisa será dedicada, preliminarmente, à contemporânea literatura sul-americana produzida sobre o fenômeno. Constanta-se, por conseguinte, que essa opção evidencia uma delimitação temporal e territorial do tema, como será explanado nos próximos parágrafos, embora haja a pretensão de expandir a investigação sobre o objeto a partir de sua articulação com conceitos estudados pela perspectiva criminológica.

Cumprе advertir: o interesse jurídico e acadêmico sobre a matéria do *lawfare*, na região, foi motivado por um conjunto de eventos ocorridos na América Latina a partir do século XXI, que, embora apresentasse grande relevância social e certa padronização, ainda não havia sido classificado. Tais eventos podem ser resumidos de maneira sucinta, nesta introdução, como a “Guerra contra a corrupção”¹.

Dessa forma, por decorrer originalmente de estudo² que pretendia a classificação de tais acontecimentos, e não do próprio *lawfare*, verifica-se que o processo de conceituação

¹ Cumprе salientar que recentemente o novo Presidente dos EUA, Joseph Robinette “Joe” Biden Jr., renovou o discurso da “guerra contra a corrupção” em memorando datado de 3 de junho de 2021: “Ao emitir este Memorando de Estudo de Segurança Nacional, estabeleço o combate à corrupção como um dos principais interesses de segurança nacional dos Estados Unidos. Minha administração liderará os esforços para promover a boa governança; trazer transparência aos Estados Unidos e aos sistemas financeiros globais; prevenir e **combater a corrupção no país e no exterior**; e torna cada vez mais difícil para os atores corruptos protegerem suas atividades” (*grifo nosso*). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-15/eua-irao-intensificar-combate-corrupcao-dentro-fora-pais> Acesso em: 16/06/2021

² MARTINS, C. Z.; MARTINS, V. T. Z.; VALIM, R. **Lawfare**: uma introdução. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. Edição do Kindle. p. 10.; Observa-se que o padrão indicado neste que se considera como o primeiro estudo sobre o tema na região pode ser identificado, de maneira similar, nas demais obras

do referido fenômeno foi limitado, preponderantemente, aos casos relacionados, no Brasil, à denominada “Operação Lava Jato” e, nos demais países, aos casos envolvendo líderes políticos de alto escalão como Presidentes e Ex-Presidentes.

Outrossim, informa-se que a pesquisa será realizada seguindo as perspectivas críticas, tanto do Direito quanto da Criminologia. Nota-se, no entanto, que em razão da prevalência explícita desta última, isto é, da Criminologia Crítica, optou-se pelo seu destaque no título do trabalho em desfavor daquela. Destarte pretende-se analisar o fenômeno do *lawfare* e a conceituação dos objetivos do Direito Penal para além do discurso oficial.

De maneira subsequente à exposição do tema, os problemas surgem e demandam respostas a fim de guiar a presente pesquisa. Prontamente é possível indagar: o que é *lawfare*? O que é a Criminologia Crítica? Quais são os objetivos do Direito Penal?

Ademais, há relação entre *lawfare*, Criminologia Crítica e objetivos do Direito Penal? Se sim, qual seria essa relação?

A hipótese inaugural que responde a pergunta do parágrafo anterior sobre a relação entre os elementos da pesquisa é a seguinte: (I) enquanto o discurso jurídico oficial conceitua, justifica e divulga o Direito Penal a partir de uma visão funcionalista apoiada na ideologia da defesa social; (II) a Criminologia Crítica trabalha para desmistificar o discurso jurídico, decompondo os objetivos do Direito Penal em objetivos declarados e objetivos latentes; (III) *lawfare* é um exemplo da seletividade que marca a existência do sistema penal, como alertado pela Criminologia Crítica, e nega os objetivos declarados pelo discurso jurídico, este último que crê no mito do Direito Penal justo e igualitário em defesa de toda a sociedade.

Desse modo, esta pesquisa possui como objetivo geral verificar a existência de relação entre o *lawfare* e os ensinamentos da Criminologia Crítica sobre os objetivos latentes do Direito Penal.

analisadas, pois apresentam como foco o estudo de casos concretos específicos para fundamentar a conceituação do fenômeno.

Consequentemente podem ser elencados como objetivos específicos os expostos a seguir:

- a) especificar os integrantes do discurso jurídico da pena; investigar e apresentar os objetivos manifestos do Direito Penal a partir de pesquisa bibliográfica.
- b) examinar e identificar a Criminologia Crítica, distinguindo-a da Criminologia tradicional; sintetizar os resultados das pesquisas produzidas pela vertente crítica, confrontando-os com o discurso jurídico oficial.
- c) descrever o *lawfare* de acordo com a literatura pesquisada; realçar os pontos em comum e as diferenças entre os diversos conceitos apresentados; refletir sobre as classificações e estender o debate para perspectiva conflitual a partir do enfoque político-econômico.

Considerando os objetivos apresentados, entende-se que o método de abordagem adequado para alcançar a finalidade pretendida é o método dialético, alertando que não se trata do método idealista da dialética-especulativa de Hegel, que mistifica a existência do real ou material³ e é costumeiramente apresentada pela tríade de tese, antítese e síntese.

De maneira preliminar, sustentar-se-ia que o método adotado consiste em argumentar e contra-argumentar sobre o tema da pesquisa ou, de outro modo, uma operação mental que permite promover a distinção das coisas, classificando-as, no intuito de melhor examiná-las⁴.

Não obstante, ainda que ciente dos obstáculos causados pelas limitações de forma e prazo impostas às pesquisas monográficas, afirma-se que se pretende fazer o uso, como linha de raciocínio para o desenvolvimento do trabalho, do método dialético de Marx que, de acordo com Chagas, “foi pouco trabalhado, embora constitua um tema de relevância especial (...), particularmente o papel que ele exerce na discussão do significado e da

³ CHAGAS, Eduardo F. **O método dialético de Marx**: investigação e exposição crítica do objeto. Síntese, Belo Horizonte, v. 38 n. 120, 2011. p. 55-70.

⁴ FINCATO, D. P.; GILLET, S. A. C. **A Pesquisa Jurídica sem Mistérios**: do Projeto de Pesquisa à Banca. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018. p. 45.

relevância dos conceitos de investigação e exposição, enquanto momentos que o constituem” (CHAGAS, 2011, p. 56).

Objetiva-se, portanto, “um esforço intelectual de investigação, de apropriação do conteúdo, (...) e de exposição, de expressão, ideal desse conteúdo, para livrar-se do ‘envoltório místico, da ‘crosta idealista’” (CHAGAS, 2011, p. 57⁵).

Progredindo na explanação sobre o caminho acolhido na pesquisa, cumpre indicar prontamente que distinção entre objetivos declarados e latentes adotada neste trabalho apoia-se na classificação de Juarez Cirino dos Santos transcrita a seguir:

O Direito Penal possui *objetivos declarados* (ou *manifestos*), destacados pelo discurso oficial da teoria jurídica da pena, e *objetivos reais* (ou *latentes*), identificados pelo discurso crítico da teoria criminológica da pena, correspondentes às dimensões de *ilusão* e de *realidade* de todos os fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas.⁶ (*grifo do autor*)

O destaque feito no parágrafo anterior deve ser registrado atentamente, pois a referida oposição orienta intensamente a investigação-exposição crítica e pode ser considerada, assim, como elemento estruturante do trabalho direcionado à explicitação das contradições encontradas no objeto da pesquisa e, por fim, revelar aquilo que o discurso jurídico “oficial” pretende silenciar: seja na definição sobre os objetivos do Direito Penal; seja na discussão sobre o *lawfare* (que se encontra impregnada por uma visão funcionalista sobre o Direito - característica do discurso jurídico).

Outrossim, para tarefa de “investigação-exposição” dos objetivos declarados do Direito Penal, compreendido como aquele sustentado pelo discurso jurídico oficial (discurso que será examinado no capítulo pertinente), foram analisadas as seguintes obras:

⁵ Id. CHAGAS, 2011, p. 57: “pode-se dizer que o método dialético de Marx pressupõe, sim, dois momentos inseparáveis: a investigação (ou a pesquisa) e a exposição (ou a apresentação). A investigação, ou o método de investigação (*Forschungsmethode*), é o esforço prévio de apropriação, pelo pensamento, das determinações do conteúdo do objeto no próprio objeto, quer dizer, uma apropriação analítica, reflexiva, do objeto pesquisado antes de sua exposição metódica. E a exposição, ou o método de exposição (*Darstellungsmethode*), não é simplesmente uma autoexposição do objeto, senão ele seria acrítico, mas é uma exposição crítica do objeto com base em suas contradições, quer dizer, uma exposição crítico-objetiva da lógica interna do objeto, do movimento efetivo do próprio conteúdo do objeto.”

⁶ Santos, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 4.

- 1) ESTEFAM, A.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito penal esquematizado**: parte geral; coordenador Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016;
- 2) GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017;
- 3) PACELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016;
- 4) BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015;
- 5) CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Em relação à Criminologia Crítica, tomou-se como base a perspectiva histórica da investigação feita por Gabriel Ignacio Anitua em sua obra “Histórias dos pensamentos criminológicos”⁷. Como bem alertado pelo autor, contudo, uma narrativa histórica deve levar em conta a transcendência de pensamentos, bem como a retomada de um autor ou de uma teoria em outro momento histórico diferente daquele em qual foi gestado, evitando a falsa ideia de progressividade⁸. Observa-se que a objeção à ideia de progressividade sustentada por Anitua corrobora a rejeição feita neste trabalho ao método dialético hegeliano.

Igualmente relevante, assinala-se como fundamental a pesquisa feita por Alessandro Baratta em a “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do

⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15)

⁸ ANITUA, G., 2008. p. 27: “Nesta breve introdução, observa-se um problema central de narrativa. Esse problema evidencia-se sobretudo com os pensamentos criminológicos localizados historicamente. Mesmo ao se fazer um esforço para situar o momento da gestação de determinada ideia, parece difícil indicar como estas ideias funcionam depois de terem sido concebidas. O que é importante destacar desde já é que elas não desaparecem com a vida do autor e nem sequer com a mudança do contexto na qual surgem. Continuam, e continuam tendo funções em relação a, oposição a ou independência de outras ideias. Isso provocará alguns problemas, principalmente no que toca aos pensamentos politicamente transcendentais do século XX, porém não só ali. Pelo tom narrativo, pode passar-se a falsa ideia de que existe uma progressividade no pensamento. E isso redundaria na velha ideia de “progresso” (este pretensioso livro introdutório que você tem em mãos também fala disso). Por esse motivo é que peço que o leitor leve em conta que o pensamento criminológico não é único, e não procede com método de tentativa e erro ou de superação de teorias. Por isso insisto com o título com os plurais e por isso não quis atenuar as contínuas idas e voltas temporais que se produzem em alguns capítulos.”

direito penal”⁹ que trabalha com as teorias ditas liberais da Criminologia, relacionando-as com os princípios da ideologia da defesa social que são refutados, até alcançar as teorias criminológicas da reação social¹⁰.

De modo consecutivo, a investigação sobre o fenômeno denominado *lawfare* originou-se de pesquisa bibliográfica para, em seguida, explorar as suas omissões e contradições, complementando-a com os ensinamentos das teorias criminológicas. Sobre este ponto, pode-se citar a atenção especial dada às seguintes obras:

1) ROMANO, Silvina M. (comp.). **Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina**. Celag. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Mármol Izquierdo Editores, 2019. Edição do Kindle.

2) MARTINS, C. Z.; MARTINS, V. T. Z.; VALIM, R. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. Edição do Kindle.

3) MARTINS JR., Osmar Pires (org.). **Lawfare em debate**. Goiânia: Kelps, 2020. Edição do Kindle.

4) FEITOSA, M. L. A. M.; CITTADINO, G.; LIZIEIRO, L. (org.). **Lawfare: o calvário da democracia brasileira**. Andradina: Meraki, 2020. Edição do Kindle.

5) ZAFFARONI, E. R.; CAAMAÑO, C.; WEIS, V. V.. **¡Bienvenidos al lawfare!**: manual de pasos básicos para demoler el derecho penal; coordinación general de Creusa Muñoz.. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Capital Intelectual, 2020. Edição do Kindle.

Nota-se, pois, que se trata de um trabalho de natureza teórica, consubstanciado em pesquisa documental, com objetivos explicativos, pois além de coletar, organizar e analisar

⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002

¹⁰ Id. BARATTA, 2002, p. 49: “Examinaremos sumariamente nos próximos capítulos as teorias sociológicas que, progressivamente, destroçaram os princípios singulares integrantes da ideologia da defesa social, até atingir, utilizando um novo enfoque, o assim chamado enfoque do etiquetamento ou da ‘reação social’ (*labeling approach*), a completa inversão da perspectiva da investigação criminológica. De fato, as teorias criminológicas da reação social e as compreendidas no movimento da ‘criminologia crítica’ - como se verá - deslocaram o foco de análise do fenômeno criminal, do sujeito criminalizado para o sistema penal e os processos de criminalização que dele fazem parte e, mais em geral, para todo o sistema da reação social ao desvio”.

os dados, tentará identificar os fatores determinantes e, ainda, suas consequências e relações¹¹.

Imperioso explicitar que a citação específica de determinadas obras feitas nesta introdução visa orientar a exposição da metodologia empregada, bem como indicar o embasamento teórico que fundamentou a pesquisa em sua tarefa de investigação-exposição.

Neste diapasão, oportuno ressaltar que a pesquisa bibliográfica-documental não se limitou aos autores indicados em linhas passadas e, por conseguinte, para um exame completo do material utilizado remete-se o leitor às “Referências”.

¹¹ Id. FINCATO, 2018. p. 49-50.

2 OS OBJETIVOS DO DIREITO PENAL

2.1 Distinção entre objetivos declarados e objetivos latentes

Como destacado na introdução, o trabalho parte da classificação retrotranscrita de objetivos do Direito Penal feita por Juarez Cirino dos Santos, que distingue os objetivos declarados dos objetivos latentes e, em razão de sua relevância para o desenvolvimento da pesquisa, é indicada novamente (neste momento em nota de rodapé¹²) com o propósito de facilitar a leitura e compreensão da matéria.

Portanto, considerando a dicotomia indicada, inicia-se a investigação-exposição com a identificação dos integrantes do discurso oficial da teoria jurídica da pena a fim de possibilitar a apresentação dos objetivos manifestos do Direito Penal.

Pretende-se neste capítulo, assim, responder essencialmente a duas perguntas: quem são os representantes do discurso da teoria jurídica da pena? Quais são os objetivos declarados do Direito Penal conforme o discurso jurídico? A primeira corresponde à identificação dos sujeitos - os emissores da mensagem -, isto é, “*quem diz*”; a segunda corresponde ao objeto - qual é a mensagem -, ou seja, “*o que está sendo dito*”.

Sinteticamente, sobre o discurso jurídico da pena e os objetivos do Direito Penal, pretende-se explorar “quem diz o quê”.

2.2 Os objetivos declarados pelo discurso jurídico

2.2.1 Os integrantes do discurso da teoria jurídica da pena

¹² Id. SANTOS, 2012. p. 4: “O Direito Penal possui *objetivos declarados* (ou *manifestos*), destacados pelo discurso oficial da teoria jurídica da pena, e *objetivos reais* (ou *latentes*), identificados pelo discurso crítico da teoria criminológica da pena, correspondentes às dimensões de *ilusão* e de *realidade* de todos os fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas.” (*grifo do autor*).

Informa-se, pois, que não se trata de forjar um novo conceito sobre os objetivos declarados pelo Direito Penal, este compreendido tanto em seu sentido objetivo quanto em sua concepção “científica”.

A primeira acepção, segundo Nilo Batista, entende-se como “o conjunto das normas jurídicas que, mediante a cominação de penas, estatuem os crimes, bem como dispõem sobre seu próprio âmbito de validade, sobre a estrutura e elementos dos crimes e sobre a aplicação e execução das penas e outras medidas nelas previstas.” (BATISTA, 2007, p. 50)

De maneira a exemplificar a primeira hipótese, qual seja, o sentido objetivo: partindo do conteúdo do art. 1º¹³ da Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84), poder-se-ia depreender um Direito Penal do “tratamento”¹⁴, pois o referido artigo indica como objetivo da execução penal a pretensão de proporcionar condições para a harmônica (re)integração social do condenado e do internado.

Por outro lado, quanto à concepção científica da expressão “Direito Penal”, percebe-se que “comumente, no pensamento jurídico, quando se menciona a ciência do direito, faz-se referência à dogmática jurídica. Este é o conceito tradicional” (WARAT, 2002, p. 15). A dogmática jurídica seria então a expressão da ciência jurídica:

Bielsa, fazendo eco de uma prestigiosa trajetória histórica, define a dogmática jurídica como a disciplina científica que tem por objeto o ordenamento sistemático dos conceitos jurídicos, agregando que se trata de uma ciência que se forma ‘de acordo com os preceitos científicos e técnicos’.¹⁵

Nilo Batista desenvolve o estudo da perspectiva dogmático-científica e busca, então, estabelecer os objetivos da ciência do direito penal, definindo como sua finalidade a aplicação equitativa e justa da lei penal:

¹³ “Art. 1º: A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

¹⁴ Id. BARATTA, 2002, p. 168: “legitimado pela ideologia da defesa social, o direito penal contemporâneo continua a autodefinir-se como direito penal do tratamento. A legislação mais recente atribui ao tratamento a finalidade de reeducar ou reinserir o delinquente na sociedade.”

¹⁵ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995 / Reimpressão 2002. p. 15

A ciência do direito penal tem por objeto o ordenamento jurídico-penal positivo e por finalidade permitir uma aplicação equitativa (no sentido de casos semelhantes encontrarem soluções semelhantes) e justa da lei penal. (...) Trata-se, portanto, de conhecer o direito aplicável, cujas normas não são submetidas a qualquer confronto valorativo que transcenda sua descrição, explicação e organização. Em outras palavras, o afazer dogmático não interpela a norma: acata-a (*dogma*) como objeto de conhecimento.”¹⁶ (*grifo do autor*)

No entanto o interesse deste trabalho é outro, cinge-se nas interpretações e justificativas sustentadas pelos principais¹⁷ autores da doutrina nacional sobre a fundamentação relativa ao aspecto teleológico do Direito Penal. Esta opção decorre da relevância dada às doutrinas no ensino jurídico. Sem desconsiderar os efeitos das leituras institucionais¹⁸ que muitas vezes ressignificam o texto original, é incomum (para não dizer inexistente) um curso universitário de Direito Penal no qual o docente não se veja obrigado, logo no início do semestre, a indicar uma série de “manuais” aos seus alunos.

Ademais, o futuro jurista é treinado para ser, e assim se vê, como zelador do edifício jurídico-político, não como arquiteto¹⁹. “As normas (...) são (...) nos centros de educação jurídica, geralmente apresentadas como o produto pleno e acabado de um processo inexorável, que escapa à deliberação individual ou coletiva” (ALMEIDA, 2018, p. 482) exacerbando a importância das construções dogmáticas, pois não se ensina a questionar as leis nem as interpretações que lhes são dadas por um seleto grupo de juristas²⁰.

¹⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 117-118

¹⁷ A partir de um critério orientado pelo (mas não exclusivo de) alcance dos livros, considerando as informações de “mais vendidos” resultantes da busca dos termos “direito penal geral” em www.saraiva.com.br (consulta realizada em outubro de 2020). Isto é, “principais autores” não se refere propriamente aos autores e às teses sustentadas, mas aos produtos mais comercializados, fato que sofre outras interferências além da qualidade da obra como, por exemplo, o interesse das editoras, o preço do livro, o interesse do leitor orientado pelo ensino jurídico conformista e conservador, a necessidade de adequação teórica às principais bancas de concursos públicos etc.

¹⁸ WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. 1. ed. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983. p. 26: “Vamos admitir que toda leitura institucional de um texto recria e se apropria do pensamento que supõe interpretar fielmente. A apropriação institucional dos significados de um texto produz uma série de discursos ajustados à ordem, às relações de poder e aos interesses políticos e burocráticos da instituição. Enfim, trata-se de uma atividade de intermediação discursiva, que recupera ideologicamente os textos interpretados, enquadrando-os a crenças teóricas e às práticas políticas legitimadas pela instituição. A instituição é, assim, um interlocutor repressivo com relação aos textos nela analisados.”

¹⁹ ALMEIDA, Philippe Oliveira de. **A faculdade de direito como oficina de utopias: um relato de experiência**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 72, pp. 481-511, jan./jun. 2018. p. 482

²⁰ Warat se vale das características de personagens de Julio Cortázar para exemplificar os diferentes “tipos” de juristas: os cronópios; os famas; e as esperanças. Considera-se útil essa ilustração para problematizar a importância que o ensino jurídico destina à dogmática: “Entre os ‘servos da lei’, sobram os ‘famas’ e sobrevivem os ‘esperanças’. Não faltam os juristas que se sobressaltam perceptivelmente cada vez que alguma esperança sobrevivente os convida a declarar relativamente insana a versão do mundo consolidada

Por conseguinte, considerando o discurso jurídico como aquele representado nos “manuais de direito penal”, imperioso identificar seus integrantes para que seja possível, em seguida, apresentar o que se entende por “objetivos declarados do direito penal”.

Informa-se que para esta tarefa de discriminação do discurso “oficial” da teoria jurídica da pena foram analisados os “manuais” e “cursos” dos seguintes autores: André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves; Rogério Greco; Eugênio Pacelli e André Callegari; Paulo Cesar Busato; Fernando Capez.

2.2.2 Os objetivos do Direito Penal conforme o discurso jurídico oficial

Consignou-se em linhas passadas “*quem disse*”, isto é, fez-se a identificação dos sujeitos / emissores da mensagem. Passa-se, então, a exposição do objeto / mensagem - “*o que foi dito*” em relação aos objetivos declarados do Direito Penal pelos emissores listados.

Inicialmente se percebe que a doutrina tradicional costumeiramente (I) confunde e aglutina os objetivos do Direito Penal com as justificativas²¹ da pena, especialmente por (II) entender a pena como o instrumento apropriado para alcançar as finalidades do Direito Penal, (III) que se resumiriam nas ideias de proteção dos bens jurídicos tutelados e a prevenção de novos delitos. A fim de corroborar esta formulação, sintetizar-se-á, nos próximos parágrafos, o que os autores pesquisados sustentam.

(com paciência história) pelos grandes juristas de todos os tempos. Porém os famas do Direito não se sobressaltam, têm medo quando se (in)filtra em seu mundo um cronópio que lhes diga que é preciso começar tudo de novo, virar a mesa, trocar resolutamente os esquemas. ‘Data Venia’ custa horrores. Entretanto, as esperanças conseguiram seu espaço entre os famas da lei, conformando-se em descrever, interpretar e classificar tudo o que os famas do Direito fazem, decidem ou violentam.” p. 91-92; “Para um fama, não se pode ser universitariamente original se não se é professor titular e europeu.” p. 101; “Um esperança não aceita dirigir abstrações se não são eurocêntricas e reconhecidas por um professor da Sorbonne.” p. 99. WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade - Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

²¹ Diz-se justificativas apesar da expressão mais utilizada ser “funções da pena”, pois, semelhantemente aos objetivos do Direito Penal, as ditas funções são amplamente questionadas em razão: I - da ineficácia patente em alcançar na prática os fins pretendidos pela teoria; II – finalidade ideológica das teorias legitimadoras da pena, que atuam de forma relevante para ocultar as funções não declaradas da pena estudadas pelo enfoque materialista (em contraposição ao enfoque idealista).

Estefam e Gonçalves afirmam que o Direito Penal, com base nos valores fundamentais que assentam as bases da convivência e da paz social, compõe-se de um “conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) destinadas a proteger tais valores, mediante a imposição de penas e medidas de segurança” - como resposta aos fatos que os violam (ESTEFAM et al., 2016, p. 45).

Greco sustenta que a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a “sobrevivência da própria sociedade (...) através da cominação, aplicação e execução da pena. A pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o direito penal para proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade” (GRECO, 2017, p. 34).

Pacelli e Callegari ressaltam a existência de doutrinas que não distinguem com clareza os objetivos do Direito Penal e as funções da pena. Para os referidos autores, isso ocorre, pois “as normas incriminadoras apresentam dois níveis inseparáveis - mas distintos - de conteúdos e, assim, de finalidades”, isto é, a de proteger os bens jurídicos e, como decorrência, “a pretensão de se evitar a prática de comportamentos danosos” (PACELLI et al., 2016, p. 38). Opta-se pela transcrição a fim de destacar o que foi explanado por estes autores:

E quando se trata da delimitação das funções do Direito Penal não é incomum a menção direta às funções da pena criminal. Ou seja, **há doutrinas que não parecem seguras quanto à distinção que deve ser feita entre as funções do Direito Penal e aquelas (funções) destinadas à respectiva sanção.** E talvez isso decorra da ausência de percepção quanto ao papel reservado às normas penais incriminadoras, que constituem o núcleo essencial da dogmática penal. Afinal, e para ficarmos apenas nas perspectivas mais comuns de sua fundamentação, o Direito Penal teria por função a proteção de bens jurídicos ou a de prevenir delitos? (...) **Da estipulação da matéria proibida, portanto, surge a função essencial do Direito Penal, que é a de proteger aqueles bens (ou interesses) que possam ter reconhecida a sua importância ao exame mais simples e descuidado da ordem de valores positivados no ordenamento jurídico.** Bem jurídico há de ser a fiel tradução dos mais elevados valores de cultura de um povo, socialmente compartilhados em determinada comunidade submetida a uma mesma ordenação jurídica. **E com a identificação do bem jurídico protegido se realiza outra missão, inerente a toda e qualquer norma jurídica proibitiva: a pretensão de se evitar a prática de comportamentos danosos. Nesse passo, exerce-se também, já na proibição da conduta, a função de prevenção contra tais comportamentos e resultados. Aqui, a função preventiva será mera decorrência da função de proteção do bem jurídico.** (...) Nesse nível, o da sanção criminal, fica mais clara a função de prevenção de novos delitos, na medida em que a pena somente terá lugar após a prática da infração penal. Ou seja, a pena pública não se dirige prioritariamente à

proteção do bem jurídico, finalidade primeira da norma de proibição, mas para reforçar e tornar eficaz a vedação do comportamento danoso (...) E quando se fala na função preventiva da pena, portanto, está se falando da prevenção contra atos futuros e não mais para a proteção daquele bem efetivamente violado. Prevenção de crimes e proteção de bens são funções inteiramente imbricadas, mas perceptivelmente diferentes. A pena criminal somente terá lugar quando não tiver sido suficientemente eficaz a função de proteção de bens estipulada na proibição de determinada conduta (na violação da norma incriminadora, portanto). (*grifo nosso*)²²

De maneira similar, Capez ancora-se na ideia de proteção de bens jurídicos, que seria “exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco de sanção penal, mas sobretudo pela celebração dos compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo” (CAPEZ, 2012, p. 18).

Por outro lado, nota-se que parte dos autores analisados reconhece as críticas atinentes ao não atendimento da finalidade de proteção de bens jurídicos, tendo em vista que o Direito Penal só pode ser aplicado após a violação do bem jurídico protegido (GRECO, 2017, p. 35). Importante notar que nesse contexto utilizam a expressão Direito Penal como sinônimo de sanção.

No entanto a fim superar a falha apontada, qual seja, o Direito Penal (sanção) apenas se concretizar após a lesão ao bem jurídico tutelado, há um retorno ao argumento que fusiona os objetivos do Direito Penal com as justificativas da pena, isto é, a prevenção geral.

Os bens jurídicos até então objetos da proteção, como já violados, idealizam-se em valores fundamentais necessários à convivência “harmônica” e “paz” social que serão preservados pela prevenção geral. Vê-se que Capez e Busato²³ adotam a argumentação de Hans Welzel para sustentar “a missão de reforço dos valores éticos-sociais” (BUSATO, 2015, p. 10) do Direito Penal:

²² Id. PACELLI et al, 2016, p. 38-39.

²³ Id. BUSATO, 2015, p. 10: “Welzel, procurando equilibrar essas duas tendências, já presentes no seu tempo, atribuiu ao Direito penal uma dupla missão: sem negar a missão de proteção de bens jurídicos acrescenta a missão de proteção dos valores elementares da consciência, de caráter ético-social. Para Welzel a proteção de bens jurídicos é algo que se obtém como consequência necessária do direcionamento e orientação das pessoas à observância dos valores consagrados juridicamente expressos na norma, estes sim, dotados de solidez.”

Desse conteúdo ético-social do Direito Penal resulta que sua missão primária não é a tutela atual, concreta dos bens jurídicos, como a proteção da pessoa individualmente, a sua propriedade, mas sim, como ensina Hans Welzel, “...asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta el Estado y la sociedad. La mera protección de bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo, de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo”.²⁴

Oportuno elucidar que apesar de a doutrina analisada partir das lições de Günther Jakobs para apontar a inadequação concernente ao objetivo de evitar lesões a bens jurídicos, a solução teórica de idealização dos bens em valores não segue a posição do referido professor. Ou seja, a doutrina pátria desacolhe a teoria sustentada por Jakobs de que a “Missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. Conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar à custa do infrator, frente ao questionamento da norma” (JAKOBS, 1997, p. 14. *apud* BUSATO, 2015, p. 12-13).

Há ainda aqueles que, em atenção aos resultados das pesquisas produzidas pela Criminologia Crítica, reconhecem o fracasso do Direito Penal em alcançar os objetivos manifestos, mas mantêm uma postura idealista em relação às normas e lutam para manutenção do sistema punitivo atual.

Diante da árdua tarefa de justificar o Direito Penal contemporâneo - árdua especialmente em razão de seu incontestável insucesso em atingir os objetivos declarados - , Busato propõe a adoção de uma nova nomenclatura distinguindo “missões (propósitos, o que deve almejar) e funções (o que efetivamente provoca, independentemente de ser ou não a pretensão) do Direito penal” (BUSATO, 2015, p. 5). Impõe ressaltar que, no entanto, a proposta não é acompanhada por uma crítica à pena, como será exposto adiante.

Assim, confirmando a classificação de Juarez Cirino dos Santos da doutrina tradicional brasileira como “discurso oficial da teoria jurídica da pena”, em antítese ao discurso da Criminologia Crítica, encontramos aqueles que, por razões instrutivas, podem ser enumerados da seguinte forma²⁵: (I) não distinguem claramente os objetivos do Direito Penal e as funções declaradas da pena; (II) consideram que a pena é o meio adequado para

²⁴ Id. CAPEZ, 2012, p. 20.

²⁵ Nota-se que as posições não são apresentadas de maneira excludente, ou seja, uma ou outra, pois geralmente os autores cumulam mais de uma das posições enumeradas.

persecução dos supostos objetivos do Direito Penal; (III) reconhecem o fracasso dos objetivos declarados do Direito Penal a partir dos uso da pena e, por conseguinte, distinguem missões e funções do Direito Penal; (IV) defendem que a pena não é apenas o instrumento adequado, mas a única forma de garantir a preservação da ordem social.

Merece destaque a posição de Paulo César Busato, que faz a defesa mais radical da pena, ainda que de maneira contraditória. Se, por um lado, reconhece os resultados de pesquisas da Criminologia Crítica, por outro lado, fundamenta sua defesa da pena em opiniões e mitos, sustentando, por exemplo, que “há necessidade de reagir empregando o castigo, se é que queremos sobreviver como grupo dentro de uma ordem social. O caos e a própria destruição do sistema seriam as consequências inevitáveis de não recorrer a essa medida” (BUSATO, 2015, p. 3).

Como enunciado, Busato admite que “o mero funcionamento do sistema penal, conforme descoberto pela Criminologia Crítica, é proclive à manutenção do Sistema social escalonado vigente” (BUSATO, 2015, p. 5). Todavia, considera que os postulados abolicionistas seriam consequência de uma vertente “ideologizada”.

Se para propor o abolicionismo penal a Criminologia Crítica se baseia em décadas de pesquisas, para criticá-la, em contrapartida, o autor acredita não ser necessário nada além de palavras: “Essa postura é acertadamente considerada por Jescheck como completamente carente de fundamento em uma sociedade regida por um Estado de Direito, já que a pena resulta ser a única forma de proteção da paz jurídica em liberdade” (BUSATO, 2015, p 6).

Nilo Batista sintetiza com maestria o que foi dito até aqui sobre a relação entre a doutrina tradicional e os objetivos do Direito Penal:

se os penalistas não sucumbem à tentação de substituir a missão do direito penal que devem descrever pelo direito penal de seus sonhos, ou existem diferenças entre aquilo que pretende o direito penal e aquilo que pretende o seu instrumento essencial e característico – a pena –, ou este é o ponto mais densamente turvo, do ponto de vista ideológico, do discurso jurídico-penal. Mais do que em qualquer outra passagem, a ideologia transforma aqui fins particulares em fins universais, encobre as tarefas que o direito penal desempenha para a classe dominante, transvestindo-as de um interesse social

geral, e empreende a mais essencial inversão, ao colocar o homem na linha de fins da lei: o homem existindo para a lei, e não a lei existindo para o homem.²⁶ (*grifo nosso*)

Constata-se que o ponto de convergência dos diversos autores da doutrina penal tradicional é encontrado na adoção *a priori* de uma visão maniqueísta sobre a sociedade, que quando ornamentada pelo tecnicismo jurídico revela-se em princípios supostamente despolarizados e neutros, como será analisado adiante. Sob o prisma sociológico, pode-se dizer que os autores analisados são adeptos de teorias funcionalistas²⁷, vendo no crime e no criminoso um mal a ser combatido, pois representam uma ameaça para toda sociedade.

Outrossim, o tecnicismo jurídico mitológico transforma interesses particulares em interesse social geral, apresentando-os como legalidade suprarracional e apriorística. Criam-se mitos²⁸ para “esvaziar o real e pacificar as consciências, fazendo com que os homens se conformem com a situação que lhes foi imposta socialmente, e que não só aceitem como venerem as formas de poder que engendraram essa situação” (WARAT, 1994, p. 104-105).

Dessa forma, pode-se resumir o posicionamento hegemônico da doutrina da seguinte forma: o Direito Penal tem como função a proteção de bens jurídicos e valores

²⁶ Id. BATISTA, 2007, p. 112.

²⁷ SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**. Introdução a uma leitura externa do direito. 6.^a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013. p. 71: “As teorias funcionalistas, também denominadas teorias da integração, dividem-se em várias correntes. Porém, como pertencem a uma mesma ‘família’, partem de uma visão similar de como funciona a sociedade”; p. 72: “Estas consideram a sociedade como um sistema harmônico e interpretam qualquer conflito e qualquer crise como uma disfuncionalidade, como uma manifestação de patologia social. Em outras palavras, os funcionalistas adotam um modelo de equilíbrio e estabilidade social, que concede muito pouco espaço aos processos de ruptura, de conflito e de mudança radical. Assim o funcionalismo é criticado como uma teoria estática, que não consegue interpretar os processos sociais fundamentais, limitando-se a uma descrição superficial.”

²⁸ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 104-105: “O mito é uma forma específica de manifestação do ideológico no plano do discurso. (...) Já agora podemos redefinir o mito como produto significativamente congelado de valores com função socializadora. (...) Reduzidos à sua caracterização política, **pode afirmar-se que a função básica dos mitos é a de criar a sensação coletiva de despolarização e neutralidade, a qual permite a apresentação da força social em termos de legalidade supra-racional e apriorística.**” (*grifo nosso*); BARTHES, Roland. **Mitologias**. tradução de Rita Buongiorno e Pedro de Souza. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 162, 163 “A semiologia ensinou-nos que a **função do mito é transformar uma intenção histórica em natureza, uma contingência em eternidade.** (...) O mito não nega as coisas; a sua função é, pelo contrário, falar delas; simplesmente, purifica-as, inocenta-as, fundamenta-as em natureza e em eternidade, dá-lhes uma clareza, não de explicação, mas de constatação: se constato a imperialidade francesa sem explicá-la, pouco falta para que a ache normal, decorrente da natureza das coisas: fico tranquilo” (*grifo nosso*).

fundamentais à sociedade; a crença e defesa da pena como meio adequado para evitar o caos social, pois esta, a pena, seria um instrumento neutro que objetiva a manutenção do convívio social “pacífico”.

Verifica-se que essa representação idealizada do Direito Penal cumpre a missão de pacificar as consciências tanto daqueles sujeitos criminalizados quanto dos próprios autores. A doutrina ao reproduzir argumentos legitimadores do Direito desenvolve uma defesa da própria doutrina, pois negar a “justiça” do Direito Penal e seus objetivos declarados é, para alguns, negar o Direito em si e toda uma cadeia de sentidos que fundamenta a razão de ser daqueles autores.

Não é irrelevante apontar que a doutrina hegemônica é composta em sua maioria homens brancos de classe média alta que investiram décadas de suas carreiras e estudos acreditando no mito de um Direito Penal justo, que age em defesa da sociedade contra uma minoria desviante.

Argumenta-se nesse sentido para pôr em discussão a existência de teorias divergentes sobre os objetivos do Direito Penal e, conseqüentemente, o por quê de o discurso jurídico oficial considerar insano aquele que ousa questionar a definição clássica, isto é, os representantes do discurso crítico.

Bem como Luis Alberto Warat recorre a Julio Cortázar para classificar os juristas como cronópios, fomas ou esperanças, considera-se útil empregar o léxico de James Baldwin para falar em um sistema de realidades²⁹ que forja a identidade dos autores analisados.

²⁹ (...) is a question hideously loaded, and that one's response to that question – one's reaction to that question – has to depend on effect (...) where you find yourself in the world, what your sense of reality is, what your system of reality is. That is, it depends on assumptions which we hold so deeply as to be scarcely aware of them. A white South African or Mississippi sharecropper, or Mississippi sheriff, or a Frenchman driven out of Algeria, all have, at bottom, a system of reality which compels them to, for example, in the case of the French exile from Algeria, to offend French reasons from having ruled Algeria. The Mississippi or Alabama sheriff, who really does believe, when he's facing a Negro, a boy or a girl, that this woman, this man, this child must be insane to attack the system to which he owes his entire identity. James Baldwin Debates William F. Buckley (1965) vídeo (58 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=oF eoS41xe7w>. Acesso em: 06/06/2021.

A partir de um discurso relacionado ao conflito racial, Baldwin considera que a resposta a determinada pergunta depende do senso de realidade de quem é questionado. A resposta, assim, depende de premissas das quais o interlocutor tem pouquíssima consciência por estarem tão profundamente relacionadas à sua identidade e ao seu sistema de realidade.

Não obstante, cumpre observar que determinada vertente da Criminologia expressa predileção por uma interpretação psicanalítica da criminalidade e da sociedade punitiva de maneira diversa da premissa de “sistema de realidades” dos integrantes de grupos conflitantes. Nessa corrente, inversamente, haveria um processo de identificação entre os integrantes dos grupos:

Theodor Reik funda uma teoria psicanalítica do direito penal, baseada sobre a dupla função da pena: a) a pena serve a satisfação da necessidade inconsciente de punição que impele a uma ação proibida; b) a pena satisfaz também a necessidade de punição da sociedade, através de sua inconsciente identificação com o delinqüente. **O efeito catártico da pena e o processo de identificação da sociedade com o delinqüente, são os dois aspectos de uma teoria psicológica do direito penal segundo a qual as duas concepções fundamentais da pena, a concepção retributiva e a concepção preventiva não são mais que racionalizações de fenômenos que fundam suas raízes no inconsciente da psique humana.**³⁰

Diante dessa divergência, questiona-se: haveria, pois, um medo em relação àquilo que ataca a ordem “natural”³¹ dos juristas, de acordo com o raciocínio de Baldwin?; ou uma identidade dos impulsos que movem o delinquente e a reação punitiva da sociedade, segundo o princípio freudiano enriquecido por Staub e Alexander?

Na literatura pretérita aos referidos autores, como será visto a seguir, a semelhança de impulsos se dava entre o delinquente e a sociedade de maneira geral, contudo Staub e Alexander desenvolvem a teoria com base na perspectiva de que a identidade das características psicológicas não ocorreria entre os desviantes e toda a sociedade, porém,

³⁰ Id. BARATTA, 2002, p. 51

³¹ BALDWIN, James. **The fire next time** First Vintage International Edition, 1993. Vintage Books, a division of Random House, Inc. New York. p. 8-9: “Try to imagine how you would feel if you woke up one morning to find the sun shining and all the stars aflame. You would be frightened because it is out of the order of nature. Any upheaval in the universe is terrifying because it so profoundly attacks one’s sense of one’s own reality. (...) and, by a terrible law, a terrible paradox, those innocents who believed that your imprisonment made them safe are losing their grasp of reality.”

mais especificamente, entre o delinquente e o grupo envolvido no exercício da função punitiva, impelindo-os a um exercício zeloso:

Staub e Alexander enriqueceram a teoria psicanalítica da sociedade punitiva com dois motivos que, ao lado daqueles examinados até agora, permaneceram centrais na literatura psicanalítica posterior. O primeiro destes motivos é uma variante do fundamental princípio freudiano da identidade dos impulsos que movem o delinquente e a sociedade na sua reação punitiva. Este princípio é transportado, agora, para as características psicológicas gerais do mundo dos delinquentes e das pessoas que incorporam os órgãos do sistema penal. Existe entre estas pessoas uma afinidade que, em geral, se explica com a presença de fortes tendências anti-sociais não suficientemente reprimidas, as quais impelem as pessoas pertencentes ao segundo grupo a um zeloso exercício da função punitiva;

o âmbito de aplicação da teoria da sociedade punitiva se desloca em certo sentido, da sociedade em geral, ou seja, da reação não-institucional para a institucional, e se individualiza nas pessoas que estão a seu serviço (juizes, polícia, carrascos, agentes de segurança);

A pena adquire assim também um significado de recompensa pela renúncia ao sadismo; este mecanismo de identificação com a sociedade punitiva conduz à diminuição da quantidade de agressões para inibir e, portanto, a um alívio do trabalho de inibição. A identificação é favorecida pelo caráter ritual e espetacular dos procedimentos judiciais e, em particular, da execução da pena capital.³²

Revigora-se a citada tese de Staub e Alexander com a adição dos juristas entre aqueles indivíduos que estão a serviço da reação institucional, ainda que de maneira indireta, especialmente ao mencionar aqueles que constroem uma ciência jurídica fundamentada na “legitimação ideológica da ordem social, pela legitimação de neutralidade como condição do saber jurídico” (WARAT, 1983, p. 14).

2.2.3 A Ideologia da Defesa Social

Se inicialmente discutiu-se o posicionamento dos integrantes do discurso da teoria jurídica da pena no Brasil contemporâneo, é necessário avançar e discorrer sobre as lições de Alessandro Baratta sobre o tema. Tendo por base pesquisa com foco mais amplo em espaço e tempo, o eminente professor é capaz não apenas de identificar os pontos em comum do pensamento jurídico, como realizado anteriormente, mas também de evidenciar as suas raízes na ideologia da defesa social³³.

³² Id. BARATTA, 2002. p. 53.

³³ Id. BARATTA, 2002, p. 41 e seguintes.

Alerta-se que apesar de Baratta reconstruir o conteúdo da ideologia da defesa social de maneira técnica por meio da indicação de princípios específicos e distintos, frequentemente a doutrina penalista apenas reproduz os conceitos provenientes do senso comum teórico dos juristas³⁴ sem realizar uma análise crítica de cada um deles. Não consideram que “aquilo que nos aparece como natural, ou seja, como conexo à natureza mesma do Direito, é apenas o fruto de uma transformação que este sofreu em um tempo histórico e em um espaço geográfico bem delimitados” (GROSSI, 2006, p. 91-92, *apud* ALMEIDA, 2018) e validam o *status quo* ao apresentar estas decisões políticas contingentes como o resultado de um desenvolvimento natural do sistema normativo³⁵.

Mesmo que a doutrina tradicional exponha tais princípios de maneira acrítica, certas vezes de modo superficial e outras vezes buscando um tecnicismo racionalizante mítico³⁶, é possível percebê-los nas obras analisadas, razão pela qual se torna útil apresentá-los individualmente:

- a) **Princípio de legitimidade.** O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais;
- b) **Princípio do bem e do mal.** O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem;
- c) **Princípio de culpabilidade.** O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador;

³⁴ Id. WARAT, 1994, p. 15-16: “Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.”; “O senso comum teórico dos juristas seria (...) o conjunto de opiniões comuns dos juristas manifestados como ilusão epistêmica”

³⁵ Id. ALMEIDA, 2018, p. 481

³⁶ Id. WARAT, 1994, p. 103-14: “Desta forma, o processo mítico assegura a simbolização de um conjunto de apreciações valorativas e finalidades nem sempre racionalizáveis como projeção de tendências e conflitos não solucionados. Esta última afirmação, no entanto, não desvirtua o fato de se poder reconhecer no mito o fundamento da racionalidade moderna; uma racionalidade impessoal e anônima que opera como lei universal e que nega ou abstrai a presença de emissores de mensagens que pertencem forçosamente a grupos ou setores sociais. Por trás da miragem de um emissor universal, levanta-se disfarçadamente a significação contextual inerente a todo processo de constituição de significados, já que conforme nos ensina a linguística, não há significados plenos e isentos de uma influência dos processos reais de comunicação.”

- d) **Princípio da finalidade ou da prevenção.** A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente;
- e) **Princípio de igualdade.** A criminalidade é a violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos;
- f) **Princípio do interesse social e do delito natural.** O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa a ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais)³⁷. (Substituído grifo itálico do autor por negrito)

Observa-se que Baratta reforça o posicionamento exposto de que a crença em um Direito Penal ajustado à defesa do interesse social não serve apenas para legitimar o Direito, mas serve igualmente à pacificação das consciências dos operadores do direito:

O conceito de defesa social parece ser, assim, na ciência penal, a condensação dos maiores progressos realizados pelo direito penal moderno. Mais que um elemento técnico do sistema legislativo ou do dogmático, este conceito tem uma função justificante e racionalizante com relação àqueles. Na consciência dos estudiosos e dos operadores jurídicos que se consideram *progressistas*, isso tem um conteúdo emocional polêmico e, ao mesmo tempo, reassegurador. De fato, por ser muito raramente objeto de análise, ou mesmo em virtude desta sua aceitação acrítica, o seu uso é acompanhado de uma **irrefletida sensação de militar do lado justo, contra mitos e concepções mistificantes e superados, a favor de uma ciência e de uma práxis penal racional.**³⁸ (*grifo nosso*).

Como dito em linhas passadas, a ideologia da defesa social foi cristalizada em um conjunto de princípios jurídicos cumprindo o papel de justificar e racionalizar o próprio Direito Penal moderno, considerado por Baratta tanto pelo aspecto legislativo quanto dogmático. Ampliando e desenvolvendo o argumento apresentado a partir de outros termos, poder-se-ia sugerir que pretende legitimar tanto a criminalização primária quanto a criminalização secundária.³⁹

³⁷ Id. BARATTA, 2002, p. 42-43.

³⁸ Id. BARATTA, 2002, p. 43-44

³⁹ Id. BARATTA, 2002, p. 161.: “O direito penal não é considerado, nesta crítica, somente como sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções, no qual se podem distinguir três mecanismos analisáveis separadamente: o mecanismo da produção das normas (criminalização primária), o mecanismo de aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo (criminalização secundária) e, enfim, o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança”.

No entanto a dicotomia citada, isto é, a representação fragmentada do direito penal por meio de instâncias distintas e relativamente autônomas não se faz útil apenas para a investigação crítica dos mecanismos de criminalização, mas tem papel fundamental também para as teorias tradicionais.

2.2.4 Separação artificial do componente político do jurídico

Dentro da teoria jurídica clássica, apresenta-se a divisão como a dicotomia entre o momento legislativo e o técnico: a fase política de um lado e a fase “científica” do outro. Neste sentido, há de se ressaltar que a concepção normativista do direito se, por um lado, constrói uma ciência que age para legitimar as decisões políticas do legislativo, por outro lado, trabalha silenciosamente para legitimar e encobrir as decisões políticas dos “operadores do direito” sob o mito de uma ciência racional, neutra e imparcial⁴⁰.

Desse modo, elabora-se o discurso no qual as decisões referentes à seleção dos bens jurídicos merecedores da tutela protetiva do Direito Penal, visando ao “bem comum”, fazem parte do “mundo político” do Legislativo, isto é, as normas jurídicas. Em contraste, de acordo com a perspectiva clássica, a segunda fase da equação é representada como um momento de racionalidade e limitação dos abusos do Estado contra o cidadão.

Contudo, cumpre observar que os princípios do Direito Penal como, por exemplo, o princípio da legalidade, o princípio da culpabilidade, o princípio da intervenção mínima, princípio da lesividade etc., caracterizados como “limitações” ao poder de punir do Estado, atuam, em última análise, como fatores de justificação e legitimação da própria decisão legislativa e, principalmente, das decisões do Poder Judiciário. Tem-se, por conseguinte, a

⁴⁰ Seguindo as lições de Warat, Rosângela Lunardelli Cavallazi e Vívian Alves de Assis analisam “A normalização da ‘pureza do Poder’ Judiciário”: “O processo de normalização legitima a purificação da prática jurídica, que se manifesta no âmbito interpretativo, para que o ator jurídico assuma a função de mero técnico, ‘operador do direito’ e não um produtor de significados, ou seja, um intérprete. Na sociedade normalizada naturaliza-se, pois, o conceito de que o ‘operador do direito’, ao interpretar, está elaborando um trabalho técnico, não considera que a relação entre significante e significado das palavras contidas nas normas é arbitrária e sim, controlada epistemologicamente, não produzindo assim o sentido da norma.” ASSIS, V. A. D.; CAVALLAZZI, R. L. A normalização da “pureza do poder” judiciário. *In*: CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO, 2., 2018, Rio de Janeiro. **Anais** [...]. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019. 214 a 229 p. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/kshuec3y/c3cu6k8g/g2dk43eD3dG070bg.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

ideia de que a decisão política do Legislativo é purificada pela atuação imaculada do Poder Judiciário, sendo este último a garantia de justiça e equidade em razão de uma práxis racional e técnica.

Exemplificando essa visão dicotômica sobre Direito Penal como o contraste da instância legislativa política e da instância dogmática técnica, destaca-se a argumentação de Rogério Greco:

Com o direito penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, **não do ponto de vista econômico, mas sim político**, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito; Merece destaque, no entanto, a advertência levada a efeito por André Estefam, quando aduz que ‘a missão crucial do jurista do Direito Penal, muito mais do que simplesmente definir o que é bem jurídico, deve ser encontrar quais são os limites para a sua proteção por meio das normas penais’. Indo mais além, podemos dizer que também faz parte dessa missão conter a ‘fúria legislativa’, ou seja, o desejo incontido do legislador de criar tipos penais, proibindo ou impondo determinados comportamentos cujos bens não mereciam ser protegidos pelo Direito Penal, mas, sim, por outros ramos do ordenamento jurídico menos radical do que aquele.⁴¹ (*grifo nosso*)

Na perspectiva liberal-funcionalista adotada pela doutrina, o Direito Penal é a expressão mais clara do controle social, que “objetiva impor regras e padrões de comportamento para preservar a coesão social perante comportamentos desviantes. O controle social diminui os conflitos e garante o convívio pacífico, exprimindo o interesse de todos por usufruir uma vida social ordenada” (SABADELL, 2013, p. 131).

Assim, os juristas pouco discutem sobre os fatores sócio-econômicos relacionados à seleção das condutas criminalizadas como, por exemplo: quem realiza essa seleção? Quem interpreta e aplica o direito criado? Quais os efeitos da criminalização de determinada conduta?

o pensamento jurídico clássico fornece uma visão juricista da sociedade, do direito e do Estado. De acordo com este ponto de vista, consegue-se separar o Estado político da sociedade civil, e o direito da realidade econômica, apresentando-se as relações de classe como relações contratuais, os sujeitos sociais como sujeitos de direito, e, assim, nega-se também o caráter jurídico do político e a dimensão política do direito. Enfim, com a concepção juricista, obtém-se uma representação distorcida das relações entre direito e o Estado, ocultando-se, desta forma, o fato de que o direito tem como função social a

⁴¹ Id. GRECO, 2017, p. 34 e 36

realização do projeto político ideológico do Estado. (...) Conforme este tipo de abordagem, o direito, o Estado e a sociedade são vistos como um conjunto de normas compreendidas mediante o emprego de conceitos normativos, sem o auxílio da Ciência Política. Desta forma, as questões vinculadas ao poder (rejeitadas pela Ciência Jurídica) seriam objeto específico da Ciência Política. (...) A questão exige a inserção desta problemática no interior de uma teoria crítica da sociedade, onde sejam assumidas, simultaneamente, a dimensão política do direito e a instância jurídica da política.⁴²

Repisa-se, pouco se discute os fatores sócio-econômicos envolvidos na criminalização de condutas. Como fruto dessa visão normativista do direito os motivos para criação das normas e suas consequências tornam-se temas alheios à ciência jurídica, restando admiti-las como justas e legítimas, criadas com a finalidade de proteger o interesse geral.

Dessa forma, os juristas dizem que: os bens tutelados pelo direito penal são selecionados entre aqueles mais importantes para a sociedade, em atenção aos preceitos da Constituição Federal; o Poder Legislativo, sob as regras do processo legislativo realiza essa seleção; os agentes estatais encarregados (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário) interpretam e aplicam o direito criado pelo Poder Legislativo seguindo todas as normas processuais e garantias constitucionais; a consequência da criminalização de determinada conduta é a proteção dos bens jurídicos e valores tutelados por meio dos efeitos da pena aplicada aos infratores.

Roland Barthes classificaria essa definição como um mito criado pelo normativismo jurídico:

Passando da história à natureza, o mito faz uma economia: **abole a complexidade dos atos humanos, confere-lhes a simplicidade das essências, suprime toda e qualquer dialética, qualquer elevação para lá do visível imediato, organiza um mundo sem contradições**, porque sem profundidade, um mundo plano que se ostenta em sua evidência, cria uma clareza feliz: as coisas parecem significar sozinhas, por elas próprias.⁴³ (*grifo nosso*)

Conforme se depreende da tese sustentada por Rogério Greco transcrita em linhas passadas, é apropriado salientar que além da tentativa de desmembrar as esferas jurídica e

⁴² Id. WARAT, 1983, p. 53-54.

⁴³ Id. BARTHES, 2001, p. 163-164.

política, o jurista trabalha para desassociar o mundo político do econômico, negando, por conseguinte, qualquer interesse econômico ao conteúdo político das normas penais.

Para refutar tal teoria não é sequer necessário recorrer às lições de Foucault ou da já clássica obra *A Criminologia Radical*, de Juarez Cirino dos Santos, que podem soar um tanto revolucionárias aos “servos da lei” waratianos. Em apenas dois parágrafos Paulo Bonavides é capaz de exterminar qualquer dúvida que os funcionalistas possam ter sobre a correlação entre interesse político e econômico, direito penal e lucro:

Numa objeção àqueles que conferem demasiada importância aos fatores econômicos, o professor Xifra Heras pondera que existem esferas políticas de todo alheias a interesses econômicos, mencionando aquelas que se relacionam com a manutenção da paz e a administração da justiça.

Verifica-se porém que até a paz guarda implicações econômicas profundas, quer a paz externa, entre Estados, quer a paz interna, a paz social, a paz política, cujos reflexos incidem com a máxima intensidade sobre o comportamento econômico e financeiro de um país. Basta leve comoção ou crise para que se comprove, sobretudo em sociedades de estrutura econômica frágil, quanto a paz é necessária ao bom curso dos negócios e como seu transtorno poderá refletir-se de modo negativo, com força quase instantânea, sobre o conjunto das operações econômicas e financeiras. Demais, paz social é fundamentalmente aquela que resulta da atenuação da luta de classes e da distribuição mais equitativa do poder econômico numa sociedade, mediante a prática de justiça social.⁴⁴

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 51-52

3 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E A CRÍTICA AO DIREITO PENAL

3.1 Teorias Críticas: contradiscursos

Recorda-se: em seguida à indicação do objeto desta pesquisa, isto é, o estudo do *lawfare*, cotejando a perspectiva da Criminologia Crítica com o discurso jurídico oficial, destacou-se a existência de contraposição entre os objetivos manifestos do Direito Penal (tais como sustentados pelo discurso da teoria jurídica da pena) e os objetivos latentes (os quais vêm sendo estudados e revelados pelas pesquisas da vertente crítica).

Explorando os argumentos da doutrina penalista constatou-se que a teoria jurídica da pena possui raízes na ideologia da defesa social, como explanado de maneira detalhada anteriormente.

Por outro lado, considera-se fundamental realizar uma análise das características que compõe a vertente crítica a fim de possibilitar a construção do alicerce da presente pesquisa, bem como da tese que visa à negação dos objetivos manifestos do Direito Penal. Contudo essa iniciativa não é uma tarefa trivial.

Do ponto de vista da Teoria Jurídica, como apontado por Warat, “falar de uma teoria crítica do direito é tentar abranger, sob um mesmo rótulo, um espaço teórico bastante fragmentado” (WARAT, 1983, p. 39).

De maneira semelhante, Carolina Costa Ferreira⁴⁵ assinala que “as Criminologias Críticas possuem múltiplas origens, pontos comuns, mas, também, aspectos bastante divergentes, a começar de seus conceitos. Por isso, o uso do plural ao mencioná-las me parece mais adequado” (FERREIRA, 2016, p. 2)

⁴⁵ FERREIRA, Carolina Costa. Os caminhos das criminologias críticas: uma revisão bibliográfica. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Curitiba, v.2, n.2, p. 171- 192, Jul/Dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0065/2016.v2i2.1463>. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/1463/pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

Em relação à Criminologia, tomou-se como base a perspectiva histórica da investigação feita por Gabriel Ignacio Anitua em sua obra “Histórias dos pensamentos criminológicos”. Como bem alertado pelo autor, contudo, uma narrativa histórica deve levar em conta a transcendência de pensamentos, bem como a retomada de um autor ou de uma teoria em outro momento histórico diferente daquele em qual foi gestado, evitando a falsa ideia de progressividade⁴⁶.

Igualmente relevante, assinala-se como fundamental a pesquisa feita por Alessandro Baratta em a “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal” que trabalha com as teorias ditas liberais da Criminologia⁴⁷, relacionando-as com os princípios da ideologia da defesa social que são refutados⁴⁸, até alcançar as teorias criminológicas da reação social, culminando, finalmente, nas teorias críticas:

Como se salientou (...), a atenção da nova criminologia, da criminologia crítica, se dirigiu principalmente para o processo de criminalização, identificando nele um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista, e perseguindo, como um de seus objetivos principais, estender ao campo do direito penal, de modo rigoroso, a crítica do direito desigual. Construir uma teoria materialista (econômico-política) do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, e elaborar as linhas de uma política criminal alternativa, de uma política das classes subalternas no setor do desvio: estas são as principais tarefas que incumbem aos representantes da criminologia crítica, que partem de um enfoque materialista e estão convencidos de que só uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal, na sociedade tardo-capitalista, pode permitir uma estratégia autônoma e alternativa no setor do controle social do desvio, ou seja, uma "política criminal" das classes atualmente subordinadas. Somente

⁴⁶ Id. ANITUA, 2008, p. 27: “Pelo tom narrativo, pode passar-se a falsa ideia de que existe uma progressividade no pensamento. E isso redundaria na velha ideia de “progresso” (este pretensioso livro introdutório que você tem em mãos também fala disso). Por esse motivo é que peço que o leitor leve em conta que o pensamento criminológico não é único, e não procede com método de tentativa e erro ou de superação de teorias.”

⁴⁷ Id. BARATTA, 2002, p. 49: “Examinaremos sumariamente nos próximos capítulos as teorias sociológicas que, progressivamente, destroçaram os princípios singulares integrantes da ideologia da defesa social, até atingir, utilizando um novo enfoque, o assim chamado enfoque do etiquetamento ou da “reação social” (labeling approach), a completa inversão da perspectiva da investigação criminológica.

⁴⁸ Id. BARATTA, 2002, p. 5-8 :“As teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva. Negação do princípio de legitimidade”; “A teoria estrutural-funcionalista do desvio e da anomia. Negação do princípio do bem e do mal”; “A teoria das subculturas criminais. Negação do princípio de culpabilidade”; “O novo paradigma criminológico: ‘Labeling Approach’, ou enfoque da reação social. Negação do princípio do fim ou da prevenção”; “A recepção alemã do ‘Labeling approach’. Negação do princípio de igualdade; “A sociologia do conflito e a sua aplicação criminológica. Negação do princípio do interesse social e do delito natural”.

partindo do ponto de vista dos interesses destas últimas consideramos ser possível perseguir as finalidades aqui indicadas.⁴⁹

Ferreira, no entanto, avalia que a ausência de unidade é paradoxalmente um mérito e uma das causas para a “crise” da Criminologia Crítica, pois “teóricos de vários tipos se identificaram como ‘criminólogos críticos’; porém, a diversidade é tanta que pode haver aqueles que defendem desde o controle penal mínimo até as hipóteses de abolicionismo penal” (FERREIRA, 2016, p. 16).

Dessa forma, antes de prosseguir na investigação sobre os atributos que possam definir a identidade da Criminologia Crítica, expor-se-á o “mínimo denominador comum” das abordagens críticas sobre o Direito elaborado por Warat e aqui adotado:

Um mínimo denominador comum das diferentes abordagens críticas sobre o direito pode ser apresentado nos seguintes itens:

- 1) Diagnosticar os efeitos sociais de uma concepção normativista e egocêntrica do direito, mostrando o poder dos discursos organizados a partir de condições imanentes de significação. Assim, tentar-se-ia indicar como, através das doutrinas jurídicas egocêntricas, se encobrem e reasseguram as funções sociais do direito e do Estado.
- 2) Mostrar os mecanismos discursivos a partir dos quais a cultura jurídica converte-se em um conjunto fetichizado de discursos.
- 3) Denunciar como as funções políticas e ideológicas das concepções normativistas do direito e do Estado encontram-se apoiadas nas falaciosas separação do direito e da política e na tópica ideia da primazia da lei como garantia dos indivíduos. **Desta forma, a teoria crítica do direito proporia uma inversão da razão jurídica dominante (que postula uma análise jurídicista da política e do Estado), para situar-nos substantivamente diante de uma análise que pretende refletir sobre as dimensões políticas do direito. Trata-se, assim, de uma reflexão que tenta não esquecer que o jurídico é político e que a política contém um viés jurídico. Ignorá-lo é, sem dúvida, um recurso ideológico para separar o Estado político da sociedade civil.**
- 4) Rever as bases epistemológicas que comandam a produção tradicional da ciência do direito, demonstrando como as crenças teóricas dos juristas em torno da problemática da verdade e da objetividade, cumprem uma função de legitimação epistêmica, através da qual pretende-se desvirtuar os conflitos sociais, apresentando-os como relações individuais harmonizáveis pelo direito.
- 5) Superar os bizantinos debates que nos mostram o direito a partir de uma perspectiva abstrata, forçando-nos a vê-lo como um saber eminentemente técnico, destinado à conciliação de interesses individuais, à preservação e à administração de interesses gerais e à aplicação de sanções inspiradas e indiretamente tuteladas pela moral. Desta forma, a teoria crítica tenta recolocar o direito no conjunto das práticas sociais que o determinam e, assim, designá-lo como um lugar particular do Estado na sociedade; como uma das formas pelas quais o Estado realiza o seu projeto político. Ou seja, o discurso crítico sobre o direito, centrando principalmente sua análise na instância cognitiva, tenta mostrar, na totalidade das condições sociais, a incidência da forma jurídica na

⁴⁹ Id. BARATTA, 2002, p. 197.

produção de uma formação social. O saber crítico sobre o direito implica uma tentativa de construção de uma teoria das relações e das formas jurídicas. Enfim, tenta refletir sobre as condições para uma nova articulação entre técnica jurídica e a prática política.⁵⁰ (*grifo nosso*).

Não menos importante para a elucidação da questão posta em debate, cumpre transcrever a crítica jurídica às justificativas criadas pelo discurso jurídico oficial em relação às funções da pena com o propósito de possibilitar o prosseguimento, devidamente instruído, da investigação-apresentação para o campo da Criminologia Crítica.

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, em resposta às teorias unificadas da pena (a pena como retribuição e prevenção), que se assemelham profundamente, ressalta-se que não por acaso, com as justificativas do discurso jurídico sobre os objetivos do próprio Direito Penal:

Os defeitos das teorias isoladas não desaparecem nas teorias unificadas da pena criminal, com a reunião das funções (a) de compensar ou expiar a culpabilidade, (b) de corrigir e neutralizar o criminoso, e (c) de intimidar autores potenciais e de manter/reforçar a confiança no Direito. Por outro lado, a admissão de diferentes funções da pena criminal, mediante cumulação de teorias contraditórias e reciprocamente excludentes, significa adotar uma pluralidade de discursos legitimantes capazes de racionalizar qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto.

A crítica pode ser sintetizada em dois argumentos: primeiro, o feixe de funções conflitantes das teorias unificadas não permite superar as debilidades específicas de cada função declarada da pena criminal – ao contrário, as teorias unificadas significam a soma dos defeitos das teorias particulares; segundo, não existe nenhum fundamento filosófico ou científico capaz de unificar concepções penais fundadas em teorias contraditórias, com finalidades práticas reciprocamente excludentes.⁵¹

3.2 Criminologia Crítica: o contradiscurso à teoria jurídica da pena

Em referência aos objetivos do Direito Penal, pode-se dizer que de maneira contrária aos objetivos manifestos destacados pela teoria jurídica da pena e adotados pelo senso comum teórico dos jurista, a Criminologia Crítica parte de uma perspectiva sociológica e materialista para compreender e revelar seus objetivos latentes.

⁵⁰ Id. WARAT, 1983, p. 39-40.

⁵¹ Id. SANTOS, 2012, p. 430.

Juarez Cirino dos Santos aponta que, relativamente às funções da pena, o “discurso crítico da teoria criminológica da pena é produzido por duas teorias principais, com propósitos comuns, mas métodos diferentes” (SANTOS, 2012, p. 430-431):

- a) a teoria negativa/agnóstica da pena, fundada na dicotomia estado de direito/estado de polícia, elaborada pelo trabalho coletivo de RAÚL ZAFFARONI e NILO BATISTA (com a contribuição atual de A. ALAGIA e A. SLOKAR);
- b) a teoria materialista/dialética da pena, fundada na distinção entre funções reais e funções ilusórias da ideologia penal nas sociedades capitalistas, desenvolvida pela tradição marxista em criminologia, formada por PASUKANIS, RUSCHE/ KIRCHHEIMER, MELOSSI/ PAVARINI e BARATTA – para citar os mais conhecidos –, com a contribuição relevante do estruturalista FOUCAULT.⁵²

Historicamente, a Criminologia Crítica ganhou projeção no fim dos anos 1960⁵³ e início da década seguinte, tendo como função principal “denunciar a seletividade do sistema penal, desmistificando-o, especialmente em relação à premissa de que pune todos de forma igual - o que seria a ‘função declarada do Direito Penal’” (FERREIRA, 2016, p. 1).

⁵² Id. SANTOS, 2012, p. 431.

⁵³ Deve-se notar que o surgimento da Criminologia Crítica é contemporâneo ao despontar das Teorias Críticas do Direito na Europa e nas Américas: “em face da incapacidade das doutrinas normativistas para responder a questões – notadamente de cariz moral e ideológico – imprescindíveis ao universo jurídico de então. Seu despontar foi impulsionado pela descolonização da África e da Oceania, pelas manifestações contra a Guerra do Vietnã, pela revolução dos costumes e pela contracultura. Experimentos como o das comunidades hippies interpelavam, a partir de um Direito imaginário, o Direito imposto: antes de ser vivido, o ordenamento jurídico foi concebido, e, naquele momento, era imperioso que se problematizasse o arcabouço teórico da doutrina tradicional. A definição kelseniana da norma jurídica como comando dotado de sanção e voltado à pacificação social começa a ser posta em questão. Gradualmente, recupera-se a percepção de que, para além do Direito positivo, há uma vasta gama de formas alternativas de resolução de conflitos, brotando espontaneamente do magma da vida coletiva. Alguns estudiosos tornam-se, assim, mais sensíveis à historicidade e à politicidade do Direito (afastando-se da crença de que existiria uma “racionalidade jurídica”, transcultural, a embasar as decisões jurisdicionais qualquer que seja o tempo ou o lugar). Wolkmer refere-se a uma onda transcontinental de crítica jurídica, “pluralidade heterogênea de movimentos insurgentes”, que, apesar das diferenças procedimentais, enfrenta problemas gnosiológicos e político-ideológicos comuns: no esforço para resgatar o sentido sociopolítico do Direito, todas essas correntes irão opor-se ao positivismo jurídico, ao jusnaturalismo e ao realismo sociológico. As três principais abordagens do fenômeno jurídico que se desenvolveram na história da civilização ocidental têm em comum o esforço para “desideologizar” a atividade jurisdicional, interpretá-la como uma atividade técnica (a crença de que a sentença representaria uma operação silogística etc.) ou prudencial (a razão prática, a phronesis aristotélica, aplicada à lide). A Dogmática Jurídica se assenta em “ficções fundadoras de verdades” – como, por exemplo, a fábula segundo a qual o saber jurídico seria neutro e imparcial, situando-se acima dos conflitos de interesse que atravessam o corpo social. **Para as teorias críticas do Direito, a dessacralização dos mitos normativos revelava-se como etapa necessária à afirmação do primado da política, quer dizer, à explicitação do discurso jurídico enquanto discurso do poder, operacionalizado por grupos específicos em vista da manutenção de suas próprias ambições.** ALMEIDA, Philippe Oliveira de. O neoliberalismo e a crise dos Critical Legal Studies. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2232-2233. (*grifo nosso*)

Segundo Baratta “o salto qualitativo que separa a nova da velha criminologia, consiste, portanto, principalmente na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida, naturalisticamente, como teoria das causas da criminalidade” (BARATTA, 2002, p. 160-161).

Outrossim, os estudos da Criminologia Crítica permitiram, e ainda permitem, revelar o caráter histórico do desvio criminal e, opondo-se ao prisma biopsicológico, superar a “concepção do desvio e da criminalidade como realidade ontológica preexistente à reação social e institucional e a aceitação acrítica das definições legais como princípio de individualização daquela pretendida realidade ontológica” (BARATTA, 2002, p. 161).

Convém notar que a superação da concepção naturalista da criminalidade⁵⁴ ainda não alcançou o Direito Penal e serve de fundamento para o conceito de delito natural presente na ideologia da defesa social. Nessa concepção, delitos naturais seriam “aqueles contra os quais toda a sociedade civilizada se defende, porque exprimem um notável egoísmo, e atentam contra valores e interesses percebidos como universais na consciência de todos os cidadãos normais” (BARATTA, 2002, p. 117).

Contudo, negando a concepção naturalista, as teorias do etiquetamento⁵⁵ ao centrar a atenção no problema da definição da criminalidade evidenciaram “como o desvio não é algo que precede as definições e as reações sociais, mas uma realidade construída mediante as definições e as reações, e que através delas adquire a qualidade de desviante ou criminoso” (BARATTA, 2002, p. 118).

Dessa forma, um dos resultados mais significativos da vertente crítica foi a constatação da criminalidade como um bem negativo distribuído de maneira desigual:

⁵⁴ Concepção naturalista da criminalidade é aquela “criminalidade, assim como o desvio, em geral, é uma qualidade objetiva, ontológica, de comportamentos e indivíduos” (BARATTA, 2002, p. 118)

⁵⁵ Id. Baratta, 2002, p. 86: “parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle da delinquência”.

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é (...) um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.⁵⁶

Todavia, para tanto foi necessário deslocar o eixo cognoscitivo proveniente da criminologia positivista, isto é, das causas do desvio criminal (paradigma etiológico) “para os mecanismos através dos quais são criadas e aplicadas as definições de desvio e de criminalidade e realizados os processos de criminalização.” (BARATTA, 2002, p. 160):

O momento crítico atinge a maturação na criminologia quando o enfoque macro-sociológico se desloca do comportamento desviante para os mecanismos de controle social dele e, em particular, para o processo de criminalização. O direito penal não é considerado, nesta crítica, somente como um sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções.⁵⁷

Nesse sentido, ao debater a mudança da perspectiva etiológica da criminalidade para uma investigação dos mecanismos de reação social e institucional, é imprescindível ressaltar o problema relacionado ao próprio conceito de crime adotado pela criminologia dominante.

No campo da Criminologia Radical Juarez Cirino indica que o conceito de crime adotado pelas teorias tradicionais constitui uma distorção ideológica, que “não se reduz ao que está excluído da definição legal, ou da sanção da justiça criminal, mas resulta diretamente do que está incluído nas definições legais ou nas sanções da justiça criminal” em razão da “natureza classista da definição legal de crime e da atividade dos aparelhos de controle e repressão social, como a polícia, a justiça e a prisão, concentradas sobre os pobres, os membros das classes e categorias sociais marginalizadas e miserabilizadas pelo capitalismo” (SANTOS, 2008, p. 11):

comportamentos definidos legalmente como crimes e/ou sancionados pelo sistema de justiça criminal como criminosos são a base epistemológica dessa

⁵⁶ Id, Baratta, 2002, p. 161.

⁵⁷ Id. Baratta, 2002, p. 161.

criminologia (...) Crime é o que a lei, ou a justiça criminal, determina como crime, excluindo comportamentos não definidos legalmente como crimes, por mais danosos que sejam (o imperialismo, a exploração do trabalho, o racismo, o genocídio), ou comportamentos que, apesar de definidos como crimes, não são processados nem reprimidos pela justiça criminal. (...) A questão aparentemente neutra e incontroversa da definição legal de crime - ou da atuação da justiça criminal, indicada nas estatísticas criminais -, com base no trabalho teórico da criminologia tradicional, manifesta um conteúdo ideológico nítido, que condiciona e deforma toda a teoria e pesquisa, reduzida à descoberta das causas do comportamento criminoso.⁵⁸

Ademais, sustenta que a formação da Criminologia Radical com base nas contradições de classe “evita as deformações da criminologia positivista dominante, que separa a teoria criminológica da teoria política, a teoria política da teoria econômica e exclui a categoria central da luta de classes de todas as teorias sociais” (SANTOS, 2008, p. 37). Assim, o “projeto científico da Criminologia Radical tem por objetivo a produção de uma teoria materialista do Direito e do Estado nas sociedades capitalistas”.

Como visto, o problema do conceito de crime e as demais propostas formuladas pela Criminologia Crítica não devem ser limitadas ao plano da sociologia e têm relação direta com o estudo dos objetivos latentes do Direito Penal. Juarez Cirino dos Santos aponta os passos e fundamenta no sentido da substituição do paradigma formalista por uma perspectiva materialista:

Os *objetivos declarados* do Direito Penal produzem uma aparência de *neutralidade* do Sistema de Justiça Criminal, promovida pela limitação da pesquisa jurídica ao nível da lei penal, única *fonte formal* do Direito Penal. Essa aparência de *neutralidade* do Direito Penal é dissolvida pelo estudo das *fontes materiais* do ordenamento jurídico, enraizadas no *modo de produção* da vida material, que fundamentam os interesses, necessidades e valores de *classes sociais* dominantes das relações de produção e hegemônicas do poder político do Estado, como indicam as teorias conflituais da Sociologia do Direito. A mudança da *fonte formal* (a lei) para a *fonte material* (o modo de produção) do Direito significa trocar a *lógica formal* por uma *lógica material* (ou *lógica dialética*), utilizada pela Criminologia crítica como método de pensar o *crime* e o *controle social* nas sociedades contemporâneas, embora a dogmática jurídica permaneça sob a égide da *lógica formal*, como lógica jurídica clássica. (...) O Direito Penal e o Sistema de Justiça Criminal constituem, no contexto da formação econômico-social, o centro gravitacional do controle social: a pena criminal é o mais rigoroso instrumento de reação oficial contra as violações da ordem social, econômica e política institucionalizada, garantindo todos os sistemas e instituições particulares, bem como a existência do próprio sistema social, como um todo. (*grifo do autor*)⁵⁹

⁵⁸ Id. SANTOS, 2008, p. 10-11

⁵⁹ Id. SANTOS, 2012, p. 7-9

Assim, a vinculação da Criminologia Crítica ao Direito Penal parte da negação de sua igualdade. Do mesmo modo que Ferreira⁶⁰ destaca como principal função da Criminologia Crítica a denúncia da seletividade do sistema penal, Baratta ressalta que “uma série inumerável de pesquisas empíricas conduziram a crítica do direito penal” como direito igual por excelência. Isto é, a análise teórica e o resultados das pesquisas empíricas conduzem à “negação radical do mito do direito penal como direito igual, ou seja, do mito que está na base da ideologia penal da defesa social” (BARATTA, 2002, p. 162):

o mito da igualdade pode ser resumido nas seguintes proposições:
a) o direito penal protege igualmente a todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, que estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural);

b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização (princípio da igualdade).

Exatamente opostas são as proposições em que se resumem os resultados da crítica:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;

b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e de sua intensidade

A crítica se dirige, portanto, ao mito do direito penal como direito igual por excelência. Ela mostra que o direito penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência.⁶¹ (*grifo nosso*)

Constata-se, pois, que o próprio Direito Penal não visa ao combate da criminalidade e deve ser considerado como um sistema dinâmico de funções, especialmente atuante na conservação e reprodução da realidade social. Neste diapasão, Juarez Cirino dos Santos estabelece como principal tradição da Criminologia Crítica o seguinte enunciado: “o sistema penal é definido como instrumento de gestão diferencial da criminalidade - e não da supressão da criminalidade” (SANTOS, 2005, p. 3).

Esta assertiva, qual seja, o Direito Penal como instrumento de gestão diferencial da criminalidade será o ponto de partida desta pesquisa para o estudo do *lawfare*, tendo em

⁶⁰ Id. FERREIRA, 2016, p. 1.

⁶¹ Id. BARATTA, 2002, p. 162.

vista que pretende analisar o argumento de combate à criminalidade como pretexto para aplicação seletiva das normas penais.

Por fim, não se pode deixar de mencionar⁶² que:

O discurso crítico da teoria criminológica da pena define o Direito Penal como sistema dinâmico desigual em todos os níveis de suas funções: a) ao nível da definição de crimes constitui proteção seletiva de bens jurídicos representativos das necessidades e interesses das classes hegemônicas nas relações de produção/circulação econômica e de poder político das sociedades capitalistas; b) ao nível da aplicação de penas constitui estigmatização seletiva de indivíduos excluídos das relações de produção e de poder político da formação social; c) ao nível da execução penal constitui repressão seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho e, portanto, de sujeitos sem utilidade real nas relações de produção/distribuição material – embora com utilidade simbólica no processo de reprodução das condições sociais desiguais e opressivas do capitalismo. (grifo do autor)⁶³

⁶² Id. SANTOS, 2012, p. 453-454: “Em resumo: a) a pena criminal cumpre a função de retribuição equivalente do crime nas sociedades modernas, precisamente mediante a neutralização de condenados reais durante a execução da pena – eventualmente, com a função complementar de intimidação de autores potenciais; b) as outras funções (i) de correção individual (prevenção especial positiva, destruída pela experiência histórica e arquivada pelo labeling approach), e (ii) de afirmação da validade da norma (prevenção geral positiva, em contradição com a correlação sistema penal/mercado de trabalho) constituem retórica encobridora das funções reais da pena criminal, de garantia da desigualdade social e da opressão de classe da relação capital/trabalho assalariado das sociedades contemporâneas. 4. Por isso, a função de retribuição equivalente do crime – fundada no valor de troca medido pelo tempo (a) de trabalho social necessário na economia, e (b) de liberdade pessoal suprimida no Direito – legitima a pena segundo a lógica do capital, produtora de um Direito Penal desigual, como programa de criminalização seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho, orientado por indicadores sociais negativos (pobreza, desemprego etc.) que ativam estereótipos, preconceitos, idiosincrasias pessoais e todo o sistema ideológico dos agentes de controle social, excluindo ou reduzindo a função de critério de racionalidade atribuída à dogmática penal.

⁶³ Id. SANTOS, 2012, p. 452.

4 LAWFARE

4.1 Conceituar: contextualizar

Inicia-se o capítulo com a apropriação da solução proposta por Eduardo Nunes Campos⁶⁴ diante da problemática terminológica: conceito ou definição? Trata-se, então, de explorar o conceito ou a definição de *lawfare*?

Seguindo as lições do referido autor, pode-se afirmar que será trabalhado o conceito *lawfare*. Isto decorre da consideração de que conceituar configura-se como a caracterização de um objeto a partir de um contexto determinado. Há, assim, um empenho em determinar a especificidade das circunstâncias estudadas em contraposição à caracterização pretensamente universal que acompanha a tarefa de definir um objeto.

4.1.1 A historicidade e o sujeito investigador-apresentador

Pelos motivos acima expostos, ou seja, a necessidade de contextualização, é impossível falar em conceito único. Dessa forma, adotou-se uma metodologia que se compromete a apresentar diversos conceitos, e não apenas um.

Ademais, propõe-se o destaque dos elementos que cercam os diversos conceitos de *lawfare* como forma de demonstrar a complexidade do objeto que, por conseguinte, concebe-se como fonte presente e inacabada de discussão, com exorbitante capacidade de propiciar novas e férteis investigações.

Neste diapasão de investigação-exposição consoante o método dialético marxista adotado, parte-se da, e para (em direção), pesquisa dos conceitos seguindo uma perspectiva histórica, realçando igualmente como os a(u)tores sofrem e exercem influência do e no contexto social.

⁶⁴ Id. FEITOSA et al., 2020, p. 34.

Com certa similaridade ao que se sustentou, Zaffaroni (no prólogo do livro de ROMANO, 2019) destaca como fator essencial para o resultado da pesquisa a predisposição interna do próprio investigador:

*Pero cuando se quiere desentrañar la esencia de un fenómeno negativo desde su temporalidad, el observador no puede escapar a su propio talante que, según su ánimo, está predispuesto a la calma o a la alarma. No es el hecho, el material del mundo, sino el talante del observador que responde sosteniendo que no se trata de ninguna nueva amenaza o si, por el contrario, es algo diferente y más peligroso.*⁶⁵

Modernizando o clássico antagonismo entre apocalípticos e integrados proposto por Umberto Eco, Zaffaroni explora a oposição entre os “calmos” e os “alarmados” para guiar a possibilidade de compreensão divergente sobre o fenômeno do *lawfare*: trata-se de um fenômeno novo ou não? Segundo o célebre jurista argentino, “*El observador de ánimo calmo nos diría que no es nada nuevo. (...) Para los observadores de ánimo alarmado todo parece nuevo*” (ROMANO, 2019, p. 6).

4.2 Breve evolução histórica dos conceitos de *lawfare*

Inicia-se esta seção com um questionamento e sua respectiva resposta: por que estudar conceitos? Com fito de identificar o *lawfare* como um fenômeno novo ou apenas a sofisticação de velhas práticas, optou-se por uma análise histórica, dando relevância inclusive ao ato de se criar e publicar (divulgar) o próprio conceito, como será visto mais adiante.

A literatura analisada é harmônica em apontar John Carlson e Neville Yeomans como aqueles que cunharam o termo *lawfare* em artigo publicado originalmente no ano de 1975 na Austrália. Como pode ser visto na edição atualizada⁶⁶, os próprios autores reivindicam a originalidade: “*In this paper Carlson and Yeomans set out a history of mediation and first introduce the term ‘lawfare’*. This term has since been picked up and

⁶⁵ Id. ROMANO, 2019, p. 5.

⁶⁶ CARLSON, John e YEOMANS, Neville. **Whither Goeth the Law** - Humanity or Barbarity Disponível em: <http://www.laceweb.org.au/whi.htm> - original de 1975, versão online postado em 2000, atualizada em 2007 e 2013. Acesso em: 06/06/2021.

used with a different meaning by people at the highest level of global governance” (CARLSON e YEOMANS, 2000).

Apesar de introduzir a expressão *lawfare*, o artigo não se propôs a desenvolver o conceito *lawfare*, limitou-se a dizer que *lawfare* substitui o conflito armado⁶⁷: “*Lawfare replaces warfare and the duel is with words rather than swords. But is that enough?*” (CARLSON e YEOMANS, 2000).

No entanto, a literatura costuma limitar sua atenção à frase afirmativa, ignorando a pergunta que segue “mas isso é suficiente?”. Dessa forma, apesar de sempre citados, Carlson e Yeomans não prestaram grande contribuição para o desenvolvimento do conceito. Ademais, parece não haver um consenso⁶⁸ sobre o que realmente propunham para a expressão, pois foi utilizada apenas uma vez durante todo artigo (na frase retrotranscrita).

Em 1999, na China, Qiao Liang e Wang Xiangsui começam a discutir sobre o tema de maneira mais próxima ao conceito adotado atualmente, indicando o Direito como um

⁶⁷ Aproveita-se para questionar, por conseguinte, a tradução comumente aceita de *warfare* como guerra - no entanto seria interessante notar a diferença entre *war* e *warfare*. *Warfare* seria a atividade de lutar a guerra - expressão que geralmente vem acompanhada do tipo de armas e métodos utilizados no combate. Conforme dicionário de Cambridge on-line. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/warfare> Acesso em: 06/06/2021.

⁶⁸ O artigo de CARLSON e YEOMANS possui como tema a história da mediação e o título parece uma provocação ao próprio Direito. Assim, os conceitos posteriormente desenvolvidos não seguem a proposta dos autores. Nesse sentido, cumpre informar que de maneira contrária às interpretações majoritárias, esta pesquisa não concorda com o viés positivo que é dado ao termo *lawfare* no artigo australiano exatamente pelo questionamento “mas é suficiente?” e, além disso, o artigo se concentra na história da mediação. A interpretação aqui adotada é de que o termo *lawfare* foi utilizado em referência ao Direito e para criticar o litígio judicial conforme as leis estatais. Seria, assim, inclusive uma crítica ao próprio conceito de Direito ocidental pós-revolução industrial: “Humanitarian law is thus concerned with the norms of community, of mediation, family relations, health-welfare, education and culture. Until the Industrial Revolution, it was the Canon Law administered by the Church and the ecclesiastical courts. The confessional, forgiveness, peace and the law of sanctuary and protection were part of humane justice and law. Utilitarian law is the law of the State, of order, of business, of war, contract and crime - the law of ruthlessness, retribution and punishment. In the last 200 years, this law has uniquely dominated the Western world. It has swallowed the humane justice of humanitarian law, creating State monopolisation of law-making. Thus the inquisitorial or enquiry technique is gone, the adversary or accusatory procedure alone applies in our courts. The search for truth is replaced by the classification of issues and the refinement of combat. Lawfare replaces warfare and the duel is with words rather than swords. But is that enough?”.

Por conseguinte, discorda-se da interpretação de Martins que “Etimologicamente, o termo foi cunhado por Carlson & Yeomans (1975), como tática de paz, expressando o bom uso da lei, por meio da demanda judicial na qual as espadas cederiam lugar às palavras.” (MARTINS JR, 2020, p. 27)

dos campos de batalha das guerras modernas, sem, contudo, adotar o neologismo dos autores australianos:

embora o lawfare desempenhe um papel secundário, já figurava entre as formas alternativas de guerra, **ao lado da guerra psicológica, da guerra de informação, da guerra tecnológica e da guerra econômica**. Para os autores, a guerra adquire um sentido amplo na atualidade, tendo a política se tornado apenas uma de suas manifestações.⁶⁹; referem-se à guerra do Direito como uma dentre muitas novas formas de guerra não militar presentes no cenário internacional da época. (...). Ingressando no mérito da questão posta por Carlson e Yeomans, não adotaram, contudo, a expressão lawfare, utilizando, sequencialmente, as palavras law e warfare.⁷⁰ (*grifo nosso*)

Do outro lado do planeta, em 2001, Charles Dunlap, o major-general da Força Aérea dos EUA publicou a primeira de suas diversas obras sobre o tema. O referido autor foi o responsável por dar os primeiros passos para formação do conceito atualmente adotado de *lawfare* afirmando que “o uso da lei como a arma da guerra é a mais nova característica do combate do século XXI” (DUNLAP, *apud* Zanin MARTINS et al., 2019, p. 18). Nos anos seguintes continuou a desenvolver suas ideias sobre o *lawfare*:

Em 2010, último ano em que atuou na Força Aérea, Dunlap publicou artigo em que analisa os diferentes usos da expressão ao longo do tempo, inclusive os adotados por ele próprio. Afirmando haver poucos conceitos no Direito Internacional Público mais controversos que o de *lawfare*, **ratifica sua adesão à compreensão de se tratar de um conceito ideologicamente neutro, isto é, que o Direito pode ser usado tanto para o bem, quanto para o mal, no papel de substituto da guerra armada tradicional**.⁷¹ (*grifo nosso*)

A neutralidade proposta por Dunlap deve ser entendida a partir da consideração fundamental de seu emissor: enquanto o *lawfare* for usada pelos EUA, será visto como positivo (para Dunlap), quando houver a possibilidade de ser utilizado por seus “inimigos”, será visto como negativo e prejudicial. É uma neutralidade discursiva que busca ao mesmo tempo legitimar e dissimular as relações de conflito e dominação, justificando suas ações e apresentando-as como positivas. Corroborando o que foi escrito neste parágrafo:

o próprio Dunlap tenta conferir ao termo lawfare uma definição neutra, a partir da ideia de que não só o inimigo pode usá-lo, senão que também poderia beneficiar a segurança nacional dos Estados Unidos, sendo “preferível às sangrentas, caras e destrutivas formas de guerra que devastaram o mundo no

⁶⁹ Id. Zanin MARTINS et al., 2019, p. 17.

⁷⁰ Id. FEITOSA et al., 2020, p. 36.

⁷¹ Id. FEITOSA et al., 2020, p. 36-37.

século XX”. A lei seria uma arma e, nessa medida, poderia ser empregada para alcançar fins bons ou maus. **Assim, lawfare se converte em uma “estratégia de usar – ou abusar – da lei como um substituto aos meios militares tradicionais para alcançar um objetivo operacional”.**⁷² (*grifo nosso*)

O antropólogo John Comaroff, no mesmo ano da primeira publicação de Dunlap sobre o assunto, 2001, conceitua o *lawfare* a partir de outra perspectiva, pois sua pesquisa tem como base o estudo da conexão entre o colonialismo e a lei na África do Sul. Dessa forma há uma inversão da lógica para conceituar o *lawfare*, enquanto Dunlap pensava e atuava pelo Estado imperialista, Comaroff investigava como a lei fora utilizada contra os povos indígenas. John complementa o seu conceito de 2001 em artigo publicado em conjunto com sua esposa Jean Comaroff no ano de 2007:

No (...) ano de 2001 (...) John Comaroff propôs outro conceito para o termo *lawfare*. Para ele, significaria **“o esforço para conquistar e controlar os povos indígenas pelo uso coercitivo de meios legais”.** (...) **transfere criticamente a arma das mãos dos colonizados para as mãos do colonizador.** Em 2007, John Comaroff, em conjunto com Jean Comaroff, voltou ao assunto e qualificou o *lawfare* como (*grifo nosso*)⁷³; **“recurso a instrumentos legais, à violência inerente ao Direito, para cometer atos de coerção política e até de eliminação (sentido figurado), que se torna visível quando agentes do Estado evocam legalidades, para agir contra alguns ou todos os cidadãos”**⁷⁴. (*grifo nosso*).

Percebe-se que os conceitos vistos até aqui possuem as mais diversas bases investigativas, não obstante, são conceitos que se complementam (naquilo que não são opostos), dando profundidade e detalhamento para novas discussões.

Avançando para 2011, destaca-se o artigo publicado por Susan W. Tiefenbrun⁷⁵, no Estado da Califórnia, no qual aplicou a “Teoria semiótica” para estudar o *lawfare* e o jogo de palavras utilizado na formação do termo (em português diríamos que se trata da composição por aglutinação). A autora destaca que a decomposição da expressão se torna necessária para explicação linguística e revelar a força política que o termo carrega. Orientada por essa perspectiva metodológica, Tiefenbrun estuda primeiro e separadamente

⁷² Id. Zanin MARTINS et al., 2019, p. 18.

⁷³ Id. Zanin MARTINS et al., 2019, p. 18.

⁷⁴ Id. FEITOSA et al., 2020, p. 37.

⁷⁵ TIEFENBRUN, Susan, **Semiotic Definition of 'Lawfare'** (June 17, 2011). Case Western Reserve Journal of International Law, Vol. 43, 2011, Thomas Jefferson School of Law Research Paper No. 1866448, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1866448>. Acesso em: 06/06/2021

as expressões “lei” e “guerra” para, posteriormente, adentrar na análise de *lawfare* (TIEFENBRUN, 2011).

Seu estudo revela que a conexão entre as palavras “cria uma interessante e chocante equivalência entre lei e guerra” (TIEFENBRUN, 2011, p. 2). Ademais, o que fundamenta essa conexão é precisamente o poder que ambos, lei e guerra, desfrutam⁷⁶.

O conceito de Tiefenbrun presente no artigo retromencionado, conforme tradução de Eduardo Nunes Campos (FEITOSA et al., 2020, p. 37.): “*Lawfare* é uma arma projetada para destruir o inimigo, usando, empregando incorretamente e abusando do sistema legal e da mídia, a fim de suscitar protestos públicos contra esse inimigo”.

Apesar do conceito aparentemente crítico, deve-se destacar que para Tiefenbrun o *lawfare* estava sendo utilizado para limitar a livre opinião (“*free speech*”) e tem criado uma publicidade negativa injusta contra países “amantes da liberdade” (“*freedom loving countries*”) em favor de “ditadores e tiranos” (TIEFENBRUN, 2011, p. 1). Explica-se: para Tiefenbrun *lawfare* seria o uso da lei contra os EUA e seus interesses, pois agem em favor da paz global⁷⁷.

4.2.1 Conceitos “introdutórios” de *lawfare*

Os conceitos abordados até aqui podem ser considerados introdutórios, pois não são suficientes para explicar o fenômeno na atualidade, embora sejam de grande relevância histórica e fundamental para compreensão do(s) atual(is) conceito(s) de *lawfare*.

⁷⁶ Id. TIEFENBRUN, p. 1: “Both law and war enjoy power, and it is precisely this shared power that constitutes the basis of the use of lawfare as a weapon of modern asymmetrical warfare.”

⁷⁷ Id. TIEFENBRUN, p. 19: “Lawfare is effective because one lawsuit can silence thousands who have neither the time nor the financial resources to challenge well-funded terror financiers or the vast machine of the international judicial system. Lawfare tends to be used as a weapon against countries where the rule of law is strong. It is most commonly used in asymmetrical warfare by guerrillas and terrorists who seek to affect public perception abroad and gain a moral advantage.”; p. 1: “The abuse of the legal system, of human rights laws, and of humanitarian laws by lawfare undermines the overarching goal of world peace by eroding the integrity of the legal system and by weakening the global establishment and enforcement of the rule of law.”

Ademais, esses conceitos não pretendem responder à mesma pergunta, isto é, não correspondem a pontos de vista diferentes sobre um mesmo problema. Percebe-se que há a utilização da palavra *lawfare* em diversos contextos para explicar problemas distintos.

Inicialmente, a palavra *lawfare*, reivindicada por CARLSON e YEOMANS, foi utilizada em 1975 por esses autores em um contexto completamente diverso dos demais. Conforme a interpretação aqui adotada, para os referidos autores *lawfare* seria uma crítica ao modelo de resolução de conflitos baseado na imposição da lei pelo Estado e litígio entre os cidadãos.

Qiao Liang e Wang Xiangsui, apesar de não utilizarem a expressão que aglutinou *law* e *warfare*, analisam a questão do uso da lei como instrumento da guerra no contexto globalizado. Haveria então o uso das leis internacionais para enfraquecer o Estado inimigo, ou seja, uma guerra entre Estados⁷⁸.

⁷⁸ QIAO Liang e WANG Xiangsui. **A Guerra além dos limites**: conjecturas sobre a guerra e a tática na era da globalização. Beijing: PLA Literature and Arts Publishing House, 1999. p. 65-67 Após discorrerem individualmente sobre a guerra comercial, a guerra financeira e a guerra ecológica, os autores listam outras formas de “operações de guerra não militares”, **ressaltando que, além dessas abaixo indicadas, outros métodos podem ser criados e empregados no futuro** (convém observar que na versão em língua inglesa adotou-se o termo *warfare*):

- 1- A **guerra psicológica**: divulgação de rumores visando a intimidar um inimigo e neutralizar sua vontade;
- 2- A **guerra de contrabando**: gerando confusão em mercados de consumo e atacando o ordenamento econômico;
- 3- A **guerra de mídia**: manipulando o que as pessoas vêem e ouvem visando a influenciar a opinião pública;
- 4- A **guerra de drogas**: obtendo elevados lucros ilegais de forma rápida, difundindo o desastre em outros países;
- 5- A **guerra em redes interativas**: comprometendo o segredo e a identidade de pessoas, num tipo de guerra em relação à qual que é virtualmente impossível a proteção;
- 6- A **guerra tecnológica**: criando monopólios através do estabelecimento de padrões independentes;
- 7- A **guerra de maquiagem**: criando uma falsa aparência de poder real aos olhos de um inimigo;
- 8- A **guerra de recursos**: apoderando-se de riquezas através da pilhagem de estoques de recursos;
- 9- A **guerra de ajuda econômica**: concedendo favores de forma ostensiva, encobrindo condicionantes secretas de controle;
- 10- A **guerra cultural**: liderando e difundindo tendências culturais, de modo acooptar aqueles que têm pontos de vista divergentes;
- 11- A **guerra de legislação internacional**: aproveitando as ocasiões mais oportunas para interpor novas regras e normas de interesse particular; além de diversos outros tipos de guerra não-militar, num número muito grande para serem citados.

“Numa era em que a abundância de novas tecnologias **permite a geração de novos meios e métodos de execução de uma guerra, (para não mencionar a possibilidade de utilização combinada destes meios e métodos)**, não faz sentido, e seria um desperdício de energia, listar todos os meios e métodos possíveis. O que é significativo é que todos estes meios de guerra, assim como os processos para a sua aplicação já foram, estão sendo, ou, serão incluídos no inventário de meios de guerra. Tal fato está modificando, de forma sub-reptícia, o entendimento da humanidade quanto ao significado da guerra. (...) Os métodos que não se caracterizam pelo uso da força das armas ou do poder militar, ou sequer pela existência de vítimas e derramamento de sangue, oferecem a mesma, ou, até mesmo, uma maior facilidade para a consecução dos

Comaroff, por outro lado, é o primeiro a destacar o uso da lei pelo Estado contra o povo - no contexto colonial. Não obstante tratar de *lawfare* a partir de uma relação colonialista, as condições que acompanham o seu conceito não se adéquam ao século XXI e precisam ser atualizadas.

Foram os estadunidenses que deram o corpo atual ao *lawfare*. Se em um primeiro momento usaram a expressão para criticar os inimigos, em seguida serviram-se dessas táticas para lutar uma “guerra” que já estava sendo travada há muito tempo: o imperialismo.

O conceito atual *lawfare* decorre do processo de teorização que reuniu métodos e técnicas (estratégias e táticas no vocabulário adotado por Zanin) de um fenômeno contemporâneo, mas de origem antiga, a fim de: por um lado, auxiliar a efetivação de sua prática, isto é, a aplicação eficiente desses métodos contra o alvo e; de outro lado, possibilitar a compreensão do *lawfare* como prática real e construir uma base teórica capaz de fundamentar a elaboração de táticas de defesa contra o *lawfare*⁷⁹.

4.3 Conceitos atuais

A classificação de um conceito como introdutório ou atual parte de uma visão orientada pela contextualização (inicialmente) latino-americana, que será expandida em um segundo momento.

objetivos da guerra. A propósito, esta possibilidade tem determinado uma revisão daquela afirmação de que “a guerra é a política com derramamento de sangue”, bem como na visão, até hoje existente, de que a guerra executada com o emprego da força das armas é a derradeira forma de resolução de conflitos. **Está claro que é precisamente a diversidade de meios empregados, que tem ampliado o conceito de guerra. Além disso, essa ampliação produziu como resultado, a expansão da ambiência das atividades relacionadas com a guerra.** (...) O propósito deste tipo de guerra ira englobar muito mais do que simplesmente “o uso da força das armas, para obrigar o inimigo a aceitar a nossa vontade”, e sim: **“usar todos os meios disponíveis — ou seja, a força das armas e outros meios não envolvendo a força das armas, ligados ou não poder militar e que provocam ou não vítimas — visando obrigar o inimigo a atender os nossos interesses.”** (*grifo nosso* em negrito e *grifo do autor* sublinhado).

⁷⁹ Zaffaroni se posiciona de maneira semelhante: “Pero la lucha continúa, los derechos no con concesiones graciosas, sino que se obtienen por lucha, muchas veces se arrancan y después es menester cuidarlos. **A nuevas tácticas de agresión corresponde el entrenamiento en nuevas tácticas de defensa.**” (ROMANO, 2019, p. 11, *grifo nosso*)

Como já apontado por Comaroff, com seus estudos sobre a relação entre colonialismo e lei, e Tiefenbrun, que optou por uma pesquisa que discutiu o próprio *lawfare*, deve-se destacar que “apesar da novidade da palavra *lawfare* o uso da lei como arma não é um conceito novo” (TIEFENBRUN, 2011, p.1).

Ademais, Osmar Pires Martins Junior relembra as lições de Kirchheimer para afirmar que o “uso de processo judicial, através de procedimentos aparentemente legais, para finalidades políticas, não é novo (KIRCHHEIMER, 1961)” (MARTINS JR., 2020, p. 26).

Neste diapasão, impõe destacar que a Criminologia há muito tempo já estuda o papel dos “empresários morais”, que, para Becker, têm papel fundamental tanto na criminalização primária, orientando a criação de leis, quanto na criminalização secundária, nas campanhas de pânico moral. Ou seja, o papel da mídia (em sentido amplo) no convencimento popular a fim de criar as condições sociais de aceitação e apoio à perseguição de determinados grupos ou indivíduos é igualmente antigo:

Na tarefa de seleção têm especial importância os ‘empresários morais’, aqueles que colocam em funcionamento todo um aparato ou empresa mediante ‘cruzadas’ encaminhadas para elaborar uma lei penal ou proibicionista. Essas campanhas são também as que dão a voz de alarme diante de outras condutas que, embora possam ser proibidas, são, até essa campanha de pânico moral, toleradas. É isso o que move indivíduos, policiais e juízes a aplicar efetivamente a etiqueta de desviado a determinados sujeitos.⁸⁰

4.3.1 Lawfare no contexto da América Latina

Os conceitos abordados anteriormente ou não eram suficientes para explicar o fenômeno na atualidade ou eram orientados pela ótica estadunidense que se apropriou do termo para condenar as críticas e ações que pretendiam, segundo os mesmos “deslegitimar as campanhas militares dos Estados Unidos e de Israel” (Zanin MARTINS et al., 2019, p. 18).

Dessa ótica decorria a compreensão de que a “lei ‘é uma arma dos fracos que usam processos judiciais internacionais e o terrorismo para minar a América’” (Zanin MARTINS et al., 2019, p. 18). Assim, o *lawfare* era visto e descrito pelos autores

⁸⁰ Id. ANITUA, 2008, p. 593.

estadunidenses com uma conotação negativa, pois afirmavam que era usado contra os EUA.

Com o passar dos anos o discurso foi sendo alterado para adaptá-lo a realidade. Os EUA apropriaram-se não apenas daquilo que até então julgavam negativo, o *lawfare*, como passaram a classificá-lo como algo “neutro” para legitimar o seu uso. O exemplo claro dessa mudança é o discurso de Dunlap, como indicado em linhas passadas. Inicialmente referia-se ao *lawfare* como negativo e, posteriormente, admitindo o seu uso pelos EUA, afirma que se trata de uma “arma neutra”.

É a partir dessa virada na qual os EUA abraçam o *lawfare* que se pretende contextualizar o conceito atual.

Dunlap, major-general da Força Aérea dos Estados Unidos, foi o precursor de “Orde Kittrie, professor de Direito da Universidade do Arizona, que trabalhou por 11 anos no Departamento de Estado dos Estados Unidos” (FEITOSA et al., 2020, p. 37). Kittrie “entende o *lawfare* como a combinação de dois elementos: o uso do Direito para criar efeitos iguais ou semelhantes aos pretendidos nas ações militares convencionais, e ter como motivação enfraquecer ou destruir o adversário que define como alvo” (FEITOSA et al., 2020, p. 37).

O ponto fundamental que distingue esse conceito dos demais e deve ser destacado é a combinação de dois fatores: a autoria e a data. Trata-se de um autor estadunidense (ex-funcionário do governo) escrevendo de maneira favorável sobre o *lawfare* ao defini-lo como “neutro” em 2016, isto é, após o início dos eventos ocorridos na América Latina configurados como ações de *lawfare* – no Brasil, pode-se indicar especialmente a Operação Lava Jato.

Já em 2017, Siri Gloppen define o *lawfare* como “estratégias de mobilização jurídica que incluem alguma forma de litúgio e que são motivadas por um objetivo de transformação social que vai além da vitória em um processo judicial individual” (GLOPPEN *apud* Zanin MARTINS et al., 2019, p. 19), é caracterizado, por fim, “como o

legítimo uso de litígios estratégicos para promover objetivos políticos e sociais” (Zanin MARTINS et al., 2019, p 19).

4.3.2 Conceitos por autores sul-americanos

A obra que iniciou o debate sobre o tema na região, “*Lawfare: uma introdução*”, de autoria de Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins e Rafael Valim, merece posição de destaque exatamente pela relevância que obteve nas discussões técnicas e, principalmente, por ter ampliado o debate para outros públicos. Esse destaque deve ser acompanhado da observação de que os autores utilizam o termo “Direito” de acordo com uma visão idealista e funcionalista da relação entre Direito e sociedade⁸¹.

O conceito forjado pelos referidos autores não adentra na discussão sobre o ponto controvertido apontado no parágrafo anterior e limita-se a dizer que: “*lawfare* é o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo” (Zanin MARTINS et al., 2019, p. 24).

Eduardo Nunes Campos, em diálogo com o conceito de Zanin, estabelece algumas bases para discussão: “Direito não é uma palavra neutra” e rejeita a noção de Zanin na qual o Direito seria “uma técnica para a solução pacífica de controvérsias”, muito menos ‘um instrumento a serviço da paz’; “O *lawfare* tem um lado: o dos opressores. (...) *lawfare* (...) traduz (...) uma perseguição articulada de agentes do poder, em diferentes esferas, contra seus opositores”; “Inimigo: muito além da pessoa, o projeto que ela representa”; “A mídia como elemento constitutivo do conceito de *lawfare*” (FEITOSA et al., 2020, p. 40-42).

⁸¹ A visão idealista e funcionalista pode ser percebida pela caracterização do *lawfare* como “completo esvaziamento do Direito” do Direito, que, nessa ótica, fundamenta-se na igualdade e na limitação do uso da força “a serviço da paz” (Zanin MARTINS et al., 2019, p. 25): “Porém, não é qualquer relação que se estabelece entre a força e o Direito. O projeto do Direito é regular e limitar o uso da força, constituindo uma técnica para a solução pacífica de controvérsias. Na síntese de Luigi Ferrajoli, o Direito é um instrumento a serviço da paz. Por isso, o manejo da violência do Direito como meio para impor a vontade a determinado inimigo é a própria negação do Direito e dos direitos, ou, em outro dizer, o uso do Direito como instrumento de guerra é uma radical contradição. Podemos afirmar, por conseguinte, que o *lawfare* traduz um completo esvaziamento do Direito e, nessa medida, não configura uma categoria neutra, que ora pode ser empregada para fins louváveis, ora para fins reprováveis. *Lawfare*, em nosso entender, sempre terá caráter negativo, um fenômeno que sepulta o Direito.”

Fundamentado nessas considerações⁸², Campos conceitua o *lawfare* da seguinte forma: “é a ação combinada entre agentes do sistema de justiça e a mídia hegemônica, com objetivo de desmoralizar e abater o inimigo e suas ideias.” (FEITOSA et al., 2020, p. 44).

Para Osmar Pires Martins Junior o *lawfare* é “uma guerra assimétrica, travada a partir do uso ilegítimo dos órgãos estatais, inclusive do sistema de justiça, com a intenção de perseguir, eliminar o oponente, com os mais diversos objetivos – militares, políticos, comerciais e até mesmo geopolíticos.” (MARTINS JR., 2020, p. 26).

Importante destacar que o autor se empenha em trazer para o debate o contexto social e os sujeitos envolvidos no *lawfare* aplicado na América Latina:

Dessa forma, o alvo do Lawfare encarna a figura de um inimigo, selecionado em qualquer campo das relações políticas públicas ou privadas, de maneira a paralisá-lo, por meio do ataque aos direitos fundamentais, eleitorais e até financeiros. Curiosamente, o Lawfare prosperou na América Latina ao mesmo tempo que estavam sendo construídos sistemas de governo não alinhados às forças tradicionais nas relações políticas internacionais, internamente alinhados às forças democráticas, defensoras de políticas públicas mais inclusivas, participativas e igualitárias. Simultaneamente, as forças neoliberais, sempre alinhadas às proposições instituidoras dos Estados de exceção, formularam e executaram o Lawfare como estratégia de guerra em defesa dos seus interesses.⁸³

⁸² Id. FEITOSA et al., 2020, p. 43-44: “O lawfare que vem sendo praticado na América Latina, nos últimos anos, está longe de ser apenas, ou mesmo principalmente, um fenômeno jurídico. Trata-se, para todos os que se valem do conceito no continente, de uma perseguição política ostensiva contra o inimigo, através da utilização do aparato judicial e da mídia hegemônica, cada qual cumprindo seu papel, ambos atuando de forma harmônica e concertada. Uma perseguição patrocinada por agentes econômicos e políticos, ávidos por demolir projetos em construção e por afirmar e consolidar alternativas que correspondam a seus interesses de classe. A mídia, assim, não é, a nosso ver, “utilizada em caráter externo e auxiliar do lawfare” (ibidem, p. 32), “auxiliar da guerra jurídica” (ibidem, p. 58), como pretendem Zanin, Martins e Valim. Ela é, ao lado do sistema de justiça, protagonista na guerra política travada contra o inimigo, entendido este, insistimos, como uma pessoa e o projeto que ela simboliza. É decisiva no processo de perseguição operado pelo lawfare, que não se restringe à condenação no campo judicial, buscando também a deslegitimação no terreno político. Sem o “uso estratégico” da mídia, os resultados buscados, de deslegitimação política e desmoralização do inimigo, jamais seriam alcançados, não na dimensão necessária aos interesses dos patrocinadores e promovedores do lawfare. A mídia – aqui compreendida em suas várias expressões, impressa, televisiva, radiofônica, mídias sociais – é, portanto, em nossa opinião, constitutiva do conceito de lawfare, não externa a ele. É arma tão poderosa quanto o Direito, quando se trata de destruir politicamente o inimigo. Afinal, “a opinião pública ganha uma guerra” (General Dwight Eisenhower, citado em Lawfare: uma introdução, p. 51).”

⁸³ Id. MARTINS JR., 2020, p. 26-27.

Apesar de constituir tópico de debate na literatura brasileira como apontado em linhas passadas, as obras argentinas⁸⁴ analisadas nesta pesquisa merecem aplausos⁸⁵ por colocarem este tema como central: a atuação direta e indireta dos EUA⁸⁶, a relação intrínseca do *lawfare* com a disputa por interesses geopolíticos⁸⁷, bem como sua conexão com o totalitarismo financeiro e a ideologia neoliberal⁸⁸.

⁸⁴ ROMANO, Silvina M. (comp.). *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*, 2019; ZAFFARONI, E. R.; CAAMAÑO, C.; WEIS, V. V. **¡Bienvenidos al lawfare!**: manual de pasos básicos para demoler el derecho penal, 2020.

⁸⁵ Imprescindível destacar e elogiar também, ainda que de maneira não individual, os autores brasileiros que não se limitaram a descrever o *lawfare* do ponto de vista jurídico relacionado à violação de normas.

⁸⁶ Id. ROMANO, 2019, p. 16-18. Considerando a complexidade e amplitude do assunto frente às limitações da pesquisa, a fim de contextualizar o leitor, recomenda-se a seguinte matéria que expõe sinteticamente o cenário: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-10/jornal-frances-mostra-eua-usaram-moro-lava-jato>.

⁸⁷ Por esse ângulo, Fernando Fernandes que não trata especificamente sobre o fenômeno do *lawfare*, mas da relação entre geopolítica e a Lava Jato, retoma o início das interferências diretas e indiretas promovidas pelos EUA no Brasil e possibilita ao leitor uma compreensão da história que culminou com o tema desta pesquisa (o *lawfare*): “O Golpe de 1964 não foi realizado em 1º de abril de 1964. Ele eclodiu naquele dia, mas foi gestado muito antes e demorou para se consolidar. A gestação da ‘Doutrina de Segurança Nacional’ foi formada pelos americanos que usaram de seu poder geopolítico para incutir nas Forças Armadas brasileiras uma doutrina que lhes convinha” (p. 127); “Ao mesmo tempo que adotavam a influência de dominação mundial nazista, os americanos a justificavam com a Doutrina Truman (1947), segundo a qual o comunismo russo é a repetição do nazismo, conquistador e expansionista, e **‘a política dos Estados Unidos deve consistir em apoiar os povos livres que resistirem a todas as tentativas de dominação, seja por meio de minorias armadas, seja por meio de pressões externas’**” (p. 161-162, *grifo nosso*); “Tudo isso foi disseminado aos exércitos latino-americanos, via colégios militares americanos destinados a preparar oficiais e soldados na região do Canal do Panamá, em 1961 e 1962” (p. 167); “É necessário, segundo a ‘Doutrina de Segurança Nacional’ (...) **No primeiro plano da política interna, é a segurança nacional que destrói as barreiras das garantias constitucionais: a segurança não conhece barreiras, ela é constitucional e anticonstitucional; se a Constituição atrapalha, muda-se a Constituição**” (p. 177-183, *grifo nosso*). “A Guerra às Drogas e as nossas polícias. No mesmo momento em que se montava o inimigo interno comunista já se fazia o nascedouro do medo às drogas e a preparação para a nova guerra (...) **Em 1971, a Lei 5.726, de 29 de outubro, já trazia obrigações que são o nascedouro das obrigações que hoje se reavivam com obrigações da lei de lavagem de capitais e seu compliance**” (p. 231-235, *grifo nosso*); “O termo Guerra das Drogas foi lançado em 1971 pelo presidente americano Richard Nixon como ‘inimigo público número um’. Esta guerra, ao lado da Guerra Fria, vai gerar um vertiginoso aumento das prisões nos Estados Unidos, como forma de encarceramento da juventude negra, ao longo dos anos, no país que mais prende na história da humanidade, mas também possibilitar larga influência do Departamento de Entorpecentes Americano (DEA) na América Latina. É conhecida a influência americana na Colômbia e no México. A estratégia foi a mesma usada com nossos militares. Documentos vazados pelo WikiLeaks na internet dão conta do entrelace da Operação Condor na América Latina, de combate ao comunismo, com a questão das drogas.” (p. 239-243); “Criada pelo presidente Richard Nixon em julho de 1973 (...) **ainda hoje a DEA tem escritórios na embaixada em Brasília e no consulado de São Paulo**” (p. 251-253, *grifo nosso*); “a Folha de S. Paulo de 21 de setembro de 2000 traz (...) entrevista de Donnie Marshall, relatando a atuação no Brasil havia 25 anos. Diz o texto: **No que diz respeito a autoridades norte-americanas em solo brasileiro, o DEA opera no Brasil de forma constante e contínua, sempre coordenando suas atividades com a Polícia Federal**” (p. 273-275, *grifo nosso*); revista Carta Capital de 24 de março de 2004 traz uma entrevista com Carlos Costa, que chefiou o FBI no Brasil por quatro anos, o mesmo agente da CIA cubano-americano que localizou Che Guevara nas selvas da Bolívia e avisou-o de sua execução próxima. As declarações são estarrecedoras, informando que a Polícia Federal seria comprada pelos Estados Unidos: **‘Sim, comprada. Nossas agências doam milhões de dólares por ano para a Polícia Federal, há anos, para operações vitais. No ano passado, a DEA doou uns US\$ 5 milhões, a NAS (divisão de narcóticos do Departamento de Estado), também narcóticos, uns US\$ 3 milhões, fora todos os outros. Os Estados Unidos compraram a Polícia Federal. Há um ditado antigo, e ele é real: quem paga dá as ordens, mesmo que indiretamente. A**

Zaffaroni inicia o debate sobre o *lawfare* a partir de uma perspectiva histórica com o propósito de revelar a essência do fenômeno, adotando uma “aproximação bordeante, algo como girar em torno do fenômeno, sem pretender nos lançar diretamente ao seu núcleo”, e o classifica como uma espécie do gênero falsidades.

O autor explica: se percebermos que estas falsidades se valem da comunicação, trata-se também da difusão de mentiras, só que se valendo de juízes e com consequências imediatas de prisão e estigmatização das pessoas contra as quais são dirigidas (ROMANO, 2019, p. 5-6). Complementa assim:

Si se trata de satanizar al enemigo y mostrar al opositor político como corrupto y al estamento dominante como puro y angelical, lo primero que nos salta a la vista es que se trata de algo que no es verdad, es decir, que es una vulgar mentira, o sea, una falsedad. Luego, el *lawfare* es una categoría especial del género falsidades.⁸⁹ (*grifo nosso*)

verdade é esta: a vossa Polícia Federal é nossa, trabalha para nós” (p. 278-281, *grifo nosso*); **“Disse também que a manipulação da imprensa brasileira era outra importante função da embaixada americana no Brasil.”** (p. 323, *grifo nosso*) O autor prossegue analisando a interferência dos EUA nas polícias brasileiras até os dias atuais, mas acredita-se que as transcrições anteriores já percorreram um período longo suficiente para fundamentar uma reflexão histórica. Ademais, tema mais frequente nas discussões sobre o *lawfare* o autor se dedica também à análise do “Projeto Pontes”, de 2009, e o treinamento de juristas (citado na nota nº 86, motivo pelo qual se deu preferência, nesta nota, pela abordagem histórica com enfoque na geopolítica. Outrossim, importante destacar): **“No documento constam referências às palavras da ‘vice-coordenadora para Contraterrorismo na S/CT, Shari Villarosa’, que ‘está elogiando juízes e policiais brasileiros que militam na direção oposta à do à do governo eleito e seu Ministério de Relações Exteriores”** (p. 681, *grifo nosso*); **“Os participantes elogiaram a ajuda em treinamento e solicitaram mais treinamento para coleta de provas, interrogatório e entrevista, habilidades em situação de tribunal e o modelo de força-tarefa”** (p. 694, *grifo nosso*) FERNANDES, Fernando Augusto. **Geopolítica da intervenção: a verdadeira história da Lava Jato.** 1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2020. Edição do Kindle

⁸⁸ Complementando a nota anterior, cita-se Romano: “a legitimidade outorgada à judicialização da política emana do consenso sobre a “corrupção” como problema fundamental da América Latina, agenda que vem sendo instalada na região desde o início da década de 1980, no contexto do ajuste estrutural e da modernização do Estado. O processo de cortes estatais e a privatização do setor público impulsionado pelas instituições financeiras internacionais (como o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID) e os organismos bilaterais estadunidenses na América Latina (como a Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional – USAID), **incluiu a reforma jurídica como parte da batalha contra a “ineficiência do Estado”. Desde aqueles anos foi se forjando o relato da “corrupção” como um mal próprio (inevitável) do setor público e do Estado. Esta corrupção deve ser extirpada do Estado apelando então às “boas práticas” do setor privado (eficiência e transparência) para deslocar a lógica do público, associada ao desperdício e má gestão dos “políticos”** (leia-se: militantes, funcionários com trajetória em partidos políticos), **apostando na formação de técnicos (supostamente apolíticos).** Este antecedente explica, em parte, o fato de a perseguição judicial ter sido exacerbada contra funcionários públicos que incentivaram a intervenção do Estado em questões econômicas e sociais em favor das majorias, ampliando o Estado e revalorizando o público. Os Estados Unidos têm um papel fundamental no processo de judicialização da política em geral e no protagonismo do *lawfare* em particular, de forma direta e indireta. (ROMANO, 2019, p. 15, *grifo nosso*).

⁸⁹ Id. ROMANO, 2019, p. 5-6.

Explorando o tópico da predisposição interna do investigador, Zaffaroni destaca as características do *lawfare* que levariam o observador calmo a dizer que não há nada de novo neste fenômeno, com especial atenção: (I) ao processo de comunicação em ambientes de monopólio e oligopólio, nos quais os detentores desses meios criam uma realidade de acordo com seus interesses; (II) à guerra psicológica e à desmoralização de inimigos mediante o uso dos meios de comunicação e a falsificação de notícias (*fake news*); (III) à participação de juízes e tribunais arbitrários que, mesmo quando legitimamente constituídos, ignoram intencionalmente as normas jurídicas:

El observador de ánimo calmo nos diría que no es nada nuevo. Las noticias falsas crean realidad, porque la comunicación es un campo de lucha donde cada quien trata de crearnos la realidad conforme a sus intereses. Cuando alguien hegemoniza por completo el campo comunicacional, nos crea una única realidad, y eso ha pasado en todos los totalitarismos. Por otra parte, en la historia siempre ha habido guerra psicológica, tratando de desmoralizar al enemigo del modo más perverso imaginable. La creación de realidad en base a fake news tiene larga historia, con capítulos como Fouché o los once principios clásicos de Göbbels. Tampoco es nuevo valerse de personas disfrazadas de jueces, cuyo exponente máximo fue el trágico payaso Roland Freisler y el Volksgericht.⁹⁰

Concluir-se-ia afirmando que não há de novo no *lawfare*, no entanto “ao continuar ‘bordeando’ o fenômeno em círculos aproximativos, tem-se a impressão de que uma mudança quantitativa indica também particularidades qualitativas”. Dessa forma, Zaffaroni defende uma postura “nem tão calmos nem tão alarmados, não por um desejo aristotélico de encontrar o ‘justo-meio’, mas para nos prepararmos adequadamente contra esta tática de luta” (ROMANO, 2019, p. 7). Mas que luta é essa?

si bien nada parece ser nuevo en cuanto a métodos de desinformación y perversión, la velocidad y capacidad de penetración de éstos se ha incrementado notoriamente. (...) **¿Pero de qué lucha se trata? ¿A qué responden el empleo de las fake news y su subcategoría de lawfare? ¿De qué poder son instrumentos hoy? ¿Quiénes son los que se valen de esos medios?** Si seguimos girando y miramos el panorama del poder del mundo (...) veremos potencias compitiendo con una guerra de noticias falsas y el mundo dividido en dos hemisferios, que ya no son este-oeste sino norte-sur. (...) Cuando nuestro giro aproximativo que va bordeando el fenómeno se acerca a nuestra región, todo parece indicar que **las fake news tienden a ser más lawfare que en el norte y que son utilizadas por las manchas de riqueza del sur para controlar a los excluidos**, que son gran y creciente mayoría, **todo en particular sintonía con el norte, que le transfiere algo – aunque no más de lo estrictamente necesario – de su sofisticada tecnología.** (...) **¿Pero quienes lideran la cápsula grande del norte y las pequeñas del sur? No son los políticos, que ya no**

⁹⁰ Id. ROMANO, 2019, p. 6.

tienen poder autónomo en el mundo, porque son marionetas de los que hoy tienden a sustituir la política, es decir, los tecnócratas de las corporaciones transnacionales, los chief executive officers, formalmente llamados directores ejecutivos. (...) Son empleados de lujo de masas enormes de dinero entramadas en entes ficticios llamados sociedades anónimas, algunas reales y otras falsas (offshore). **Cometen delitos a granel: estafan en dimensiones astronómicas, endeudan en administraciones fraudulentas, explotan trabajo esclavo a distancia, extorsionan a Gobiernos, financian golpes de Estado, defraudan fiscos, instigan cohechos y prevaricatos, encubren y reciclan el dinero proveniente de todas las criminalidades organizadas del planeta y se disputan la prestación de ese servicio.** En síntesis: acumulan dinero (...) **Pero en el presente podemos ver cómo los encapsulados desbaratan los Estados (más o menos) de derecho existentes.** (...) **El sur siempre fue dominado y, por cierto, sus Estados de derecho siempre fueron precarios y muchas veces desaparecieron, arrasados por dictaduras. Es obvio que sociedades más o menos colonizadas no pueden ser igualitarias, pero en los pocos momentos de autodeterminación emergieron débiles Estados de derecho.** Es funcional al norte la degradación de estos Estados, su corrupción y desbaratamiento institucional, **como antes fue su arrasamiento total por la vía de dictaduras, valiéndose de los militares. Ahora de eso se encargan los líderes de las pequeñas cápsulas locales y, a veces, políticos que asumen el papel de muñecos de ventrilocuo de éstos, pero que proceden a pervertir democracias con el apoyo de jueces, que ahora reemplazan a los militares en esta tarea.** (...) Estos recursos de viejos trucos con nueva tecnología – que potencia su penetración y acelera su eficacia creativa de realidad – no son otra cosa que parte de la lucha mundial actual por el desbaratamiento de los derechos humanos.⁹¹ (*grifo nosso*)

Consoante o exposto, Zaffaroni conceitua o *lawfare* como a deformação institucionalmente patológica da função jurisdicional: “es decir que, de ese modo – y en la lengua de Shakespeare – se designa a un confuso revolcadero de “corruptos” de alto vuelo, minorías del mundo judicial, agentes de servicios secretos, comunicadores, (de)formadores de opinión y monopolios mediáticos” (ZAFFARONI et al., 2020, p. 34).

Seguindo esta linha de raciocínio, Silvina M. Romano destaca que a “guerra contra a corrupção” possui interesses de fundo ocultos à opinião pública e é utilizada para solucionar tensões políticas no campo jurídico. Neste diapasão, a autora conceitua o *lawfare* “como o uso indevido de ferramentas jurídicas para perseguição política; a aplicação da lei como uma arma para destruir um adversário político pela via judicial” (ROMANO, 2019, p. 12).

Amílcar Salas Oroño concentra sua atenção no caso brasileiro, pois compreende que é um dos exemplos mais claros e emblemáticos de *lawfare* em razão do modo de aplicação

⁹¹ Id. ROMANO, 2019, p. 7-11.

da “guerra jurídica”, dos atores principais e das dinâmicas envolvidas (ROMANO, 2019, p. 27):

Brasil es el ejemplo de lawfare más claro en América Latina, pues da cuenta de la aniquilación del adversario político (líderes y partidos) por la vía judicial. Una guerra librada a través de la manipulación del aparato judicial, la influencia y presión de Estados Unidos (por medio de programas de asesoramiento, cooperación en la investigación y monitoreo de la causa Odebrecht desde el Departamento de Justicia de EE. UU.) y la manipulación de la opinión pública por parte de la prensa hegemónica. Una guerra jurídica que, como toda guerra, implica una disputa por intereses geopolíticos en juego (reservas de hidrocarburos, industrias estratégicas, etc.).⁹²

Oroño se dedica, conseqüentemente, à investigação da relação entre o *lawfare* e a geopolítica, explicitando como a Lava Jato, em nome da guerra contra a corrupção, teve papel fundamental para o desmonte da indústria brasileira e a mudança do governo em favor de interesses estrangeiros, especialmente americanos (ROMANO, 2019, p. 30-31).

Para o autor, a implantação do *lawfare* no Brasil se configura como uso da lei como método de guerra não convencional (em afinidade com o conceito guerra moderna⁹³ e “operações de guerra não militares” exposto por Qiao Liang e Wang Xiangsui) e desordenou completamente o panorama democrático que havia, com esforço, conseguido se estabilizar a partir dos anos 1980 (ROMANO, 2019, p. 30).

Como hilo narrativo de la agenda social, el lawfare ingresa a través de la cuestión de la corrupción, como el factor justificador del desborde jurídico (en sintonía con otros casos latinoamericanos): ese es el área de resonancia (mediática y cultural) de la propia “Operación Lava-Jato”. **El objetivo de fondo: desorganizar algunos elementos dispuestos durante los 12 años de Gobiernos petistas, como el marco regulatorio del petróleo en aguas profundas, la competitividad de Embraer, la expansión de las empresas multibrasileñas (no sólo dentro de la región latinoamericana), los proyectos nucleares en materia de seguridad geoestratégica, la promoción de los regionalismos supranacionales (de los Brics a la Unasur), el protagonismo brasileño en los precios de producción y comercio mundial de proteína animal, granos y otras materias primas, entre muchos otros aspectos. En ese cruce de intereses (políticos) internos y (geopolíticos) externos, todos estos**

⁹² Id. ROMANO, 2019, p. 27.

⁹³ Id. QIAO e WANG, p. 67: “**Está claro que é precisamente a diversidade de meios empregados, que tem ampliado o conceito de guerra.** Além disso, essa ampliação produziu como resultado, a expansão da ambiência das atividades relacionadas com a guerra. (...) O propósito deste tipo de guerra ira englobar muito mais do que simplesmente “o uso da força das armas, para obrigar o inimigo a aceitar a nossa vontade”, e sim: “**usar todos os meios disponíveis — ou seja, a força das armas e outros meios não envolvendo a força das armas, ligados ou não poder militar e que provocam ou não vítimas — visando obrigar o inimigo a atender os nossos interesses**”.” (*grifo nosso*)

logros quedaron dispuestos de tal forma que se convirtieron en objetivos de la “guerra contra la corrupción”, aún sin pruebas ni motivos de pesquisa. (...) La “corrupción” se origina en Brasil pero afecta los intereses de los ciudadanos de todas partes del mundo, en particular, estadounidenses; allí es que aparece el pretexto para que se conecten los Departamentos de Justicia de un país y otro, con el desmadre soberano y la injerencia directa que esto ha significado. Una estrategia, además, muy onerosa contra algunas estatales brasileñas, que ha resultado en una cantidad de demandas por parte de los accionistas estadounidenses cuya suma supera, para el caso de Petrobrás, los 10 mil millones de reales. Igual que para Embraer, cuya persecución por parte del Departamento de Justicia estadounidense terminó con acuerdos firmados con ese órgano por el cual no sólo debía haber determinados pagos regulares sino también un monitoreo interno de la compañía **(para finalizar, dos años después, con el anuncio de su venta a la empresa norteamericana Boeing).**⁹⁴ (*grifo nosso*)

Nesse sentido, o autor enfatiza o conceito de lawfare proposto por Carol Proner como um mecanismo: “central na combinação de meios e métodos de combate jurídico para tornar possíveis os planos geoestratégicos de disputa econômica e política, valendo-se da produção da instabilidade que somente o implacável combate à corrupção é capaz de produzir” (PRONER *apud* ROMANO, 2019, p. 32).

Para encerrar a exposição de conceitos, indicam-se os formulados por Flávio Dino de Castro e Costa e de Luiz Inácio Lula da Silva. O primeiro complementa a expressão *lawfare* com “político” provavelmente a fim de contextualizar⁹⁵ a palavra “inimigo” que usualmente é utilizada nos demais conceitos e conceitua da seguinte forma: “*lawfare* político: instrumento de destruição do inimigo por meio de processo aparentemente legal” (MARTINS JR., 2020, p. 85).

Convém realçar que Flávio Dino entende que *lawfare*, como instrumento de guerra, não seria um “fato novo, em si, mas os aspectos contemporâneos do problema reciclam práticas milenares e atualizam para o contexto brasileiro um conceito que, infelizmente, se aplica com muita precisão, em face de fatos ocorridos na prática recente dos tribunais brasileiros” (MARTINS JR., 2020, p. 89).

Lula, tomando o conceito formulado por seus advogados como base, amplia-o para afirmar que o *lawfare* é “um fenômeno que, apesar de ser mundial, vem se desenvolvendo

⁹⁴ Id. ROMANO, 2019, p. 31-32.

⁹⁵ Essa assertiva é resultado da interpretação do trecho em que o referido autor destaca que conceito “original” de *lawfare* provém de expressão militar. (MARTINS JR., 2020, p. 89)

sistematicamente e com uma frequência idesejável na América Latina”. Prontamente o conceitua da seguinte maneira: “o uso do Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito à aplicação da lei penal, para interferir na política. (...) uma guerra jurídica com fins ilegítimos” (ZAFFARONI et al., 2020, p. 8).

4.4 Outras perspectivas sobre o *lawfare*

4.4.1 *Lawfare* como fenômeno regional

Além do episódio brasileiro e a emblemática operação Lava Jato, outros casos significativos ocorridos na América Latina merecem ser registrados. Os primeiros que serão analisados, embora não se adequem perfeitamente ao conceito atual de *lawfare*, podem ser estudados como atos preparatórios e constituintes do próprio desenvolvimento do *lawfare*. Em contrapartida, os últimos podem ser interpretados como verdadeiros casos de *lawfare* segundo o conceito estudado previamente. Adverte-se, contudo, que a limitação inerente à pesquisa monográfica impede o aprofundamento e a explicação individualizada sobre cada evento indicado.

A destituição de Zelaya, em 2009, pode ser entendida como um caso preparatório para os demais. O auxílio das Forças Armadas no processo de destituição do então Presidente de Honduras é uma das causas para, geralmente, não enquadrá-lo como *lawfare*. A interpretação majoritária é de que ocorreu um golpe de Estado militar.

Destaca-se, porém, que o envolvimento do Exército ocorreu em âmbito de cumprimento de decisão judicial. Não obstante a reação internacional foi extremamente negativa: a Assembleia-Geral da ONU condenou o golpe de Estado com aprovação de resolução de que nenhum governo do país seria reconhecido senão o chefiado por Zelaya Rosales⁹⁶.

A posição aqui adotada é de que a participação do Exército não descaracteriza completamente a ocorrência de *lawfare*, mas demonstra que o *lawfare* estava em

⁹⁶ Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2009/06/1309291-assembleia-geral-condena-golpe-de-estado-em-honduras>. Acesso em: 06/06/2021

desenvolvimento e a condenação internacional em relação à destituição do então presidente exigiu que o método aplicado fosse sofisticado para evitar futuros questionamentos.

O impeachment de Fernando Lugo em 2012, no Paraguai, não decorreu diretamente de decisão judicial, mas sim de processo parlamentar, o que resulta em dessemelhanças do caso com o conceito atual de *lawfare*. Por outro lado, a forma como foi conduzido o impedimento, isto é, como um rito sumário de destituição no qual a defesa teve 17 horas para preparar seus argumentos e apresentá-los ao Senado⁹⁷, aponta para formação de um padrão de desprezo à lei, aos procedimentos e aos direitos dos acusados.

Ademais, apesar de todas as irregularidades no processo conduzido pelo Legislativo, o Poder Judiciário (o TSE paraguaio) julgou o *impeachment* como legítimo. Todavia, de maneira similar ao golpe ocorrido em Honduras, a reação ao golpe parlamentar ratificado pelo Judiciário não foi bem recebido pela comunidade internacional e foi classificado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) como “uma paródia da justiça e uma afronta ao Estado de Direito”⁹⁸.

A versão brasileira de destituição de Presidentes sem justa causa demonstrou que os golpes estavam se aperfeiçoando. O *impeachment* de Dilma contou com a cumplicidade da mídia hegemônica para obtenção de apoio popular em favor de condenação sem o cometimento de crime de responsabilidade. Foi relevante também a influência da operação Lava Jato para fabricar escândalos que seriam aproveitados pela imprensa para corroborar um discurso neoliberal e antipolítico mascarado de “luta contra a corrupção”.

Embora os golpes tenham sido eficazes em remover os seus inimigos do poder, percebe-se que houve um aperfeiçoamento das técnicas empregadas a fim de legitimar⁹⁹ as

⁹⁷ Disponível em: <https://memoria.ebc.com.br/noticias/internacional/2012/12/o-impeachment-de-lugo-e-a-criese-institucional-no-paraguai>. Acesso em: 06/06/2021

⁹⁸ Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/destituicao-de-lugo-afeta-estado-de-direito-no-paraguai-cidh/>. Acesso em: 06/06/2021

⁹⁹ Id. Sabadell, 2013, p. 111: “Em uma obra mais recente, **Luhmann descreveu a legitimidade moderna como legitimação do poder por meio de procedimentos e não por intermédio do conteúdo das normas jurídicas (...). Trata-se de outra forma de expressar a ideia de Weber de que a primeira condição da legitimidade moderna é o respeito à formalidade.** Um tribunal penal que julga sem respeitar os prazos preestabelecidos, restringindo os direitos de defesa do acusado e intimidando testemunhas, nunca conseguirá o reconhecimento de sua decisão como “justa”, mesmo se conseguir condenar os autores de um delito”. O mesmo raciocínio se aplica para condenação daqueles que sequer cometeram delitos.

medidas antidemocráticas, excluindo a participação das Forças Armadas em primeiro momento e, em seguida, demonstrando um cuidado em “dar aparência” de legalidade para os abusos cometidos a fim de evitar questionamentos posteriores. Se o *impeachment* de Lugo começou em 21 de junho de 2012 na Câmara e foi encerrado pelo Senado no dia 22 de junho do mesmo ano, o *impeachment* de Dilma, por outro lado, foi “cuidadosamente” conduzido por um mês na Câmara dos Deputados e mais de quatro meses no Senado.

Os casos mais recentes, como dito, apresentam mais semelhanças com os conceitos atuais de *lawfare*: referente ao Equador, pode-se citar o caso do Ex-Presidente Rafael Correa, condenado a oito anos de prisão e perda de direitos políticos por 25 anos¹⁰⁰; na Colômbia se notabiliza a perseguição contra Gustavo Petro, considerado como o provável próximo presidente¹⁰¹; A Argentina foi palco do célebre caso de Cristina Kirchner, Ex-Presidente e atual Vice-Presidente da Argentina.

A situação da Venezuela demonstra uma maior complexidade em comparação aos demais casos listados e enquadrados no atual conceito de *lawfare*. Percebe-se que o conflito venezuelano apresenta mais características de guerra híbrida (na qual o *lawfare* é apenas um de seus componentes) do que simplesmente um caso tradicional de *lawfare*¹⁰².

No que tange ao Peru, o que o distingue dos demais é a existência de uma perseguição não voltada especificamente à esquerda, como nos demais países, mas uma perseguição direcionada a toda classe política conduzida pelo Judiciário com (o conhecido) uso abusivo de prisões preventivas: o Ex-Presidente Alan García se suicidou após ordem de prisão preventiva¹⁰³; o Ex-Presidente Alejandro Toledo se encontra nos EUA e aguarda julgamento do segundo pedido de extradição¹⁰⁴; o Ex-Presidente P.P. Kuczynski teve sua

¹⁰⁰ Disponível em: <https://www.dn.pt/mundo/tribunal-confirma-condenacao-de-ex-presidente-do-equador-rafael-correa-12701303.html> Acesso em: 06/06/2021

¹⁰¹ Disponível em: <https://colombiareports.com/gustavo-petro-from-rebel-to-colombias-next-president/>. Acesso em: 06/06/2021.

¹⁰² Id. ROMANO, 2019, p. 115: “El caso de Venezuela muestra el modo en que el *lawfare* se inserta, como una táctica más, en una estrategia de guerra híbrida (de amplio espectro) desplegada por EE. UU. y sus aliados, dirigida al cambio de régimen y a la consiguiente transformación de la correlación de fuerzas en la geopolítica regional.”

¹⁰³ Id. ROMANO, 2019, p. 95.

¹⁰⁴ Disponível em: <https://cnnespanol.cnn.com/2021/04/23/gobierno-de-peru-aprueba-segundo-pedido-de-extradicion-a-ee-uu-del-expresidente-alejandra-toledo-para-juzgarlo-en-el-pais/>. Acesso em 06/06/2021.

prisão preventiva domiciliar renovada por 3 anos em 2019¹⁰⁵; o Ex-Presidente Ollanta Humala foi preso preventivamente em 2017 pelo período de 9 meses e aguarda julgamento em liberdade¹⁰⁶; o Ex-Presidente Martín Vizcarra foi recentemente denunciado¹⁰⁷.

O Peru é um bom exemplo da relação entre o *lawfare*, o totalitarismo financeiro e a ideologia neoliberal sustentada por Zaffaroni, na qual a corrupção é apresentada como o “mal cósmico” atual, a política como Satanás e os políticos como seres inferiores (ZAFFARONI et al., 2020, p. 33):

La habilitación descontrolada del poder punitivo contra políticos tiene por objeto lo que se llama la antipolítica, o sea, hacer creer a los pueblos (subestimados por ellos como “débiles mentales”, siempre “inferiores”) que los políticos son todos corruptos. Paralelamente, conforme al manejo prestidigitador de la selectividad punitiva, la obturación meticulosa del poder punitivo frente a las macrocorrupciones siderales de los personeros locales del totalitarismo financiero permitiría que los pueblos (supuestamente “de poca inteligencia”) acabasen creyendo que los máximos corruptos son los únicos “puros” y virginales. (...) Estos presupuestos sociales facilitan la manipulación judicial de la selectividad mediante la elevación de la corrupción (de los otros, obviamente) a la condición de “mal cósmico” de la época. (...) Mientras el público circense de nuestras clases medias bajas se entretiene con el espectáculo que brindan los integrantes de las curiosas minorías del mundo judicial diciendo y escribiendo disparates, los impolutos hacen ajustes presupuestarios, derogan la legislación laboral, desfinancian la investigación científica, la salud pública, la educación pública, embadurnan el derecho previsional y propugnan política de “mano dura” con la “delincuencia” (de los estereotipados pobres).¹⁰⁸

4.4.2 *Lawfare* como fenômeno globalizado

Ampliando o debate do *lawfare* para um contexto globalizado, utiliza-se como referência as acusações penais contra políticos europeus, o que reforça a ideia apresentada por Zaffaroni que *lawfare* é um instrumento utilizado a fim de criminalizar a política e submeter todos aos interesses do capitalismo financeiro.

¹⁰⁵ Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/ex-presidente-do-peru-pedro-pablo-kuczynski-e-condenado-a-3-anos-de-prisao/>. Acesso em: 06/06/2021

¹⁰⁶ Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/04/10/tres-candidatos-a-presidencia-do-peru-estao-na-mira-da-justica-saiba-quem-sao.ghtml>. Acesso em: 06/06/2021

¹⁰⁷ Disponível em: <https://peru21.pe/politica/caso-richard-swing-fiscal-de-la-nacion-denuncia-a-martin-vizcarra-por-contrataciones-irregulares-de-richard-swing-noticia/>. Acesso em: 06/06/2021

¹⁰⁸ Id. Zaffaroni et al., 2020, p. 33-34.

O primeiro caso europeu que se apresenta aqui contém similaridades expressivas com o fenômeno verificado na América Latina: José Sócrates, Ex-Primeiro-Ministro de Portugal que comandou o país de 2005 a 2011, é integrante do Partido Socialista¹⁰⁹ e foi preso preventivamente (esteve detido por 288 dias no Estabelecimento de Évora e mais 42 em prisão domiciliar, no total de onze meses¹¹⁰).

Para além das semelhanças com o *lawfare* latino-americano, os eventos que compõem a história da prisão de José Sócrates possuem características escandalosas até para aqueles que foram se “habituar” com os abusos cometidos pela Lava Jato durante anos.

A semelhança se inicia com a detenção para interrogatório, equivalente à condução coercitiva brasileira. No entanto, ao passo que a condução coercitiva no Brasil deve se restringir aos casos em que houver prévia intimação para comparecimento (requisito que foi convenientemente ignorado pela Lava Jato), a figura presente no ordenamento português de “detenção para interrogatório” tem requisitos similares ao da prisão preventiva.

Tal como a condução coercitiva de Lula, a detenção de Sócrates foi transmitida ao vivo. Por outro lado, o político português foi detido no aeroporto enquanto chegava ao país sob a alegação de risco de fuga. Sim, Sócrates foi detido com fundamento no risco de fuga enquanto chegava ao país, não enquanto tentava sair.

Agregando elementos à lista de disparates legais (o que reforça a crítica aqui sustentada contra os principais conceitos de *lawfare* que afirmam haver a necessidade de violação de regras para sua configuração, embora geralmente usem a expressão “aparência de legalidade”), a legislação portuguesa permite a prisão preventiva em casos de excepcional complexidade por até um ano sem qualquer acusação formal¹¹¹. No Brasil não há sequer limite temporal para a prisão preventiva, embora a inclusão do parágrafo único no art. 316 do CPP pela Lei nº 13.964/2019 tenha criado a obrigação do órgão emissor da

¹⁰⁹ Classificado como um partido de centro-esquerda

¹¹⁰ Disponível em: <https://observador.pt/2021/04/09/cronologia-da-operacao-marques-com-inicio-em-21-de-novembro-de-2014-com-a-detencao-de-socrates-no-aeroporto-de-lisboa/>. Acesso em: 6 jun. 2021

¹¹¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-16/entrevista-jose-socrates-ex-primeiro-ministro-portugal>. Acesso em: 6 jun. 2021

decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, sob pena de tornar a prisão ilegal¹¹².

Isso comprova que a constitucionalidade e/ou a legalidade são manipuláveis e a respectiva violação não pode ser considerada como elemento constitutivo do conceito de *lawfare*. A Criminologia Crítica já denuncia o problema da seletividade das normas penais há mais de meio século e a consequente perseguição por meio do uso do Direito Penal. Informa-se, outrossim, que esta discussão será ampliada na próxima seção.

Considerando a limitação imposta à presente pesquisa, evitar-se-á realizar uma análise detalhada e pormenorizada do caso de José Sócrates, razão pela qual se opta pela transcrição na nota de rodapé de texto elaborado pelo próprio Ex-Primeiro-Ministro português¹¹³, ressaltando, contudo, um detalhe que não apontado: apesar de ter ficado

¹¹² Nota-se, todavia, que o STF esvaziou o conteúdo da norma ao firmar entendimento que a “ausência de renovação da prisão após 90 dias não revoga preventiva”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-15/ausencia-renovacao-prisao-90-dias-nao-revoga-preventiva>. Acesso em: 6 jun. 2021.

¹¹³ **AI É AQUI, O MESMO MÉTODO: A ESCOLHA VICIADA DO JUIZ. "Todos os dias essa mentira na televisão. Todos os dias, durante quase sete anos". A Operação Marquês foi a Lava Jato portuguesa.** Talvez seja esta a melhor forma de descrevê-la, de modo a que todos os brasileiros entendam. Numa e noutra tivemos as **mesmas conduções coercitivas, os mesmos vazamentos, a mesma prisão injusta, as mesmas acusações ignominiosas e estapafúrdias, a mesma cumplicidade do jornalismo, a mesma instrumentalização política do combate à corrupção. Nos dois casos, tivemos também a mesma escolha viciada do juiz, o juiz que nunca esteve acima das partes, mas ao lado de uma delas, o Ministério Público. Cá e lá, o mesmo personagem, o juiz-herói construído pela indústria midiática.** Aí, um medíocre ativista político; aqui, um figurante um pouco mais cômico. De um lado e do outro do Atlântico, a mesma violência, a mesma brutalidade, o mesmo ódio político. O “*lawfare*” é uma guerra de extermínio. Quase sete anos depois de eu ter sido preso, a Justiça portuguesa confirmou neste sábado (9)¹¹³ que a acusação, no que diz respeito à mais grave acusação de corrupção, não tem indícios, não tem provas, não tem fundamento —como vocês dizem aí, a denúncia não tem mérito para ir a julgamento. O mesmo é válido para os crimes de fraude fiscal. Pronto, é isto, e já é bastante. No final, nenhuma das alegações de corrupção é verdadeira. Como foi possível isso acontecer? Como foi possível acusarem durante sete anos um político de um crime ignominioso sem terem o mínimo de respaldo nos fatos? A resposta é dura, mas tem de ser dita. **O que aconteceu foi que o sistema judicial português foi manipulado para perseguir um adversário político. O que aconteceu foi que o sistema judicial, com a desculpa do combate à corrupção, foi usado para fins estranhos à Justiça, mas familiares à política —retirar alguém do espaço público e impedir a sua candidatura a presidente da República. (...) Num caso como no outro, tratou-se de usar o aparato judicial estatal para impedir uma candidatura a presidente, beneficiar a direita política e atingir a esquerda. Missão cumprida.** No Brasil, a Lava Jato afastou o PT do poder; em Portugal, o Processo Marquês impediu o Partido Socialista de ganhar as eleições em 2015 e permitiu que o novo presidente se candidatasse sem ter adversário apoiado pelo Partido Socialista. Entendamo-nos bem. **Nada disto foi um erro judicial, mas uma vigarice judicial. Tudo isto foi intencional, planejado e devidamente arquitetado. Aí e aqui o mesmo método. Primeiro, a escolha da jurisdição — a escolha viciada do juiz, o juiz que permitiu os abusos e que assegurou o jogo de cartas marcadas. Segundo, a lei de exceção, as detenções arbitrarias, os vazamentos, os direitos constitucionais violados.** Na Operação Marquês foi a minha detenção no aeroporto, com as emissoras de TV ao vivo. A alegação foi de perigo de fuga, apesar de eu estar a entrar no país, e não a sair. Foi a prisão preventiva por 11 meses sem que

preso preventivamente por 11 meses, a primeira denúncia só foi apresentada três anos após sua detenção.

Como dito em linhas passadas, discutir e apresentar casos europeus que contenham similaridade com os casos de *lawfare* na América Latina objetiva a expansão da avaliação sobre o fenômeno, até então regional, para possível e eventual configuração e conceituação do *lawfare* como um fenômeno global.

Portanto, dando continuidade à tarefa, apresenta-se para debate a condenação do Ex-Presidente francês Nicolas Sarkozy, realçando que, assim como nos demais casos indicados nesta pesquisa, não se pretende fazer uma análise jurídica da condenação, isto é, não se reivindica alegação de regularidade ou irregularidade no processo de condenação, nem sequer se ambiciona julgamento fático ou moral da própria conduta do Ex-Presidente francês.

O interesse pela condenação de Sarkozy se dá pela similaridade com os casos latino-americanos nos seguintes pontos: acusação (e condenação) por “pacto” de corrupção; especialmente referente a casos relacionados com suspeita de financiamento ilegal de campanha; e a investigação ter se baseado em interceptação telefônica feita sobre conversas entre o acusado e seu advogado (também condenado)¹¹⁴.

Por fim, apresentam-se casos que envolvem um mesmo evento, embora compostos por processos judiciais distintos, pois o primeiro se refere a Deputado do Parlamento Europeu que possuía imunidade¹¹⁵: o caso de Carles Puigdemont, Ex-Presidente da

fosse apresentada qualquer denúncia formal. Foi o impedimento de acesso aos autos durante mais de um ano, depois da prisão. Foi a mentira que começou logo no início, logo na primeira condução coercitiva — temos provas, diziam eles. Três meses depois diziam que as provas estavam consolidadas; seis meses depois diziam que as provas estavam “mais consolidadas ainda”. **Todos os dias essa mentira na televisão. Todos os dias, durante quase sete anos. Quase sete anos depois, um juiz independente decide que a acusação, no que diz respeito à acusação concreta de corrupção, não é válida, não tem mérito, não tem fundamento. Não é que não haja provas, é que não há sequer indícios. Sete anos depois.** Nada mal para uma Justiça europeia.¹¹³ (*grifo nosso*) Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2021/04/perguntam-me-o-que-foi-a-operacao-marques.shtml>. Acesso em: 6 jun. 2021.

¹¹⁴ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/03/ex-presidente-frances-nicolas-sarkozy-e-condenado-a-prisao-por-subornar-juiz.shtml>. Acesso em: 6 jun. 2021.

¹¹⁵ Disponível em: <https://www.dw.com/en/european-parliament-strips-carles-puigdemont-of-immunity/a-56812479>. Acesso em: 6 jun. 2021.

Catalunha, que denuncia¹¹⁶ a prática de *lawfare* pelo Estado espanhol; bem como o caso dos doze líderes independentistas catalães, companheiros políticos do ex-presidente, condenados pelos crimes de “sedição” e “malversação”¹¹⁷. Enfatiza-se que nove desses doze condenados já estavam presos preventivamente como punição pelo referendo separatista organizado na Catalunha em 2017.

Diante do caso espanhol, se, por um momento, poderia haver uma confusão sobre os “requisitos” para determinar se uma situação pode ser considerada como *lawfare* ou não, acredita-se, por outro lado, que essa constatação serve para ampliar a análise do fenômeno em direção ao nível da definição dos crimes (criminalização primária), além de explicar a própria essência do Direito Penal e sua relação com o *lawfare*, sendo este último um conceito criado em razão da sofisticação dos métodos usados para perseguir pelo uso Direito.

Portanto, oportuno salientar que: (I) a perseguição de inimigos (aqueles estabelecidos como tal por ofenderem o *status quo*, ou seja, os criminosos ou sua classe especial de “corruptos”) pelo uso do Direito Penal; (II) com o objetivo de garantir a manutenção da ordem (social, econômica e política) e, por conseguinte, impedir sua alteração; (IV) pela obstaculização da ascensão ao poder (ou a sua permanência) daqueles que desafiem o *status quo* vigente; (V) se confunde com a própria história do Direito Penal e do sistema de justiça.

4.4.3 *Lawfare* e seletividade: instrumento de gestão diferencial da criminalidade

Inicia-se a seção com um complemento ao seu título: *lawfare* como instrumento de gestão diferencial da criminalidade: e não de supressão da criminalidade. Convém pontuar que a afirmação é uma paráfrase de trecho transcrito no capítulo “3” desta pesquisa referente à compreensão da Criminologia Crítica sobre o sistema penal.

¹¹⁶ Disponível em: <https://aquicatalunha.com.br/puigdemont-denuncia-estrategia-de-lawfare-do-estado-espanhol/>. Acesso em: 6 jun. 2021.

¹¹⁷ Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/14/internacional/1571033446_440448.html. Acesso em: 6 jun. 2021.

Neste diapasão, imperioso retornar aos resultados alcançados pela Criminologia Crítica para rejeitar o mito da igualdade do Direito Penal que pode ser resumido da seguinte forma: o Direito Penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas que interessam igualmente a toda a sociedade; e lei penal é igual para todos, bem como sua aplicação (BARATTA, 2002, p. 162).

Posicionando-se de maneira oposta ao discurso jurídico, como visto anteriormente, a Criminologia Crítica refuta o mito da igualdade a partir da constatação de que o Direito Penal é um “sistema dinâmico desigual em todos os níveis de suas funções” (SANTOS, 2012, p. 452)¹¹⁸, especialmente atuante na conservação e reprodução da realidade social.

Em razão das limitações necessárias, a pesquisa não irá “investigar-apresentar” de maneira detalhada o nível de definição dos crimes, alertando ao leitor, contudo, que a criminalização primária constitui elemento igualmente relevante para o debate.

Nessa direção, deve-se atentar para as mudanças ocorridas na legislação penal ao longo das últimas décadas, as quais podem ser compreendidas como condição para posterior efetivação do *lawfare*. Destaca-se tanto a criação de normas nos EUA que embasaram a sua atuação extraterritorial, quanto as alterações ocorridas nos demais países com a criação de tipos penais e a modificação de normas procedimentais para adequá-las às condições de aplicação do *lawfare*. Essa posição brevemente sustentada também é acolhida por Zaffaroni:

LA FACILITACIÓN LEGISLATIVA Y DOCTRINARIA DE LA SELECTIVIDAD ARBITRARIA DEL PODER PUNITIVO. El “derecho penal verdadero” no se descuartiza sólo por las invenciones disparatadas de las minorías del mundo judicial, sino que muchas veces comienza a hacer agua por

¹¹⁸ Id. SANTOS, 2012, p. 452: O discurso crítico da teoria criminológica da pena define o Direito Penal como sistema dinâmico desigual em todos os níveis de suas funções: **a)** ao nível da definição de crimes constitui proteção seletiva de bens jurídicos representativos das necessidades e interesses das classes hegemônicas nas relações de produção/circulação econômica e de poder político das sociedades capitalistas; **b)** ao nível da aplicação de penas constitui estigmatização seletiva de indivíduos excluídos das relações de produção e de poder político da formação social; **c)** ao nível da execução penal constitui repressão seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho e, portanto, de sujeitos sem utilidade real nas relações de produção/distribuição material – embora com utilidade simbólica no processo de reprodução das condições sociais desiguais e opressivas do capitalismo. (*grifo nosso*)

disposiciones legales que facilitan la selección arbitraria por parte, no sólo de estas minorías, sino también por cualquier interés coyuntural¹¹⁹

Deslocando a investigação da fase legislativa para a criminalização secundária, isto é, concentrando a partir de agora a atenção no momento de aplicação das normas penais, percebe-se que a condução coercitiva de Lula e a detenção para interrogatório de José Sócrates, ambas televisionadas, simbolizam “cerimônias de degradação”¹²⁰ e evidenciam a atuação harmoniosa entre o sistema de justiça e os conglomerados de mídia corporativa. Tais eventos¹²¹ anteciparam a culpa dos investigados, rotulando-os como corruptos e iniciando o processo de “expulsão”, em contraste com a figura dos acusadores que são enaltecidos como “heróis” na luta contra o crime, supostamente representando o interesse de toda a sociedade.

De maneira oposta ao tratamento dispensado pelo ex-juiz Sergio Moro ao Ex-Presidente Lula, que afirmou publicamente em entrevista concedida a Globonews que estava enfrentando o réu e, por conseguinte, não estava julgando tecnicamente como deveria (“Como a gente fez lá no... brincando, no ringue com Lula, na audiência”¹²²), as suas mensagens trocadas com o Procurador Deltan Dallagnol e divulgadas pelo *The Intercept* revelam uma outra face dos supostos heróis no combate à corrupção quando as investigações chegaram ao nome do Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso:

¹¹⁹ Id. ZAFFARONI et al., 2020, p. 38-39.

¹²⁰ Id. ANITUA, 2008, p. 585: “Para que essa cerimônia de degradação tenha sucesso, é necessário que o fato e o seu autor sejam definidos como “anormais”. Para isso, desempenham um papel primordial as instituições e os especialistas que criam determinadas “categorias” - ladrão, assassino - que permitem separar o autor do público e dos sujeitos respeitáveis que julgam, assim como o acusador, “representar” o interesse de todos ou a defesa da sociedade, ou que o acusado se encontre num lugar inferior - no pior dos casos, com uma prisão preventiva. Dessa forma, a análise de um fato da vida cotidiana converte-se numa crítica à justiça estatal que monopoliza as cerimônias de “expulsão” de um indivíduo”. (*grifo nosso*); GARFINKEL, Harold. Conditions of successful degradation ceremonies. *American Journal of Sociology*, Chicago, Vol. 61, No. 5, Mar., 1956, p. 420-424: *Communicative work directed to transforming an individual's total identity into an identity lower in the group's scheme of social types is called a "status degradation ceremony"*.

¹²¹ Apesar de indicar os casos do ex-presidente e do ex-primeiro ministro, é certo que a cerimônia de expulsão (conforme Anitua, ou “cerimônias de degradação do status”, consoante a definição de Garfinkel) constitui parte fundamental do *lawfare* e não se limitou a esses exemplos. Sem fazer uso da expressão trabalhada, Jacson Zilio cita a perseguição sofrida por Cancellier: “O mau uso do sistema criminal, por meio de coação, intimidação e liquidação de indivíduos, ficou incontroverso na trágica morte de Luiz Carlos Cancellier de Olivo, reitor da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, que se suicidou após vexatória exposição mediática” (MARTINS JR., 2020, p. 213).

¹²² Disponível em: <https://www.diario24horas.com.br/noticia/53620-foi-como-estar-no-ringue-com-lula-diz-sergio-moro-sobre-audiencias-com-ex-presidente>. Acesso em: 6 jun. 2021.

Moro – 09:07:39 – Tem alguma coisa mesmo seria do FHC? O que vi na TV pareceu muito fraco?
 Moro – 09:08:18 – Caixa 2 de 96?
 Dallagnol – 10:50:42 – Em pp sim, o que tem é mto fraco
 Moro – 11:35:19 – Não estaria mais do que prescrito?
 Dallagnol – 13:26:42 – Foi enviado pra SP sem se analisar prescrição
 Dallagnol – 13:27:27 – Suponho que de propósito. **Talvez para passar recado de imparcialidade**
 Moro – 13:52:51 – **Ah, não sei. Acho questionável pois melindra alguém cujo apoio é importante**¹²³

Nota-se que, como resposta às críticas de parcialidade que a operação vinha sofrendo, o Procurador Dallagnol confessou que força-tarefa “fingiu investigar FHC apenas para criar percepção pública de ‘imparcialidade’, mas Moro repreendeu: ‘melindra alguém cujo apoio é importante’.” (*THE INTERCEPT*, 2019).

O conteúdo das conversas (a retrotranscrita e muitas outras) entre os integrantes do órgão acusador e o juiz responsável pelos casos da Operação Lava Jato, que supostamente lideravam “o combate à corrupção”, por si só já foram o bastante para demonstrar a parcialidade do ex-juiz em relação ao Ex-Presidente Lula, tema que já foi longamente debatido pela academia.

Ademais, mesmo sem utilizar as informações provenientes da “Vaza Jato”, embora a perícia conduzida pelo Serviço de Perícias em Informática do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal tenha atestado a integridade das mensagens hackeadas¹²⁴, o STF decidiu¹²⁵ pela suspeição do ex-juiz Sergio Moro com fundamento em sete fatos delimitados e anteriores à impetração do *habeas corpus*.

O que se pretende ressaltar sobre a parcialidade de Moro não é o seu afa condenatório, situação evidente desde o início da Operação Lava Jato, o que inclusive fundamentou a celebração de sua figura como “herói” nacional. O que se considera relevante para corroborar a compreensão do *lawfare* como um fenômeno que visa à gestão

¹²³ 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: 6 jun. 2021

¹²⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-29/pericia-atesta-integridade-mensagens-hackeadas-vaza-jato>. Acesso em 6 jun. 2021.

¹²⁵ *Habeas Corpus* 164.493 Paraná: Reconhecida a suspeição do então magistrado Sergio Moro, o que provocou a anulação de todos os atos decisórios, incluindo os atos praticados na fase pré-processual.

e não à supressão da criminalidade é o tratamento favorável dado a outro investigado que seria “alguém cujo apoio é importante”.

Assim, resta patente que o *lawfare*, exemplificado no Brasil pela maneira em que foi conduzida a Operação Lava Jato¹²⁶, fundamenta-se na aplicação seletiva da lei penal com objetivos contrários aos sustentados pelos objetivos declarados do Direito Penal. Flávio Dino discorre sobre o tema:

Fábrica de escândalos seletivos. Contemporaneamente, o Lawfare é exercido de duas formas principais. A primeira forma de exercício do Lawfare é fabricar escândalos de corrupção, a partir da civilização do espetáculo, de modo que seja possível criar uma rede de antipatia a um determinado adversário político. A segunda forma de Lawfare é a seletividade da denúncia. **A seletividade faz com que práticas rigorosamente iguais sejam etiquetadas de modo diferente de acordo com o autor destas mesmas práticas.** Exemplifico com o financiamento empresarial de campanha. Quando havia financiamento empresarial de campanhas que, em boa hora, deixou de existir, havia naturalmente uma corrida, de tempos em tempos, dos agentes políticos às empresas em busca de financiamento. **Temos casos no Brasil e em que, na mesma eleição, agentes políticos foram às mesmas empresas, obtiveram recursos equivalentes e hoje alguns desses agentes políticos respondem processos penais em razão do recebimento desse dinheiro e outros, em circunstâncias rigorosamente iguais, não respondem a nenhum processo penal.** É como se houvesse nessa empresa hipotética gavetas de um arquivo em que um certo dirigente da empresa abriu a gaveta, tirou o dinheiro sujo e deu a um determinado político. Em outro momento, esse mesmo dirigente abriu outra gaveta do arquivo, tirou montante equivalente, mas esse dinheiro já não era sujo, era limpinho e cheirosinho e, por isso, não levava a ação penal. **Nós vimos essa mesma lógica absurda em relação às palestras, trazidas ao conhecimento do grande público brasileiro no contexto da Lava Jato. Alguns agentes públicos**

¹²⁶ Refere-se à Operação Lava Jato de Curitiba, pois sua figura representa o exemplo mais notório no Brasil, não obstante, deve-se sublinhar que o *lawfare* no país não se limitou a essa operação que foi encerrada com a dissolução da “força tarefa” do MPF do Paraná em fevereiro de 2021. Outros exemplos que podem ser mencionados são as “operações” similares conduzidas em outros Estados da Federação, como, entre outras, a Operação Calvário na Paraíba, além de ser significativo observar que outras operações inclusive adotaram a alcunha de “Lava Jato” do respectivo Estado, como por exemplo a “Lava Jato do Rio”, que segue viva de maneira informal pela atuação do Juiz Federal Marcelo Bretas [“Criminalista acusa Bretas de negociar penas, orientar advogados e agir com MP”]; Bretas: **”E aí deixa comigo também que eu vou aliviar.** Não vou botar 43 anos no cara. Cara tá assustado com os 43 anos”; “Os ‘43 anos’ se referem à decisão que condenou o almirante Othon Luiz Pinheiro da Silva, ex-presidente da Eletronuclear, o que gerou temor generalizado nos reús” (CONJUR, 4 jun. 2021, *grifo nosso*). No mesmo dia da divulgação da referida reportagem, Bretas condenou o Ex-Governador Luiz Fernando Pezão a mais de 98 anos de prisão]. Dessa forma, verifica-se que o fenômeno estudado não se restringe apenas à atuação do Poder Judiciário e seus juízes super-heróis, mas de todo o sistema penal pela apropriação das táticas do *lawfare* por outros agentes públicos, como caso de Secretário de Saúde do Município de Goiânia objeto de parecer (MARTINS JR., 2019, p. 291-319) referente a fatos ocorridos entre 2011 e 2012, isto é, antes da oficialização do início da Operação Lava Jato no Paraná (2014), e em outro Estado (GO). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-04/bretas-acusado-advogado-negociar-penas-orientar-advogados>. Acesso em: 6 jun. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2021/06/04/ex-governador-do-rio-luiz-fernando-peza-e-condenado-a-quase-99-anos-de-prisao>. Acesso em: 6 jun. 2021.

dando palestras são indiciados, acusados e condenados pela prática de propina, ao passo que outros agentes públicos dando palestras remuneradas, para as mesmas empresas privadas, em condições rigorosamente iguais, não são incriminados, pois prestaram serviço público, social e comunitário. A seletividade, por conseguinte, é uma forma anti-isonômica de exercício do Lawfare.¹²⁷ (*grifo nosso*)

A seletividade pode ser verificada também na manipulação do conteúdo de colaborações premiadas para se adequarem à narrativa da operação¹²⁸, bem como o tratamento diferenciado dado aos acusados, que sofrem com longas prisões preventivas como forma de produzir a delação¹²⁹ (que deveria ser voluntária) e, em muitos casos, logo após a delação são soltos e podem manter grande parte do produto do crime. Se em linhas passadas referiu-se a seletividade na investigação e acusação, é necessário enfatizar que a seletividade ocorre até mesmo no momento da definição (arbitrária) da pena dos condenados: parte dos condenados tem a pena “aliviada” e outros têm penas exorbitantes.

4.4.4 “Juristocracia”¹³⁰ e o Princípio da Heteronímia Significativa

O desenvolvimento do *lawfare* avança com a tomada do protagonismo pelo Poder Judiciário na condução e legitimação de ações geralmente antidemocráticas. Essa condição se relaciona com o mito da pureza e a separação artificial entre o político e o jurídico, pois os atos do Judiciário, ainda que manchados por inconstitucionalidade e/ou ilegalidade, são recebidos e percebidos pela população, apesar de todos os defeitos, como técnicos e “justos”.

Desenvolvendo raciocínio pretérito, pode-se dizer que além de justificar e legitimar as decisões do Judiciário, a falsa separação entre política e técnica cria a

¹²⁷ Flávio Dino de Castro e Costa em Id. MARTINS JR., 2020, p. 89-91.

¹²⁸ Como, por exemplo, as colaborações premiadas de Léo Pinheiro e Antonio Palocci.

¹²⁹ Leandro Demori, editor-executivo do *The Intercept* Brasil, em Id. MARTINS JR., 2020, p. 138: “Os vazamentos seletivos que a Lava Jato promoveu são um outro caso que o *The Intercept* Brasil publicou, nos quais os procuradores da República admitem que fazem **vazamentos seletivos justamente para colocar as pessoas de joelhos** – frase dos procuradores. Isso é *Lawfare*, porque o investigador/acusador acaba fazendo com que o investigado/acusado acredite que a situação dele é muito pior do que na realidade é, criando uma realidade paralela, na qual a pessoa-alvo se torne um delator, corrompendo o próprio sistema de delação, porque esta precisa ser voluntária. Os acordos de delação assinados na Lava Jato significam tudo menos voluntarismo, pois colocar a pessoa literalmente de joelhos é uma forma de obter, sob tortura, tudo o que ela tem e o que não tem.” (*grifo nosso*)

¹³⁰ Bárbara Ester conceitua como: “elevación del Poder Judicial por encima de los demás poderes, para poner ‘orden’.” (ROMANO, 2019, 82).

ilusão da despolitização do Direito e de um Poder Judiciário justo, capaz de liderar a luta contra a corrupção dos demais Poderes do Estado:

Propõe-se neste artigo que a normalização da “pureza” do Poder Judiciário, traduzida na crença na tecnicidade e neutralidade dos seus atores na prática interpretativa, amplia a reflexão sobre a crença no Judiciário em relação a outras instituições do Estado no processo de “combate aos malfeitos”, como a cruzada à corrupção que está no cerne da crise política jurídica atual no Brasil. Segundo pesquisa nacional de opinião organizada pelo Centro de Referência do Interesse Público da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em parceria com o Instituto Vox Populi, aplicada em 2008 e 2009 a cidadãos, constatou-se o modo pelo qual a corrupção era percebida como prática frequente dos agentes públicos, 78% dos entrevistados consideram efetivas as ações de combate à corrupção realizadas pelo Judiciário, resultado próximo aos 84% dos entrevistados que julgam como efetivas as ações da Polícia Federal, já em relação ao Congresso Nacional 69% julgam suas ações serem efetiva(s).¹³¹

Retomando Warat, evoca-se o Princípio da Heteronímia Significativa para denunciar a relação latente entre o neopositivismo constitucionalista brasileiro e o realismo jurídico que permitiu o surgimento, nas palavras de Amílcar Salas Oroño, da “juristocracia” a partir de uma ação coordenada pelos EUA. Para tanto, citar-se-á, inicialmente, as lições de Oroño sobre a juristocracia e, sucessivamente, os ensinamentos de Warat sobre o princípio mencionado:

Juristocracia: las elites judiciales brasileñas. El caso brasileño muestra claramente que el lawfare es una práctica jurídico-política. La justicia se eleva por sobre los demás poderes del Estado para poner en acción la estrategia de desprestigiar a determinadas fuerzas políticas, inhabilitar electoralmente a ciertos líderes y/o incidir en la reorganización de los equilibrios geopolíticos existentes –y los tres movimientos pueden ir en paralelo–. Para ello es necesario contar con agentes (recursos) que puedan llevar adelante la tarea. Un nuevo aparato judicial que sustituya, como tendencia, el carácter representacional de la democracia, para dejarlo determinado por un cuerpo no deliberativo ni elegido mediante las urnas. En ese sentido, no es un aspecto secundario la formación de aquellos operadores jurídicos; hay por lo menos dos cuestiones que merecen ser subrayadas. Por un lado, ha quedado más que claro que las “cooperaciones” judiciales y de información entre Brasil y EE. UU., más intensas a partir de 2013, han resultado en un elemento clave para la estabilización del lawfare en el país: “La campaña contra la corrupción en Brasil fue asesorada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Por intermediación de convenios con el Poder Judicial y el Ministerio Público brasileños, el Departamento de Justicia de Estados Unidos ofrece cursos para entrenar a los jueces y promotores que participaron de la denominada “Operación Lava-Jato”. No se trata de un hábito pretérito ni detenido en el pasado reciente; todo lo contrario: en lo que va del Gobierno de Bolsonaro estas actividades han proseguido, más aún con Sergio Moro al frente del Ministerio de Justicia. Pero hubo más en el camino: “hay indicios de que la

¹³¹ Id. ASSIS e CAVALLAZZI, 2018/2019, p. 221.

Operación Lava-Jato se nutrió de informaciones provistas por órganos de espionaje estadounidenses”. Si bien en Brasil no hubo un programa como la “Escuela Rodrigo Lara Bonilla” en Colombia, financiada desde la Usaid, la multiplicación de seminarios, conferencias, reuniones (cerradas o públicas) entre los **Departamentos de Justicia de EE. UU. y Brasil fue moldeando, como se señaló, la “formación judicial” en un sentido inequívoco: redefinir la actuación judicial de naturaleza continental –con el imperio de la ley escrita– hacia modalidades del precedente judicial –“common law”– propiamente estadounidense.** Un cambio que se acopla a otro, incluso iniciado durante los Gobiernos del Partido dos Trabalhadores (PT), de paulatina sustitución de los sistemas penales inquisitivos o mixtos por un sistema penal acusatorio –también a imagen y semejanza de los Estados Unidos– con el resultante empoderamiento, por ejemplo, de las fiscalías nacionales; dando crédito a personajes paródicos como el mencionado Dallagnol. Y es allí, precisamente, que las instrucciones e “indictments” se tornan volubles a objetivos predefinidos con distancia a las realidades de las causas, y las presiones externas.¹³²

O Princípio da Heteronímia Significativa ressalta os efeitos ideológicos de uma suposta neutralidade judicial, denunciando que o processo de produção significativa não se apoia “unicamente nos caracteres lógicos e estruturais extraídos da interpretação do direito positivo, mas sim, que se baseiam também em associações de sentido determinadas pelo saber acumulado e as condições materiais da vida social”. Dessa forma, é imperioso destacar que as associações significativas são socialmente determinadas (WARAT, jul/83, p. 32):

O postulado da Heteronímia Significativa também põe em relevo o caráter institucional, social, político e ideológico da produção dos sentidos jurídicos. Diversamente do que se depreende do postulado da pureza metódica, o princípio da Heteronímia Significativa afirma a existência de uma pluralidade de centros produtores de significação jurídica, tais como **práticas jurídicas**, escolas de direito, partidos políticos, instituições sindicais, **meios de comunicação de massa**, etc. (...) **Desta forma, por exemplo, o juiz não se limita a aplicar a lei, colocado numa posição absolutamente neutra, mas é ele que constitui sua significação jurídica. O princípio da Heteronímia Significativa se opõe também ao postulado da neutralidade judicial. Os sentidos das normas legais e dos discursos da ciência jurídica sobre as mesmas estão linguisticamente e socialmente determinados e encontram sua expressão na prática jurídica e no ato da decisão.** As palavras da lei não são constituintes exclusivos do significado jurídico, não são conteúdos unívocos, nem axiomas de automática aplicação, nem premissas inquestionáveis, que mediante o silogismo lógico, conduzem a conclusões indubitadas. As normas jurídicas não tra(z)em uma significação unívoca, que pode ser reproduzida pela ciência jurídica. Quando, no domínio do saber jurídico, se assume com campo temático a significação das normas, produz-se uma nova instância de atribuição de sentido. (...) **E aqui é interessante esclarecer que as associações significativas são socialmente determinadas** e, geralmente, canalizadas através de representações, imagens, opiniões costumeiras, preconceitos valorativos e teóricos, montagem de noções, empregados nas práticas jurídicas institucionais. Em suma, o princípio da

¹³² Id. ROMANO, p. 36-37.

Heteronímia Significativa se opõe às reduções emergentes do postulado da pureza jurídica, porquanto os fatores excluídos por este são precisamente os que operam como códigos de significação jurídica. É evidente que os ingredientes de significação jurídica, que a teoria pura elimina, cumpre, entretanto, em nossa sociedade, funções retóricas e ideológicas, que não deixam de ser operantes, em que pese a sua eliminação do plano do conhecimento. Pelo contrário, sua eliminação cognoscitiva gera uma ação de retorno sobre as práticas jurídicas, que reforçam precisamente as funções míticas e ideológicas, que cumprem os conceitos que se tem tentado depurar. Quando se sustenta a existência de um conhecimento neutro ou puro, se está tacitamente afirmando a impossibilidade de seu questionamento, com o que se constitui um lugar retórico importante, o “topoi” da neutralidade. O resto é simples. Basta revestir com este “topoi” algum interesse político, econômico ou ideológico, para que este se torne legitimado e se apresente como única opção racional. A isso se opõe o postulado da Heteronímia Significativa, que destaca a multiplicidade significativa do direito. A significação jurídica tem emissores e receptores heterogêneos, e não está contida de forma unívoca nas normas jurídicas válidas. (...) **A significação jurídica está imbricada na própria materialidade social, determina-a e, por sua vez, é por ela determinada.** E mais, o fetichismo das normas jurídicas das palavras da lei adquire um valor simbólico, na medida em que pode erigir-se em lugar de objetivação (descrição material das significações socialmente processadas).¹³³

Dois institutos jurídicos relevantes para o desenvolvimento do *lawfare* no Brasil e que exemplificam como o processo de produção da significação jurídica é socialmente determinado (e, em muitos casos, arbitrário) a fim de atender interesses específicos são: a condução coercitiva para interrogatório; e a execução antecipada da pena (“prisão em segunda instância”).

A condução coercitiva de maior repercussão no país foi a do Ex-Presidente Lula, embora não tenha sido a única¹³⁴. Diante do caso em comento, impõe-se discorrer sobre o tema a partir da análise jurídica do artigo 260 do CPP, não obstante o magistrado não o tenha invocado em razão de sua patente inadequação ao caso, pois estabelece a exigência de prévia intimação do acusado seguida de sua recusa em atendê-la (o que não aconteceu): “Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença” (Decreto-Lei n.º 3.689/1941) (*grifo nosso*).

¹³³ WARAT, Luís Alberto. Do Postulado da Pureza ao Princípio da Heteronímia significativa. **Revista Sequência** n.º07, Curso de Pós Graduação em Direito - UFSC, jul/83, p. 28-34.

¹³⁴ “O instrumento da condução coercitiva foi usado 227 vezes pela força-tarefa da operação (Lava Jato) em Curitiba desde o início das investigações”. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-06/por-6-votos-5-stf-impede-conducoes-coercitivas-para-interrogatorio>. Acesso em: 6 ju. 2021

Considerando que o objetivo do interrogatório jamais foi a produção de qualquer prova, tendo em vista o direito ao silêncio, mas sim ser utilizada como cerimônia de degradação do status a fim de antecipar a culpa do investigado, rotulando-o como corrupto e construindo uma imagem de criminoso de alta periculosidade¹³⁵, a condução coercitiva foi fundamentada na necessidade de surpresa para evitar tumulto provocado por militantes políticos¹³⁶.

Outro elemento notável sobre a condução coercitiva do Ex-Presidente que merece ser lembrado é a data. O mandado foi cumprido no dia 4 de março de 2016 e a situação foi utilizada não apenas para destruir a reputação de Lula, mas para rotular todas as administrações do Partido dos Trabalhadores como “corruptas” e municiar o processo de *impeachment* que estava tramitando na Câmara.

Posteriormente, em junho de 2018, no bojo das ADPFs 395/DF e 444/DF o plenário do STF declarou a impossibilidade de condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, pronunciando a não recepção da expressão “para o interrogatório” do artigo 260 do CPP. Ademais, reforçou-se que a intimação prévia para comparecimento não atendida é requisito para qualquer condução coercitiva.

Se na análise da condução coercitiva o STF atuou para limitar (ainda que de modo tardio) os abusos de outros magistrados, na execução antecipada da pena foi o ator principal do processo de produção de significação jurídica, tendo mudado seu próprio entendimento para se adequar aos interesses da Lava Jato em 2016.

O julgamento conjunto das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 45 foi encerrado em 2019, definindo a proibição da prisão “automática” após a condenação em

¹³⁵ Produção de imagens de diversos policiais portando fuzis para cumprimento do mandado de condução coercitiva de Lula. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dTI3TSvYIKU>. Acesso em: 6 jun. 2021

¹³⁶ Decisão de 29/02/2016 em “PETIÇÃO Nº 5007401-06.2016.4.04.7000/PR”: “Por outro lado, nesse caso, apontado motivo circunstancial relevante para justificar a diligência, qual seja evitar possíveis tumultos como o havido recentemente perante o Fórum Criminal de Barra Funda, em São Paulo, quando houve confronto entre manifestantes políticos favoráveis e desfavoráveis ao ex-Presidente e que reclamou a intervenção da Polícia Militar. Colhendo o depoimento mediante condução coercitiva, são menores as probabilidades de que algo semelhante ocorra, já que essas manifestações não aparentam ser totalmente espontâneas.”

segunda instância. Como apontado no parágrafo anterior, o que causou maior estranheza foi a mudança de posicionamento:

Histórico. O STF já havia declarado a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena em **2009**, seguindo termos da própria constituição. Mas em **2016** o tribunal mudou sua jurisprudência e afirmou ser possível a prisão em segunda instância, o que fez os ministros passarem a decidir de formas distintas quanto ao tema. Por fim, o julgamento do ano passado (**2019**) reverteu novamente esse entendimento, depois de muitas sessões.¹³⁷ (*grifo nosso*)

Dessa forma, restaurou-se apenas o que já estava disposto na lei e na Constituição Federal: o cumprimento da pena deve começar após o esgotamento de recursos – trânsito em julgado. Por fim, deve-se alertar que a redação das normas (art. 283 do CPP e LVII do art. 5º da CRFB) não é capaz de permitir interpretações tão diversas em tão pouco tempo para justificar as mudanças ocorridas por motivações estritamente jurídicas:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403/2011) (*grifo nosso*);
(art. 5º) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

¹³⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-16/stf-publica-acordaos-julgamento-prisao-segunda-instancia>. Acesso em: 6 jun. 2021

5 CONCLUSÃO

Considerando os objetivos desta pesquisa, conclui-se retomando a hipótese inicial para verificá-la a partir dos resultados obtidos pela investigação-apresentação conduzida.

A hipótese inaugural era a seguinte: (I) enquanto o discurso jurídico oficial conceitua, justifica e divulga o Direito Penal a partir de uma visão funcionalista apoiada na ideologia da defesa social; (II) a Criminologia Crítica trabalha para desmistificar o discurso jurídico, decompondo os objetivos do Direito Penal em objetivos declarados e objetivos latentes; (III) *lawfare* é um exemplo da seletividade que marca a existência do sistema penal, como alertado pela Criminologia Crítica, e nega os objetivos declarados pelo discurso jurídico, este último que crê no mito do Direito Penal justo e igualitário em defesa de toda a sociedade.

Diante do exposto, o *lawfare* foi investigado e apresentado a partir de conceitos múltiplos, pois entendeu-se que o fenômeno precisa ser contextualizado. Acompanhando essa contextualização, investigou-se o *lawfare* como fenômeno regional (América Latina) e como fenômeno globalizado (estudando casos europeus). Neste primeiro enquadramento, percebeu-se que o *lawfare* tem relações profundas com o imperialismo, constadas (as relações) por meio das interferências externas de modo direto e indireto, em especial as realizadas pelos EUA. O estudo do fenômeno pela perspectiva globalizada corroborou a compreensão dos objetivos latentes do *lawfare*, nas palavras de Silvina M. Romano:

A corto plazo, uno de los objetivos del *lawfare* es “hacer una limpieza” de la política. Tras una guerra que se jacta de librarse en contra de “la política y los políticos en general”, se percibe una clara selectividad de los casos, con castigos más marcados y prolongados para funcionarios y exfuncionarios de Gobiernos progresistas. **La limpieza tiene otro objetivo u efecto menos visible, que es profundizar las conductas antipolíticas, es decir, incentivar el distanciamiento de cualquier tipo de participación política por parte de la ciudadanía, fomentar el privatismo civil, reforzar la privatización de las conductas. La (re) instauración o consolidación del neoliberalismo requiere de alimentar o fomentar la despolitización de la sociedad, anclado en un sentido común donde todos los políticos, el Estado y lo público confluyen en una espiral de corrupción que, en apariencia, solo podría ser resuelta por “técnicos” que inoculen en el aparato estatal las “buenas prácticas” del sector privado. El *lawfare* cobra sentido, entonces, como herramienta a favor de este proceso, operando en ocasiones de modo violento y haciendo uso de la fuerza represiva para “salvar” al Estado de Derecho y a la democracia. En este escenario generado por el *lawfare*, se hace más simple e incluso se percibe como necesario y conveniente retomar (o reforzar, según sea el caso) la vía neoliberal.**

El “caos inminente” (que es donde el lawfare adquiere su máxima expresión de “guerra” no convencional, como se expondrá en uno de los capítulos), genera la necesidad de una justicia que se eleve por encima de los demás aparatos del Estado y que sea capaz de salvar la democracia.¹³⁸ *(grifo nosso)*

Assim, o estudo do *lawfare* levou à negação dos objetivos declarados do Direito Penal conforme o discurso jurídico oficial, pois comprovou que: o sistema penal tem objetivos latentes alheios à proteção da sociedade; “a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre indivíduos”; a danosidade social da conduta e a gravidade da infração à lei não constituem a variável principal da reação criminalizante e de sua intensidade (BARATTA, 2002, p. 162).

A Criminologia Crítica mostra-se fundamental ainda na atualidade, pois permite a compreensão do *lawfare* ao revelar que a seletividade do Direito Penal não se limita à aplicação da norma, com o seu respectivo abuso, mas se inicia com a definição legal do crime (criminalização primária) e persiste até a aplicação e execução da pena, e conta com a atuação combinada e harmoniosa da imprensa em todas as fases. Soma-se a isso a constatação de que o Direito Penal é um sistema dinâmico de funções. Assim, o *lawfare*, por sua caracterização como gestão diferencial da criminalidade, revela-se como a sofisticação de métodos relacionados a velhas práticas de seletividade do Direito Penal, que já são denunciadas pela Criminologia Crítica há pelo menos meio século.

Desta forma a seletividade presente no *lawfare* refutou a igualdade que está na base dos objetivos declarados – refutando, por conseguinte, os próprios objetivos declarados do Direito Penal – que devem ser entendidos como um mito com funções ideológicas de pacificar a consciência dos operadores do direito e daqueles que são criminalizados.

Por outro lado, novas técnicas de defesa encontram dificuldades de se concretizarem em razão dos “defeitos” (propositais) do Direito, que se confundem com os problemas do *lawfare*. Isto quer dizer, na verdade, que os problemas do *lawfare* correspondem aos do Direito. Pode-se mencionar, entre outros, o crescente ativismo judicial (segundo a doutrina brasileira) ou a “juristocracia” (no léxico da doutrina argentina).

¹³⁸ Id. ROMANO, 2019, p. 18-19.

Cita-se como exemplo a criação do juiz das garantias, que enfrentou críticas do próprio ex-juiz Sergio Moro quando ocupava o cargo de Ministro da Justiça do governo de Jair Bolsonaro (o que gerou atrito entre os mencionados, pois o primeiro desejava o veto presidencial¹³⁹). No entanto, na linha de argumentação da seção 4.4.4, comprova-se que o processo de produção de significação jurídica não é uma atividade meramente técnica apoiada “unicamente nos caracteres lógicos e estruturais extraídos da interpretação do direito positivo” (WARAT, jul/83, p. 32), mas sim uma atividade política pautada por interesses extrajurídicos.

Em janeiro de 2020, o Ministro Luiz Fux¹⁴⁰ suspendeu a criação de juiz das garantias por tempo indeterminado para reunir mais subsídios sobre seus reais impactos¹⁴¹.

“Perante esse cenário de crise onde despontam juízes que se intitulam como o novo juiz Hércules nos cabe apenas indagar: ‘Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?’ (STRECK, 2013)” (ASSIS et al., 2018/19, p. 226)

Por conseguinte, considerando que as novas técnicas de defesa criadas já enfrentam dificuldades para se concretizarem, espera-se, ao menos, que o resultado desta pesquisa permita aprofundar o debate sobre o *lawfare* para além do comezinho “ataque à constituição” que pauta grande parte dos debates. Isso decorre, fundamentalmente, da comunidade jurídica se amparar, em sua maioria, na Ideologia da Defesa Social e continuar a problematizar o *lawfare* por uma perspectiva normativa e idealista de violação de direitos. Por fim, mostra-se fundamental a mudança do enfoque idealista para o (geo)político-econômico.

¹³⁹ Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/12/26/o-que-e-o-juiz-de-garantias-que-dividiu-moro-e-bolsonaro-no-pacote-anticrime>. Acesso em: 6 jun. 2021.

¹⁴⁰ Ministro que recebeu “elogios” de Moro: “**In Fux we trust**” (*grifo nosso*). Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/in-fux-we-trust-diz-moro-a-deltan-em-mensagem-sobre-ministro-do-stf.shtml>. Acesso em 6 de jun. 2021.

¹⁴¹ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1> Acesso em: 6 jun. 2021

REFERÊNCIAS

ALFARO, Marco. Assembleia Geral condena golpe de Estado em Honduras. **ONU News**, Nova York, 30 jun. 2009. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2009/06/1309291-assembleia-geral-condena-golpe-de-estado-em-honduras>. Acesso em: 06 jun. 2021.

ALMEIDA, Philippe Oliveira de. A faculdade de direito como oficina de utopias: um relato de experiência. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 72, p. 481-511, jan./jun. 2018.

ALMEIDA, Philippe Oliveira de. O neoliberalismo e a crise dos Critical Legal Studies. **Revista Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v.9, n.4, p. 2232-2233, 2018.

ALSEMA, Adriaan. Gustavo Petro: from rebel to Colombia`s next presidente? **Colombia Reports**, [s.l.], 26 mar. 2021. Disponível em: <https://colombiareports.com/gustavo-petro-from-rebel-to-colombias-next-president/>. Acesso em: 06 jun. 2021.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15)

ASSIS, V. A. D; CAVALLAZZI, R. L. A normalização da “pureza do poder” judiciário. *In: CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO*, 2., 2018, Rio de Janeiro. **Anais** [...]. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019. 214 a 229 p. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/kshuec3y/c3cu6k8g/g2dk43eD3dG070bg.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

BALDWIN, James. **The fire next time**. First Vintage International Edition, New York: Vintage Books, a division of Random House, Inc., 1993.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARTHES, Roland. **Mitologias**. tradução de Rita Buongermino e Pedro de Souza. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARLSON, John e YEOMANS, Neville. **Whither Goeth the Law - Humanity or Barbarity**, Melbourne, 2000, Disponível em: <http://www.laceweb.org.au/whi.html>. Acesso em: 06 jun. 2021

CHAGAS, Eduardo F. **O método dialético de Marx: investigação e exposição crítica do objeto**. Síntese, Belo Horizonte, v. 38 n. 120, 2011. p. 55-70.

ESTEFAM, A.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito penal esquematizado: parte geral**; coordenador Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Ex-Presidente do Peru Pedro Paulo Kuczynski é condenado a 3 anos de prisão. **Veja**, [s.l.], 19 abr. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/ex-presidente-do-peru-pedro-pablo-kuczynski-e-condenado-a-3-anos-de-prisao/>. Acesso em: 06 jun. 2021.

FEITOSA, M. L. A. M.; CITTADINO, G.; LIZIEIRO, L. (org.). **Lawfare: o calvário da democracia brasileira**. 1. ed. Andradina: Meraki, 2020. Edição do Kindle.

FERNANDES, Fernando Augusto. **Geopolítica da intervenção: a verdadeira história da Lava Jato**. 1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2020. Edição do Kindle.

FERREIRA, Carolina Costa. Os caminhos das criminologias críticas: uma revisão bibliográfica. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Curitiba, v.2, n.2, p. 171-192, Jul/Dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0065/2016.v2i2.1463>. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/1463/pdf>. Acesso em: 06 jun. 2021.

FINCATO, D. P.; GILLET, S. A. C. **A Pesquisa Jurídica sem Mistérios: do Projeto de Pesquisa à Banca**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

FISCAL de la Nación denuncia a Martín Vizcarra por contrataciones irregulares de Richard Swing. **Peru21**, Peru, 20 mai. 2021. Disponível em: <https://peru21.pe/politica/caso-richard-swing-fiscal-de-la-nacion-denuncia-a-martin-vizcarra-por-contrataciones-irregulares-de-richard-swing-noticia/>. Acesso em: 06 jun. 2021.

GARFINKEL, Harold. Conditions of successful degradation ceremonies. **American Journal of Sociology**, Chicago, Vol. 61, No. 5, Mar., 1956, p. 420-424

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GROSSI, Paolo. (*apud*, ALMEIDA, 2018) **A formação do jurista e a exigência de uma reflexão epistemológica inovadora**. História da propriedade e outros ensaios. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

JAKOBS, Günther. (*apud* BUSATO, 2015, p. 12-13) **Derecho Penal – parte general**. Fundamentos e teoría de la imputación. 2. ed. Corrigida. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 14.

MARTINS, C. Z.; MARTINS, V. T. Z.; VALIM, R. **Lawfare: uma introdução**. 1. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019. Edição do Kindle.

- MARTINS JR., Osmar Pires (org.). **Lawfare em debate**. 1. ed. Goiânia: Kelps, 2020. Edição do Kindle.
- MELITO, Leandro. O impeachment de Lugo e a crise no Paraguai. **Portal EBC**, Brasília, 11 dez. 2012. Disponível em: <https://memoria.ebc.com.br/noticias/internacional/2012/12/o-impeachment-de-lugo-e-a-crise-institucional-no-paraguai>. Acesso em: 06 jun. 2021.
- PACELLI, Eugênio. CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.
- PRESSE, France. Três candidatos à presidência do Peru estão na mira da justiça; saiba quem são. **Portal G1**, [s.l.], 10 abr. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/04/10/tres-candidatos-a-presidencia-do-peru-estao-na-mira-da-justica-saiba-quem-sao.ghtml>. Acesso em: 06 jun. 2021.
- QIAO. L.; WANG. X. **A Guerra além dos limites**: conjecturas sobre a guerra e a tática na era da globalização. Beijing: Pla Literature and Arts Publishing House, 1999.
- QUINTANA, J. D. L. Gobierno de Perú aprueba segundo pedido de extradición a EE.UU. del expresidente Alejandro Toledo para juzgarlo en el país. **CNN**, Peru, 23 abr. 2021. Disponível em: <https://cnnespanol.cnn.com/2021/04/23/gobierno-de-peru-aprueba-segundo-pedido-de-extradicion-a-ee-uu-del-expresidente-alejandro-toledo-para-juzgarlo-en-el-pais/>. Acesso em: 06 jun. 2021.
- RODAS, Sérgio. EUA vão intensificar o combate à corrupção fora do país, diz Biden. **Consultor Jurídico**, Rio de Janeiro, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-15/eua-irao-intensificar-combate-corrupcao-dentro-fora-pais>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- ROMANO, Silvina M. (comp.). **Lawfare**: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina. Celag. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Mármol Izquierdo Editores, 2019. Edição do Kindle.
- ROMERO, Jorge. Destituição de Lugo afeta Estado de Direito no Paraguai (CIDH). **Veja**, [s.l.], 23 jun. 2012. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/destituicao-de-lugo-afeta-estado-de-direito-no-paraguai-cidh/>. Acesso em: 06 jun. 2021.
- SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**. Introdução a uma leitura externa do direito. 6.^a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de Vigiar e Punir (Foucault), *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM, 11., 2005, São Paulo.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TIEFENBRUN, Susan. **Semiotic Definition of 'Lawfare'** (June 17, 2011). Case Western Reserve Journal of International Law, v.43, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1866448>. Acesso em: 06 jun. 2021.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. 1. ed. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983

WARAT, Luís Alberto. **Do Postulado da Pureza ao Princípio da Heteronímia significativa**. Revista Seqüência nº07, Curso de Pós Graduação em Direito - UFSC, 1983. p. 28-34.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995 / Reimpressão 2002.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios Desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade** - Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARFARE. *In*: DICIO, Cambridge Academic Content Dictionary. Reino Unido, [s.d.]. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/warfare> Acesso em: 06 jun. 2021.

ZAFFARONI, E. R.; CAAMAÑO, C.; WEIS, V. V. **¡Bienvenidos al lawfare!**: manual de pasos básicos para demoler el derecho penal; coordinación general de Creusa Muñoz. N.1, ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Capital Intelectual, 2020. Edição do Kindle.

ANEXO 01

COLARES, Virgínia. **Análise crítica do discurso jurídico**: os modos de operação da ideologia, p. 8. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4b4984066015df12>. Acesso em 06/06/2021.

Modos Gerais	Algumas Estratégias Típicas de Construção Simbólica
LEGITIMAÇÃO Relações de dominação são representadas como legítimas	RACIONALIZAÇÃO - uma cadeia de raciocínio procura justificar um conjunto de relações
	UNIVERSALIZAÇÃO - interesses específicos são apresentados como interesses gerais
	NARRATIVIZAÇÃO - exigências de legitimação inseridas em histórias do passado que legitimam o presente
DISSIMULAÇÃO Relações de dominação são ocultas, negadas ou obscurecidas	DESLOCAMENTO- deslocamento contextual de termos e expressões
	EUFEMIZAÇÃO -valorização positiva de instituições, ações ou relações
	TROPO -sinédoque, metonímia, metáfora
UNIFICAÇÃO Construção simbólica de identidade coletiva	ESTANDARTIZAÇÃO- um referencial padrão proposto como fundamento partilhado
	SIMBOLIZAÇÃO DA UNIDADE - construção de símbolos de unidade e identificação coletiva
FRAGMENTAÇÃO Segmentação de indivíduos e grupos que possam representar ameaça ao grupo dominante	DIFERENCIAÇÃO -ênfase em características que desunem e impedem a constituição de desafio efetivo
	EXPURGO DO OUTRO -construção simbólica de um inimigo)
REIFICAÇÃO⁵ Retração de uma situação transitória como permanente e natural	NATURALIZAÇÃO - criação social e histórica tratada como acontecimento natural
	ETERNALIZAÇÃO-fenômenos sócio-históricos como permanentes
	NOMINALIZAÇÃO/ PASSIVAÇÃO - concentração da atenção em certos temas em detrimento de outros, com apagamento de atores e ações

Quadro 01- Modos de operação da ideologia - Compilado de Thompson, 1995, p.81

Nota de Virgínia Colares referente ao quadro: “⁵ Do latim ‘res, rei’ coisa, matéria, remete ao processo histórico das sociedades capitalistas que transformam a subjetividade humana em objetos inorgânicos, perdendo autonomia e autoconsciência.” (COLARES, [s.d.], p. 8)

ANEXO 02

“Las causas K e Las causas M”: Tabela de casos judiciais de Cristina Fernández Kirchner, Ex-Presidente da Argentina e atual Vice-Presidente, e Mauricio Macri, Ex-Presidente da Argentina. Em seguida, o contraste no tratamento conferido pela imprensa argentina aos políticos: lembra-se que a primeira se opõe expressamente às políticas neoliberais; o segundo é um político neoliberal.

Tabla 1

Causas Judiciales de Cristina Fernández y Mauricio Macri

Las causas K	Las causas M
Dólar futuro: por la venta futura de dólares a un precio establecido por el Gobierno.	Correo Argentino: la Justicia investiga la autocondonación de la deuda que la familia Macri tenía con el Estado argentino.
Memorándum con Irán: por un acuerdo suscrito por el Gobierno y aprobado en el Congreso para el esclarecimiento de responsables del atentado a la AMIA.	Causa Odebrecht: se investigó el pago de sobornos a la empresa brasileña para ganar una licitación.
Obra pública: se investiga enriquecimiento ilícito y recepción de sobornos.	Los “bolsos” de Michetti: se investigó el origen de los fondos no declarados contenidos en bolsos dentro de la casa de la vicepresidenta.
Hotesur: empresa de propiedad de la familia Kirchner que es investigada por lavado de dinero.	Panamá Papers: se investigó a Macri por su participación en cuentas <i>offshore</i> no declaradas y evasión impositiva.
Los Sauces: inmobiliaria propiedad de la familia Kirchner investigada por lavado de dinero.	Aportantes truchos: se investiga la ilegalidad de los fondos aportados para las últimas campañas presidencial y legislativa del Gobierno.
Causa Cuadernos: se investiga el recibo de coimas por parte del entonces Gobierno.	Causa Cuadernos: se investiga el pago de coimas por parte de allegados a Macri.

Fonte: Id. ROMANO, 2019, p. 45.



Fonte: Revista Noticias, Argentina, 28 de Maio Maio de 2016, *apud* Id. ROMANO, 2019, p.48



Fonte: Diário Clarín, Argentina, 6 de março de 2017, *apud* Id. ROMANO, 2019, p. 49

ANEXO 03

SANTANA, Eliara. **Mídia, Lawfare e Encenação**: a narrativa jornalística como base legitimadora de práticas jurídicas no Brasil. Id. FEITOSA et al., 2020, p. 83-92:

Introdução. (...) A narrativa pode ser tomada, portanto, como projeto argumentativo cuja **função é construir um processo de convencimento do público em relação a determinadas questões, determinados cenários sociopolíticos, a partir do projeto de dizer de um enunciador.** (...) Tomando-se a recente cena política do Brasil, com a Operação Lava Jato e seus desdobramentos e o processo de Lawfare exercendo papéis essenciais no desenrolar do jogo político no país, a compreensão das bases da narrativa midiática torna-se muito relevante. Porque, ao longo dos últimos cinco anos, o campo midiático instituiu-se como campo vital para a consolidação dessas ações e práticas no âmbito da prática judiciária - sem as encenações construídas e a glamourização ofertada pela mídia corporativa, o cenário certamente seria diferente. Nesse cenário midiático, um ator se destaca: o Jornal Nacional, da Rede Globo de Televisão, o telejornal de maior alcance em termos de audiência e um relevante formador de opinião, que **filtra os fatos do mundo (prerrogativa dos meios de comunicação, uma vez que nossa percepção do mundo é mediatizada), transformando-os em notícias a partir de um conjunto de valores e crenças (nesse período específico, o repertório corrupção).**

2 Estrutura da narrativa jornalística.

O processo de construção de um projeto argumentativo presente na estruturação de narrativa jornalística comporta uma intrincada arquitetura no tratamento da informação, com diversas estratégias de produção de sentido (enquadramento, silenciamento) para efetivar um dizer. A **narrativa jornalística** é estruturada a partir das notícias veiculadas pelos meios de comunicação, diariamente, que têm características estruturantes relevantes para compreendermos esse funcionamento. São as descritas a seguir.

Historicidade – as notícias não têm ligação histórica – elas são puramente factuais, retratando prioritariamente o momento, não se referem ou se ligam a um real que é histórico. A corrupção, por exemplo, é sempre abordada numa perspectiva de momento, de algo factual, que se liga a personagens do presente e que, portanto, ocorre apenas recentemente. Não há qualquer vínculo histórico ou com outros personagens de outros momentos históricos.

Estereotipagem – como aponta Fairclough (1989), a forma gramatical na qual os títulos das chamadas são apresentados é a da nominalização, ou seja, um processo (algo que se desenrola e tem aspectos vários) é definido e representado por um nome, que é qualificado simbolicamente. Um exemplo é a alcunha “Petrolão”, que aparece como versal e é designada para fazer referência às notícias sobre as investigações na Petrobras, cuja construção designativa remete à corrupção (a desinência nominal “ão”, quando utilizada nos substantivos e adjetivos indica uma dimensão exagerada, algo muito grande).

Evidências tomadas como fatos – nesses momentos específicos citados, o noticiário do JN toma denúncias de corrupção, que ainda estão sendo avaliadas pela instância judicial competente, como fatos já dados, consolidados, que não podem ser refutados ou questionados.

Publicização – o sistema de justiça, em particular a Polícia Federal, é tomado e retratado como entidade inquestionável, e ocupa o cerne do noticiário como ator preponderante. Em diversas edições do JN, as ações da Lava Jato são sempre mostradas de forma espetacular, com os agentes em ação, como num filme. Há sempre muitas imagens e o relato das ações, sem qualquer objeção. Há também as fontes específicas - nas primeiras etapas da Lava Jato -, determinados procuradores e ministros do Supremo que aparecem como fontes a darem a palavra final, sem questionamento, portanto. Eram sempre os mesmos procuradores e ministros a aparecerem.

3 Narrativa e emergência de uma linguagem totalitária. A estruturação da narrativa jornalística que deu suporte midiático às práticas jurídicas - Operação Lava Jato e Lawfare - envolveu estratégias discursivas muito bem delineadas como a encenação, com a construção de cenas enunciativas para levar ao público a notícia (com recursos simbólicos e imagéticos, além da manifestação própria dos apresentadores, em diversos momentos da narração da notícia), o uso de repertórios, a espetacularização do fazer jurídico (as imagens da Força-Tarefa da Operação Lava-Jato eram sempre espetacularizadas, como cenas de filmes de ação). Para compreender essas bases, a primeira ação necessária é trazer a mídia corporativa como o instrumento/suporte de um sistema de propaganda que, ideologicamente, ressignificou acontecimentos e operou a partir de viés tendencioso. De determinado momento em diante, tal ação é suportada pela parceria estabelecida, de forma velada, com o sistema jurídico, que funcionou como voz de autoridade a dar base às informações transmitidas. Nesse processo, consolidou-se o que denomino de “linguagem totalitária”, com os seguintes elementos conformadores: a) **Criminalização da política por meio de um destaque sistemático a um viés negativo dessa prática/ação (dando grande destaque a um tema recorrente, presente em boa parte do noticiário, que foi a corrupção).** b) Construção de enunciados narrativos que privilegiam o espetáculo, o emotivo, em detrimento do racional. c) Ressignificação e abordagem dos acontecimentos numa perspectiva a-histórica: não há um passado subjacente a alguns fatos. d) **Silenciamento reiterado, não aleatório, em relação a assuntos e personagens específicos.** e) Simulacro e realidade frequentemente se misturam, criando uma perspectiva de termos e conceitos repletos de significados - bolivarianismo, luladrão, petralhas, comunopetismo, pedaladas, esquerdopata. Um grande tema/conceito se impõe - ou é imposto - e passa a nortear a vida em sociedade: corrupção, apresentada sob a ótica de algo até pouco tempo inédito no país, ficção bem construída, sempre trazida à cena por um viés de autoridade (Judiciário). (...) Há uma recusa sistemática à diversidade, uma defesa persistente de valores familiares com pretensões à moralidade. É estabelecida ainda uma polarização, em termos de campos conceituais: nós vs. eles, com extensões qualificadas entre democratas vs. comunistas, cidadãos vs. bandidos, honestos vs. corruptos. (...)

4 Poder e linguagem. **Os jogos de linguagem encobrem jogos de poder, portanto, a narrativa jornalística estrutura-se como ação estratégica de produção de sentido em que há intencionalidade. As notícias, aparentemente fragmentadas e descontínuas, consolidam o encadeamento narrativo, que é dado pelos repertórios, e uma perspectiva ou tema predominante se coloca a cada edição do noticiário (especificamente do JN), podendo ser recorrente.** Temos, por exemplo, temas que se consolidam, posto que têm presença sistemática no noticiário, como a vinculação de certas imagens a repertórios e a atores específicos. **Em sucessivas edições do Jornal Nacional, por exemplo, as notícias sobre ações da Operação Lava Jato referentes ao PT ou a pessoas ligadas ao partido tinham como fundo reiterado uma imagem vermelha com um grande cano de esgoto por onde escorria dinheiro. Nesse aspecto da estratégia narrativa, o principal é despertar a emoção do espectador, explorando sentimentos (de raiva, indignação, alegria, comoção) pelo uso de diversos recursos, do ponto de vista do léxico, com adjetivos para os personagens, expressões que circunscrevem temas (como petrolão, mensalão), imagens fortes, iconografias, gráficos com números em destaque, ilustrações para as notícias, modalização da voz e da entonação (mais grave e circunspecta em alguns momentos, efusiva em outros).** Um exemplo desse trabalho sistemático está na construção da imagem que se segue:



Fonte: Edição do JN 03/10/2018 *apud* FEITOSA et al., 2020, p. 87

Trata-se da imagem de fundo da bancada do Jornal Nacional da edição de 3 de outubro de 2018, às vésperas do primeiro turno da eleição presidencial, quando William Bonner anunciava a liberação de novos trechos da delação de Antonio Pallocci pelo ex-juiz e ex-ministro Sérgio Moro. **É um fundo vermelho, com canos de esgoto por onde escorre dinheiro. A imagem tornou-se recorrente, desde o começo da Operação Lava Jato, em notícias relacionadas ao Partido dos Trabalhadores ou ao ex-presidente Lula.** O enunciado jornalístico, em que há ressignificação dos sentidos, contribui para a estruturação de enredo que traz na base a identificação com um fundo moral e o processo de recuperação dos fatos, para a compreensão de telespectador. Nesse sentido, para efetivação dessa construção de sentidos, a encenação da notícia lança mão da forte presença de recursos simbólicos e imagéticos que reforçam determinadas ideias ou pressupostos. Na construção da narrativa, a encenação da notícia, com a utilização de diversos recursos simbólicos (imagens, charges, ilustrações) induzem os telespectadores à emoção, à comoção, que não é necessariamente positiva, mas também de raiva, indignação (sobretudo em relação a personagens específicos). **O uso da linguagem dramática conduz a audiência a um distanciamento de determinações históricas, e a contextualização, tão necessária à apreensão da complexidade dos temas abordados, acaba negligenciada - os noticiários não trazem contextualização.** (...) Outro elemento relevante é o personagem criado na narrativa jornalística, que não é apenas criação ficcional, mas tem elementos ligados à facticidade (o que garante a credibilidade). Nesse processo, a referenciação é relevante, pois dá a dimensão da designação ou predicação dada a esses personagens, pois, se não há a experiência direta do dado real, a imagem daquele personagem jornalístico (não totalmente ou predominantemente fictício) para o telespectador é aquela construída pela narrativa. Os modos de dizer do discurso, portanto, levam a determinado “retrato” do personagem, da figura pública ali mostrada, o que não se trata de mera reprodução do real, mas de construção discursiva. **Observe-se, por exemplo, o caso do personagem “juiz Sergio Moro” - na referenciação ao personagem feita pelas sucessivas edições do telejornal não há elementos desabonadores ou que coloquem em xeque seu papel, todas as menções são positivas: ele é o juiz que conduziu a Operação Lava Jato (não há referências ao fato de ser juiz de primeira instância ou vozes dissonantes sobre os prejuízos trazidos pela Lava Jato), é responsável por combater o grande mal que é a corrupção, não tem laços políticos, age tecnicamente (é um juiz).** Assim, esclarece Motta (2005), Tal como o cidadão comum ordena os dados de seu curriculum vitae de acordo com seus objetivos, o jornalista possui igualmente liberdade ao modelar o “retrato” que constrói de uma pessoa pública. O perfil ou “retrato” jornalístico envolve uma dimensão de pesquisa e inquérito,

mas não é mera reprodução ou reflexo do “real”, é uma construção que mobiliza a subjetividade do repórter. O seu papel não se limita a “descrever” pessoas que existem na vida real. A subjetivação pressupõe que se apresente a personagem como uma interpretação e uma construção e não como uma ilusão referencial, destinada a abolir a consciência da mediação jornalística. (MOTTA, 2005, p. 8). (...) Considerações finais. **Refletir sobre as relações entre poder e linguagem e a emergência de uma linguagem totalitária**, que se alicerça em um bem estruturado sistema de propaganda e na tessitura estratégica e repleta de intencionalidades da narrativa, **implica considerar o campo midiático (tomando, neste caso, a imprensa corporativa) como campo de ação social e lugar de organização globalizante das relações de poder, das relações de força, em que a informação é um dispositivo discursivo que confere poder a quem o domina**. Portanto, **um campo que não se coloca ao lado ou apenas como suporte de eventos como a Operação Lava Jato ou processos como o Lawfare - mas locus que também é constitutivo desses processos. Sem a atuação do campo midiático, a Lava Jato seguramente não teria se consolidado como se consolidou**. E a linguagem, nesses processos, é estruturante. A propaganda dos movimentos totalitários, nos diz Arendt (2012, p. 277), “que precede a instauração dos regimes totalitários e os acompanha, é invariavelmente tão franca quanto mentirosa”. **Essa linguagem totalitária materializou-se no Brasil na experiência de numa aliança entre o sistema de justiça e a mídia tradicional, em que se vislumbrou enorme homogeneidade. A sintonia entre esses dois setores sociais assustou pelo seu teor uniforme de pensamento único, de consenso, de parcialidade para classificar certos segmentos sociais ao lado da ilegalidade, mesmo na ausência de quaisquer elementos mais significativos, enquanto outros foram qualificados no campo da legalidade, apesar dos ilícitos materiais**. O teor dessa homogeneidade é tecido a partir de certas categorias — **“combate à corrupção, prisão de corruptos, abertura de processos, delação premiada, condução coercitiva, punição aos corruptos”** — que se transformam em unanimidade entre esses dois setores que atuam um como complemento uniforme do outro. A imprensa, a partir de construções enunciativas que antecipam certos processos, “decide” de alguma forma quem deve ser julgado, quem deve ser punido, e os tribunais ratificam todos esses posicionamentos. Existe uma escalada de protecionismo classista que chega a estarrecer até mesmo os mais ingênuos. A qualificação dos crimes no escopo dessa linguagem é partidária, pois os tribunais agem com recusas de procedimentos previstos pelo ritual, em função da identidade do réu. Especulações geradas pelo denunciamento recorrente — com as delações premiadas — têm um valor maior do que uma apropriação pecuniária não justificada legalmente, por exemplo. Por outro lado, **acusações de cidadãos fragilizados a pela ameaça de punições assumem peso imponderável quando o objetivo é punir os desafetos partidários**. Esses procedimentos são reproduzidos pela mídia tradicional como absolutamente naturais, como condutas do alto escalão da justiça para salvaguardar o país da corrupção, para isolar do meio social aqueles cidadãos, aquelas organizações sociais que são definidas como indesejáveis (cabe perguntar por quem e por que tais definições são estabelecidas). **A explicação se fecha então na orientação a uma explicação total causal dos fatos e na compreensão de que o combate a essa corrupção sem precedentes demanda e justifica todo e qualquer tipo de ação**. Já estabelecidos os campos de sentidos (Nós x Eles, cidadãos de bem x outros) e o inimigo a vencer, o herói personificado é um juiz, cuja voz de autoridade não é passível de questionamentos. **A narrativa midiática que se estruturou fortemente nesses últimos anos produziu o consenso em torno de um inimigo comum (a corrupção ligada a um grupo, a um personagem) e de um herói (o então e agora ex-ministro juiz Sergio Moro)**. E, sem sombra de dúvida, ajudou a conduzir o país a um estado de coisas sem precedentes.

ANEXO 04

Imagens referentes à nota nº 135: Jornal televisivo (SBT) acompanha o cumprimento do mandado de condução coercitiva do Ex-Presidente Lula. Fonte: Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dTI3TSvYIKU>. Acesso em: 6 jun. 2021



ANEXO 05

Acórdão da 2ª Turma do STF no HC 164.493/PR – Suspeição de Moro:

09/03/2021 SEGUNDA TURMA HABEAS CORPUS 164.493 PARANÁ
RELATOR: MIN. EDSON FACHIN
REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S): LUIZ INACIO LULA DA SILVA
IMPTE.(S): CRISTIANO ZANIN MARTINS (32190/DF, 153599/RJ,
172730/SP) E OUTRO (A/S)
COATOR (A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PARCIALIDADE JUDICIAL E SISTEMA ACUSATÓRIO. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE DE EXAME DA SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO EM SEDE DE HABEAS CORPUS. QUESTÃO DE ORDEM. DECISÃO SUPERVENIENTE DO MIN. EDSON FACHIN, NOS AUTOS DO HABEAS CORPUS 193.726-DF, QUE RECONHECEU A INCOMPETÊNCIA DA 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. IMPARCIALIDADE DO JULGADOR COMO PEDRA DE TOQUE DO DIREITO PROCESSUAL PENAL. ANTECEDENTES DA BIOGRAFIA DE UM JUIZ ACUSADOR. DESNECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS DIÁLOGOS OBTIDOS NA OPERAÇÃO SPOOFING. ELEMENTOS PROBATÓRIOS POTENCIALMENTE ILÍCITOS. EXISTÊNCIA DE 7 (SETE) FATOS QUE DENOTAM A PERDA DA IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO DESDE A ÉPOCA DA IMPETRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO DEVER DE IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. ART. 101 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM EM HABEAS CORPUS CONCEDIDA PARA ANULAR TODOS OS ATOS DECISÓRIOS PRATICADOS NO ÂMBITO DA AÇÃO PENAL 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (TRIPLEX DO GUARUJÁ), INCLUINDO OS ATOS PRATICADOS NA FASE PRÉPROCESSUAL.

1. Conhecimento da matéria em Habeas Corpus. É possível o exame da alegação de parcialidade do magistrado em sede de *Habeas Corpus* se, a partir dos elementos já produzidos e juntados aos autos do remédio colateral, restar evidente a incongruência ou a inconsistência da motivação judicial das decisões das instâncias inferiores. Precedentes: RHC-AgR 127.256, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 10.3.2016; RHC 119.892, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 1º.10.2015; HC 77.622, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 29.10.1999.

2. Questão de ordem de prejudicialidade da impetração. A Segunda Turma, por maioria, rejeitou a questão de ordem suscitada pelo Ministro Edson Fachin, decidindo que a decisão proferida pelo Relator, nos autos dos Embargos de Declaração no *Habeas Corpus* 193.726, em 8.3.2021, não acarretou a prejudicialidade do *Habeas Corpus* 164.493, vencido, nesse ponto, tão somente o Ministro Edson Fachin. A decisão monocrática proferida pelo Ministro Edson Fachin nos autos do *Habeas Corpus* 193.726 ED não gerou prejuízo do *Habeas Corpus* 164.493-DF, porquanto (i) cuidase de decisão individual do Relator; (ii) não há identidade entre os objetos do *Habeas Corpus* 193.726 e do *Habeas Corpus* 164.493, já que neste se discute a suspeição do magistrado e naquele se aponta a incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, o que não se limita ao debate sobre a validade dos atos decisórios praticados pelo ex-Juiz Sergio Moro; e (iii) a questão da suspeição precede a discussão sobre incompetência, nos termos do art. 96 do Código de Processo Penal.

3. Imparcialidade como pedra de toque do processo penal. A imparcialidade judicial é consagrada como uma das bases da garantia do devido processo legal. Imparcial é aquele que não é parte, que não adere aos interesses de qualquer dos envolvidos no processo. Há íntima relação entre a imparcialidade e o

contraditório. A imparcialidade é essencial para que a tese defensiva seja considerada, pois em uma situação de aderência anterior do julgador à acusação, não há qualquer possibilidade de defesa efetiva; é prevista em diversas fontes do direito internacional como garantia elementar da proteção aos direitos humanos (Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção Europeia de Direitos Humanos), além de ser tal garantia vastamente consagrada na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Duque Vs. Colombia, 2016) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Castillo Algar v. Espanha, 1998, e Morel v. França, 2000). 4. Antecedentes da biografia de um Juiz acusador. O STF já avaliou, em diversas ocasiões, alegações de que o ex-magistrado Sergio Fernando Moro teria ultrapassado os limites do sistema acusatório. No julgamento do *Habeas Corpus* 95.518/PR, no qual se questionava a atuação do Juiz na chamada Operação Banestado, a Segunda Turma determinou o encaminhamento das denúncias à Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), diante da constatação de que o juiz havia reiteradamente proferido decisões contrárias a ordens de instâncias superiores, bem como adotado estratégias de monitoramento de advogados dos réus. Na ocasião, reconheceu o Min. Celso de Mello que “*o interesse pessoal que o magistrado revela em determinado procedimento persecutório, adotando medidas que fogem à ortodoxia dos meios que o ordenamento positivo coloca à disposição do poder público, transforma a atividade do magistrado numa atividade de verdadeira investigação penal. É o magistrado investigador*”. (HC 95.518, Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28.5.2013, DJe 19.3.2014). A Segunda Turma já decidiu que o ex-Juiz Sergio Moro abusou do poder judicante ao realizar, de ofício, a juntada e o levantamento do sigilo dos termos de delação do ex-ministro Antônio Palocci às vésperas do primeiro turno das eleições de 2018 (HC 163.943 AgR, Redator do acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 4.8.2020, DJe 10.9.2020). O STF reconheceu explicitamente a quebra da imparcialidade do magistrado, destacando que, ao condenar o doleiro Paulo Roberto Krug, ainda no âmbito da chamada Operação Banestado, o ex-Juiz Sergio Moro “*se investiu na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório*” (RHC 144.615 AgR, Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 25.8.2020, DJe 27.10.2020).

5. Desnecessidade de utilização dos diálogos obtidos na Operação Spoofing.

Os diálogos apreendidos na Operação *Spoofing*, que, nos últimos doze meses, foram objeto de intensa veiculação pelos portais jornalísticos, destacam conversas entre acusadores e o julgador – Procuradores da República e o ex-Juiz Sergio Moro. As conversas obtidas sugerem que o julgador definia os limites da acusação e atuava em conjunto com o órgão de acusação. O debate sobre o uso dessas mensagens toca diretamente na temática das provas ilícitas no processo penal. O Supremo Tribunal Federal já assentou que o interesse de proteção às liberdades do réu pode justificar relativização à ilicitude da prova. Todavia, a conclusão sobre a parcialidade do julgador é aferível tão somente a partir dos fatos narrados na impetração original, sendo desnecessária a valoração dos elementos de prova de origem potencialmente ilícita pela defesa, que nem sequer constam dos autos deste *Habeas Corpus*.

6. Existência de 7 (sete) fatos que denotam a parcialidade do magistrado. As alegações suscitadas neste HC são restritas a fatos necessariamente delimitados e anteriores à sua impetração.

6.1. O primeiro fato indicador da parcialidade do magistrado consiste em decisão, de 4.3.2016, que ordenou a realização de uma espetacular condução coercitiva do então investigado, sem que fosse oportunizada previamente sua intimação pessoal para comparecimento em juízo, como exige o art. 260 do CPP. Foi com o intuito de impedir incidentes desse gênero que o Plenário do STF reconheceu a inconstitucionalidade do uso da condução coercitiva como medida de instrução criminal forçada, ante o comprometimento dos preceitos constitucionais do direito ao silêncio e da garantia de não autoincriminação.

(ADPF 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14.6.2018, DJe 22.5.2019). No caso concreto, a decisão que ordenou a condução coercitiva não respeitou as balizas legais e propiciou uma exposição atentatória à dignidade e à presunção de inocência do investigado.

6.2. O segundo fato elucidativo da atuação enviesada do juiz consistiu em flagrante violação do direito constitucional à ampla defesa do paciente. O ex-juiz realizou a quebra de sigilos telefônicos do paciente de seus familiares e até mesmo de seus advogados, com o intuito de monitorar e antecipar as estratégias defensivas. Tanto a interceptação do ramal-tronco do escritório de advocacia *Teixeira, Martins & Advogados* quanto a interceptação do telefone celular do advogado Roberto Teixeira perduraram por quase 30 (trinta dias), de 19.2.2016 a 16.3.2016. Durante esse período, foram ouvidas e gravadas todas as conversas havidas entre os 25 (vinte e cinco) advogados integrantes da sociedade, bem como entre o advogado Roberto Teixeira e o paciente.

6.3. O terceiro fato indicativo da parcialidade do juiz traduz-se na divulgação de conversas obtidas em interceptações telefônicas do paciente com familiares e terceiros. Os vazamentos se deram em 16.3.2016, momento de enorme tensão na sociedade brasileira, quando o paciente havia sido nomeado Ministro da Casa Civil da Presidência da República. Houve intensa discussão sobre tal ato e ampla efervescência social em crítica ao cenário político brasileiro. Em decisão de 31.3.2016, o Min. Teori Zavascki, nos autos da Reclamação 23.457, reconheceu que a decisão do ex-Juiz que ordenou os vazamentos violou a competência do STF, ante ao envolvimento de autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, e ainda se revelou ilícita por envolver a divulgação de trechos diálogos captados após a determinação judicial de interrupção das interceptações telefônicas. O vazamento das interceptações, além de reconhecidamente ilegal, foi manipuladamente seletivo.

6.4. O quarto fato indicativo da quebra de imparcialidade do magistrado aconteceu em 2018, quando o magistrado atuou para que não fosse dado cumprimento à ordem do Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região Rogério Favreto, que concedera ordem de *habeas corpus* para determinar a liberdade do ex-Presidente Lula (HC 5025614- 40.2018.4.04.0000 – Doc. 30), de modo a possibilitar-lhe a participação no “*processo democrático das eleições nacionais, seja nos atos internos partidários, seja na ações de pré-campanha*”. Mesmo sem jurisdição sobre o caso e em período de férias, o ex-Juiz Sergio Moro atuou intensamente para evitar o cumprimento da ordem, a ponto de telefonar ao então Diretor-Geral da Polícia Federal Maurício Valeixo e sustentar o descumprimento da liminar, agindo como se membro do Ministério Público fosse, com o objetivo de manter a prisão de réu em caso em que já havia se manifestado como julgador.

6.5. O quinto fato indicativo da quebra de imparcialidade do magistrado coincide com a prolação da sentença na ação penal do chamado Caso Triplex. Ao proferir a sentença condenatória, o ex-Juiz Sergio Moro fez constar claramente diversas expressões de sua percepção no sentido de uma pretensa atuação abusiva da defesa do paciente. O próprio julgador afirmou que, em sua percepção, a defesa teria atuado de modo agressivo, com comportamentos processuais inadequados, visando a ofender-lhe. Diante disso, alega que “*em relação a essas medidas processuais questionáveis e ao comportamento processual inadequado, vale a regra prevista no art. 256 do CPP (‘a suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la’)*” (eDOC 7, p. 35).

6.6. O sexto fato indicador da violação do dever de independência da autoridade judiciária consiste na decisão tomada pelo magistrado, em 1º.10.2018, de ordenar o levantamento do sigilo e o traslado de parte dos depoimentos prestados por Antônio Palocci Filho em acordo de colaboração premiada para os autos da Ação Penal 5063130- 17.2016.4.04.7000 (instituto Lula). Quando referido acordo foi juntado aos autos da referida ação penal, a fase de instrução processual já havia sido encerrada, o que sugere que os termos do referido acordo nem sequer estariam aptos a fundamentar a prolação da sentença. Além

disso, os termos do acordo foram juntados cerca de 3 (três) meses após a decisão judicial que o homologou, para coincidir com a véspera das eleições. Por fim, tanto a juntada do acordo aos autos quanto o levantamento do seu sigilo ocorreram por iniciativa do próprio juiz, isto é, sem qualquer provocação do órgão acusatório. A Segunda Turma do STF, no julgamento do Agravo Regimental no HC 163.493, reconheceu a ilegalidade tanto do levantamento do sigilo quanto do traslado para os autos de ação penal de trechos de depoimento prestado por delator, em acordo de colaboração premiada (HC 163.943 AgR, Redator do acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 10.9.2020).

6.7. O último fato indicativo da perda de imparcialidade do magistrado consiste no fato de haver aceitado o cargo de Ministro da Justiça após a eleição do atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, que há muito despontava como principal adversário político do paciente. Sergio Moro decidiu fazer parte do Governo que se elegeu em oposição ao partido cujo maior representante é Luiz Inácio Lula da Silva. O ex-juiz foi diretamente beneficiado pela condenação e prisão do paciente. A extrema perplexidade com a aceitação de cargo político no Governo que o ex-magistrado ajudou a eleger não passou despercebida pela comunidade acadêmica nacional e internacional.

7. Ordem de habeas corpus concedida. O reconhecimento da suspeição do magistrado implica a anulação de todos os atos decisórios praticados pelo magistrado, no âmbito da Ação Penal 5046512- 94.2016.4.04.7000/PR (Triplex do Guarujá), incluindo os atos praticados na fase pré-processual, nos termos do art. 101 do Código de Processo Penal.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, por maioria de votos, conhecer do habeas corpus, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator) e Nunes Marques que dele não conheciam. No mérito, a Turma, por maioria, concedeu a ordem em habeas corpus, determinando a anulação de todos os atos decisórios praticados pelo magistrado no âmbito da Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, incluindo os atos praticados na fase préprocessual, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, redator para acórdão, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator) e Nunes Marques. Por maioria, a Turma rejeitou a proposta de condenação do juiz excepto ao pagamento das custas processuais, na forma do art. 101 do Código de Processo Penal, vencidos, nesse ponto, os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

Brasília, 23 de março de 2021.

Ministro **GILMAR MENDES**

Redator para Acórdão

(RISTF, art. 38, II)

Documento assinado digitalmente (*grifo do autor*)

ANEXO 06

Relatório do Parecer indicado na nota nº 126 Id. MARTINS JR., 2020, p. 291-294 evidenciando a prática, entre outras, de *overcharging* (excesso de execução):

Do relatório

O consultante atuou como secretário de Saúde do Município (SMS) de Goiânia, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, acumulando, ao final de sua gestão:

i) vinte e cinco (25) sindicâncias no Conselho Regional de Medicina de Goiás – CREMEGO;

ii) **dois mil, oitocentos e trinta e quatro (2.834)** ofícios do Ministério Público Estadual de Goiás – MP/GO, no período de dezoito (18) meses (16/05/2011 a 31/12/2012), requerendo informações sobre a gestão, **perfazendo oito (08) ofícios requisitórios, por dia útil de expediente da Secretaria de Saúde;**

iii) dois (02) Inquéritos Cíveis Públicos – ICPs no Ministério Público Federal de Goiás (MPF/GO);

iv) setenta (70) ICPs no MP/GO, destacando-se:

iv.a) **a grotesca operação de busca e apreensão de documentos na SMS de Goiânia pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAEGO) do Parquet, documentos estes comprovadamente entregues pela direção da SMS, um mês antes da realização da referida operação;**

iv.b) ICP registrado sob nº PA 058/2015 (201500344919) – 57ª Promotoria de Justiça de Goiânia, que trata do Balanço 2011 do Fundo Municipal de Saúde – FMS (caso “Maternidade Dona Iris”), arquivado pelo Conselho Superior do MP/GO, em atendimento ao parecer do titular da citada Promotoria, segundo Ofício nº 237/2017-57ª PJ, endereçado ao consultante em 14/07/2017, e que gerou, contraditoriamente, a Ação de Execução Fiscal proposta pelo Município de Goiânia na 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal (Processo nº 5223014.95.2019.8.09.0051);

iv.c) ICP registrado sob nº ATENA 2016600131261, instaurado pela Portaria nº 56/2016, também da lavra do 57º Promotor de Justiça de Goiânia, referente ao Balanço do FMS 2012 no valor de R\$ 35.292.419,55, que repete os mesmos objetos e fundamentos do ICP arquivado pelo Conselho Superior do MP/GO, citado no item anterior, e que gerou o Processo Judicial nº 5214039.21 – ACP nº 5214039.21.2018.8.09.0051 – 3ª Vara da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Goiânia;

v) dez (10) processos judiciais cíveis na Justiça Estadual de Goiás, destacando-se:

v.a) Ação de Execução Fiscal nº 5223014.95.2019. 8.09.0051, no valor R\$ 12,9 milhões, ajuizada pelo Município de Goiânia na 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal (caso “Maternidade Dona Iris”);

v.b) ACP nº 0092402.96.2015.8.09.0051 (Manutenção de Veículos – R\$ 24.000.000,00), em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Goiânia;

v.c) ACP nº 5214039.21.2018.8.09.0051 (Balanço do FMS 2012 no valor de R\$ 35.292.419,55), em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Goiânia; insta observar que a juíza da 3ª Vara da Fazenda Pública Municipal sobrestou esta ação de improbidade administrativa, sob seu julgamento, até a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre ações de ressarcimento ao erário, fundadas na prática de atos tipificados na Lei de Improbidade Administrativa;

vi) dois (02) processos judiciais cíveis na Justiça Federal de Goiás;

vii) uma (01) ação penal na Justiça Estadual de Goiás em andamento e doze (12) ações penais no Juizado Especial, todas julgadas e arquivadas;

viii) **mais de um mil e duzentos (1.200) processos administrativos no Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás – TCM, perfazendo**

trinta e quatro (34) débitos inscritos na Dívida Ativa do Município de Goiânia e sessenta e oito (68) multas imputadas, que totalizam mais de R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais) de reparação ao erário, destacando-se:

viii.1) **a inscrição do nome do consulente na Dívida Ativa do Município no valor de R\$ 12.918.941,94 (doze milhões, novecentos e dezoito mil reais, novecentos e quarenta e um reais e noventa e quatro centavos) e o ajuizamento, pelo Município de Goiânia, da Ação de Execução Fiscal nº 5223014.95.2019.8.09.0051 na 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal (caso “Maternidade Dona Iris”);**

ix) **no interim mencionado, o consulente foi alvo de mais de duzentas (200) matérias depreciativas publicadas na mídia impressa e eletrônica.** Tal fato evidencia, à toda prova, a prática vedada pelo ordenamento legal de divulgação de acusações em processos pendentes de julgamento, conspurcando o nome, a imagem e a honra do consulente em face da ampla publicidade de condutas ilícitas não comprovadas, com graves prejuízos morais e materiais à sua pessoa e familiares. (*grifo nosso*)