



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS  
CURSO DE DIREITO**

**IGOR RETAMERO UENOHARA**

***Lawfare:*  
o uso do Direito de forma antidemocrática como instrumento de combate  
político.**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**São Paulo  
2022**



**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**

**IGOR RETAMERO UENOHARA**

***Lawfare:***

**o uso do Direito de forma antidemocrática como instrumento de combate político.**

Trabalho de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de BACHAREL em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Gonçalves Júnior.

**São Paulo**

**2022**



PUC-SP

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial deste Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura Igor Retamero Uenohara

Data 24/10/2022

*e-mail* [igorretamero@hotmail.com](mailto:igorretamero@hotmail.com)

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -  
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

U221 Uenohara, Igor Retamero  
Lawfare: o uso do Direito de forma  
antidemocrática como instrumento de combate  
político. / Igor Retamero Uenohara. -- São Paulo:  
[s.n.], 2022.  
52p ; cm.

Orientador: Carlos Gonçalves Júnior.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) --  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,  
Graduação em Direito, 2022.

1. Lawfare. 2. Direito. 3. Democracia. 4.  
Constituição. I. Júnior, Carlos Gonçalves. II.  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,  
Graduação em Direito. III. Título.

CDD



PUC-SP

## AGRADECIMENTOS

Preliminarmente, eu realmente acredito que nós somos o conjunto de todas as nossas experiências, como numa colcha de retalhos.

Cada pessoa que tivemos contato durante a vida é responsável por um pouco do que somos hoje. Alguns em maior porcentagem e outros em menor, é verdade.

Além disso, eu acredito que o sentimento mais nobre que existe é a gratidão, por outro lado, a ingratidão é o que eu mais desprezo. Talvez o meu maior medo seja ser ingrato com alguém.

Nesse sentido, não tem como não começar sendo grato pelos meus pais: Rosângela Aparecida Retamero Uenohara e Adalberto Katsuo Uenohara. Primeiro que sem eles eu realmente não estaria aqui.

Mas, mais do que isso, eles foram pais exemplos: acertaram, erraram, cuidaram, se preocuparam, contudo buscaram sempre criar o melhor ser humano que eles poderiam.

A minha meta de vida é me tornar metade do que eles representam.

Estão longe da perfeição, acredito que essa nem seja uma ambição deles, buscam apenas serem a melhor versão que eles podem ser todos os dias.

São respeitados por todos, porque eles respeitam todos igualmente.

As pessoas podem até discordar das suas opiniões, entretanto param para escutá-los. Talvez essa seja a maior demonstração de respeito por uma pessoa, principalmente nos momentos em que vivemos.

À minha irmã Aline Bueno, agradeço por tudo. Ela veio morar comigo em Ribeirão Preto para estudar jornalismo quando eu tinha somente um ano de idade. Foi e é um exemplo a ser seguido. Excelente profissional, melhor ainda como amiga. O destino quis que fôssemos morar juntos novamente, só que agora em São Paulo.

Talvez sem ela eu não aguentaria, talvez sem mim ela também não suportaria.

À minha família Retamero que, mesmo distante, foi um oásis de amor e paz, num deserto de ódio e caos.

São a minha sustentação e o meu guia. Quando fico em dúvida qual caminho tomar, penso em qual caminho eles tomariam.

Aos meus amigos, tanto os que eu coleciono há vinte anos em Ribeirão Preto que são a minha segunda família, quanto os que me ajudaram a sobreviver na solidão de São Paulo.

Quero citar nominalmente algumas pessoas, com sérios riscos de cometer injustiça.

Ao "Velha Guarda" composto por Tur, Sabongi, Tuti, Pedrin, Cardillo e Rangel.

Ao amigo Fepa.

Às amigas do COC: Duda, Lulis e Tati.

Às amigas mais recentes: Gravatin, Laurinha e Isa Mendes.

Ao "CSS" escalado por Amaral, Caracante, Chuster, Inkis, Ma, Molina e Rezende.

Às amigas de São Paulo: Bruna, Camila, Carol, Giuva, Maca, Made, Manu, Maria e Valentina.

Agradecer também aos amigos que poderiam ter sido feitos desde o primeiro ano, mas, por algum motivo, só nos aproximamos no meu quinto ano: Bia, Duda, John e Laura.

Gostaria de agradecer também a todos os professores e funcionários da PUC-SP que participaram desses cinco anos inesquecíveis, em especial ao meu orientador Prof. Carlos Gonçalves Júnior.

Por fim, agradeço a Deus, ao acaso, seja lá qual a denominação que você usa ou não usa, acredita ou não acredita. Agradeço por ter a oportunidade de estar vivo. De ter a chance de utilizar de todas as minhas experiências para tornar a sociedade mais igualitária e mais humana e mais justa e mais social, isto é, melhor.

Afinal, "O correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem." (ROSA, João Guimarães. Grande Sertão: Veredas, página 293).



PUC-SP

## RESUMO

O presente ensaio teve como objetivo preliminar examinar as diferentes conceituações do fenômeno jurídico denominado *lawfare* ao longo da história.

Este trabalho visou também entender em quais aspectos do Estado Democrático de Direito o *lawfare* poderia fragiliza-lo para atingir os objetivos de seu operador.

Em segundo momento houve o esforço de elucidar os aspectos contemporâneos da prática tais como o papel da mídia na criação de ambientes propícios ao desenvolvimento do *lawfare*, a relação entre o *lawfare* e o direitos e garantias fundamentais constitucionais e, por último, a flexibilização dos princípios que decorrem desses direitos e garantias, visando um dito “combate à corrupção”.

Por fim, após compreender os aspectos gerais e contemporâneos da prática, buscar-se-á analisar a experiência brasileira diante a esse fenômeno complexo a fim de evidenciar como o combate a corrupção no país resultou em uma inconstitucional e antidemocrática experiência de *lawfare*, visto que foi subvertida à lógica do Estado Democrático de Direito para punir supostos corruptos que se tornaram inimigos do Estado, algo semelhante ao que ocorria nos Estados Absolutistas.

**Palavras-chaves:** Estado de Direito, Democracia, Direito Constitucional, Direito Eleitoral, *Lawfare*.

## ABSTRACT

The present essay examines the different conceptualizations of the legal phenomenon called lawfare throughout history.

This work also aims to understand which aspects of the Democratic State of Law lawfare can be weakened to achieve the objectives of its operator.

Secondly, there was an effort to elucidate contemporary aspects of the practice, such as the role of the media in creating environments conducive to the development of lawfare, the relationship between lawfare and fundamental constitutional rights and guarantees, and, finally, the relaxation of the principles that corrects these rights and guarantees, aiming to “combat these rights and guarantees.”

Finally, after understanding the general aspects and the practice of practice, seek the recent Brazilian experience in order to highlight the combat complex in order to show the country how the fight against an end of the phenomenon did not result in an unconstitutional experience and lawfare since it was subverted to the logic of the Democratic State of Law to punish the corrupt who became enemies of the State, something similar to what happened in the Absolutist States.

**Keywords:** Rule of Law, Democracy, Constitutional Law, Electoral Law, Lawfare.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>9</b>
<b>1.1. Os direitos e garantias fundamentais.....</b>	<b>15</b>
<b>1.1.1. O devido processo legal.....</b>	<b>16</b>
<b>1.1.2. O contraditório.....</b>	<b>17</b>
<b>1.1.3. A ampla defesa.....</b>	<b>17</b>
<b>1.1.4. A presunção de inocência.....</b>	<b>18</b>
<b>2. O <i>LAWFARE</i>.....</b>	<b>18</b>
<b>2.1. Conceito.....</b>	<b>18</b>
<b>2.2. O <i>Lawfare</i> no Brasil.....</b>	<b>21</b>
<b>2.2.1. Da polarização política.....</b>	<b>22</b>
<b>2.2.2. Dos ataques aos direitos humanos.....</b>	<b>24</b>
<b>2.2.3. Da precarização da educação.....</b>	<b>25</b>
<b>2.2.4. Do juiz parcial.....</b>	<b>26</b>
<b>2.3. O <i>Lawfare</i> como Espécie da Guerra Híbrida.....</b>	<b>28</b>
<b>3. O USO MIDIÁTICO DA IMPRENSA E A ESPETACULARIZAÇÃO DO COMBATE À CORRUPÇÃO.....</b>	<b>32</b>
<b>3.1. O uso da <i>Fake News</i> como Instrumento Antidemocrático.....</b>	<b>35</b>
<b>4. O <i>LAWFARE</i> SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....</b>	<b>37</b>
<b>4.1. Violações dos direitos e garantias fundamentais.....</b>	<b>37</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>49</b>

## INTRODUÇÃO

### 1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Preliminarmente, antes de adentrarmos ao objeto principal, qual seja: o fenômeno denominado “*Lawfare*”, insta realizar breves considerações preliminares acerca de como se desenvolveu o Estado Democrático de Direito no Mundo e com a sua concretização no Brasil por meio da Constituição Federal de 1988 (“CF”).

O Estado Democrático de Direito, em uma breve síntese histórica, foi sendo desenvolvido e evoluiu-se de outras formas de organização social.

Em primeiro lugar, surgiu-se o Estado Monárquico Autocrático, cuja característica principal era o Poder Estatal ilimitado e concentrado na figura do Monarca, ou seja, realizando uma análise anacrônica para facilitar o entendimento, o Rei/Rainha (geralmente concentrada na figura masculina na época) aglutinava em sua pessoa o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, ao passo que o Monarca se confundia com o Direito da época, não sendo subordinado a este.

Assim, diante de tamanho poder, invariavelmente o Soberano cometia diversos abusos de autoridade que culminaram no fim desse sistema, de tal sorte que, também inspirada pela Independência Americana de 1776, surge a Revolução Francesa em 1789 que, motivada pela contrariedade do Poder Absoluto concentrado em uma pessoa, pela fome que se espalhava pelo campo e pela situação oposta que vivia a nobreza francesa a qual ostentava a sua abundância de recursos e alimentos, fatores que resultaram na morte do Rei Luís XVI e culminou na elaboração da histórica Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento que inicia historicamente o Iluminismo e define os direitos individuais e coletivos dos homens como universais.

Norberto Bobbio<sup>1</sup> leciona em sua brilhante obra “A Era dos Direitos”:

Com efeito, a declaração de 26 de agosto fora precedida, alguns anos antes, pelas declarações de direitos, pelos *Bill of Rights*, de algumas colônias norte-americanas em luta contra a metrópole. A comparação entre as duas revoluções e as respectivas enunciações de direitos é um tema ritual, que compreende tanto um juízo de fato sobre a relação entre os dois eventos, quanto um juízo de valor sobre a superioridade moral e política de um em relação ao outro. (BOBBIO, 1992, p. 123)

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. P. 123

Assim, associada a esse movimento e um pouco anterior à Revolução Francesa, é necessário mencionar a Independência Americana que, através da *Bill of Rights* de 1789, guiou e moldou os primeiros rascunhos do que se tornaria o Estado Democrático de Direito Contemporâneo.

À vista disto, temos a derrocada do Estado Monárquico Autocrático e a ascensão do Estado Mínimo ou Estado Liberal, marcado pela busca da liberdade individual burguesa e caracterizada pela propriedade privada absoluta e a manutenção do *status quo* burguês, classe que tomou, por meio de uma Revolução violenta, o Poder da Nobreza.

Com o Iluminismo também temos a retomada de uma teoria de divisão do poder proposta por Aristóteles em seu livro denominado “A Política”. A sua proposta estabelecia um governo tripartite: Poder Deliberativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Nesse sentido, o filósofo iluminista John Locke, ao tecer críticas ao sistema absolutista que imperava até então, formulou também a divisão do “Poder” em quatro partes, sendo divididas em Poder Executivo, Federativo, Legislativo e Prerrogativa, de modo que buscava promover a descentralização da soberania do Estado, justificando-se que o acúmulo de poder leva à tirania.

Inspirado por essa proposta, o filósofo Montesquieu propôs em sua obra “O Espírito das Leis” a divisão tripartite que utilizamos atualmente, qual seja: Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo. Sua teoria teve duas nomenclaturas famosas: (i) “A Teoria de Divisão dos Poderes”; ou (ii) “Sistema de Freios e Contrapesos”.

O segundo nome se dá, pois o filósofo entendia que, com essa divisão, um Poder limitaria o outro Poder, de maneira que nenhum se sobrepusesse, já que devem ser equivalentes.

Percorrendo o curso histórico, sobreveio, na segunda metade do século XVIII, a Revolução Industrial a qual promoveu uma urbanização desigual, resultando no processo de periferização da população. Tal processo provocou o empobrecimento da população marginalizada, condições precárias nas indústrias, todavia, em contrapartida, também gerou o acúmulo de capital, com o conseqüente aumento da desigualdade social, sobrecarregando o Estado Mínimo e as cidades.

Com a pressão social e diversas greves realizadas pelo proletariado por melhores condições laborais, gerou a ascensão do Estado Intervencionista que deveria solucionar os problemas sociais.

Este novo tipo de Estado iniciou realizando políticas públicas pontuais como: a elaboração de uma legislação trabalhista, melhora no saneamento básico das cidades que sofreram com a rápida urbanização não projetada, e a realização de desapropriações para promover a melhor distribuição urbanística (nota-se um início da relativização da propriedade privada).

No início do século XX, com a primeira Guerra Mundial, observou-se novamente a necessidade de uma ampliação das políticas pública, pois houve um enorme deslocamento dos homens de seus postos de trabalho para assumirem os seus postos militares, sendo necessário que as mulheres assumissem esses postos vagos.

Inspirado nas Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919), surge o Estado Social, de modo que, para que houvesse essa mudança, o Estado torna-se ainda mais intervencionista, promovendo, por exemplo, a criação de creches, para assegurar que as mulheres – que até então, em sua maioria, eram responsáveis somente pelos afazeres domésticos e a criação de seus filhos – pudessem também trabalhar para garantirem o seu sustento.

Associada a esses fatos, no período entre guerras, ocorre o *Crash* da Bolsa de Valores de Nova York em 1929 (“A Grande Depressão”), que gerou uma das mais violentas crises econômicas que o Capitalismo já presenciou.

A economia dos Estados Unidos da América se consolidou como a maior economia do mundo após a primeira guerra mundial, visto que abasteceu a Tríplice Entente de armas, alimentos e empréstimos de recursos financeiros.

Assim, a década de 1920 foi uma época de muita euforia, abundância e ostentação econômica nos Estados Unidos, o que gerava um consumismo exacerbado em sua população. Consumismo que também atingiu a Bolsa de Valores e o mercado especulativo, gerando um processo inflacionário nas ações das empresas listadas na Bolsa de Valores de Nova York.

A continuidade desse cenário de euforia contínua, com a concessão de créditos desregulada, associada a superprodução das indústrias americanas e o não acompanhamento de aumento salariais dos trabalhadores, resultaram, em um movimento em cascata, no mercado não conseguindo absorver todas as mercadorias

produzidas, fato que abalou a confiança nas empresas americanas, resultando na venda em massa das ações destas e consequente desvalorização e falência das empresas, o que desencadeou no aumento do desemprego, originando uma soma de fatos que coincidiram para a crise de 1929.

Tal crise somente foi superada com a eleição do Presidente Franklin Delano Roosevelt que, com base no pensamento do economista John Maynard Keynes, promoveu o programa de políticas públicas denominado “*New Deal*”.

Esse programa consistia na execução de diversas obras públicas pelo Poder Público, objetivando a geração de empregos e a transferência de dinheiro público para empresas privadas e a sociedade em geral.

Além disso, como pregava pela maior intervenção estatal na economia, fiscalizava as movimentações financeiras, controlava a produção das mercadorias, bem como criou sindicatos para facilitar as negociações entre os trabalhadores e empresários, criou a previdência social, garantindo um salário-mínimo para idosos, inválidos e desempregados, concedeu empréstimos para pequenos agricultores, entre outras medidas, visando reaquecer a economia americana.

Foi um dos maiores programas de transferência de dinheiro público para a sociedade que já foi noticiado.

Com o sucesso desse plano de recuperação econômica com a intervenção estatal, as ideias que gravitavam nessa direção ganharam força no Mundo todo, renovando, mas mais do que isso, reforçando a influência do Estado Social.

Outrossim, no pós Segunda Guerra Mundial surge o Estado de Bem-estar Social (*Welfare State*) que se mostrou mais interventor e ainda mais preocupado com o lado social, sendo inspirado pelo Plano Marshall de 1947<sup>2</sup>.

Assim, Mário Lúcio Quintão Soares<sup>3</sup> indica as principais características desse tipo político.

A constituição social democrata possui os seguintes traços característicos:  
a referência da Constituição são Estado e Sociedade;

---

<sup>2</sup> O Plano *Marshall* foi o plano americano de auxílio financeiro visando a reconstrução dos países europeus aliados no pós Segunda Guerra Mundial, possuía como principal objetivo conter o avanço do socialismo da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e garantir o apoio dos países da Europa Ocidental.

<sup>3</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: Novos Paradigmas em face da Globalização**. São Paulo: Editora Atlas, 3ª ed., 2008, p. 200.

- O arquétipo: Estado Social, demarcado por três elementos constitutivos: princípios do compromisso e conformador, da democratização da sociedade e do Estado de direito formal;
- O telos do texto constitucional concilia os esquemas liberais de racionalização e limites com as exigências de socialização e democracia;
- A força normativa exprime-se na pela eficácia juridicamente conformadora de suas normas em relação ao estatuto de Estado-sociedade;
- A estrutura da constituição, essencialmente positiva, ao conformar a sociedade através da imposição de fins e tarefas aos poderes públicos, e ao consagrar, ao lado de direitos negativos, os direitos positivos (direitos de participação e a prestações estatais). (SOARES, 2008, p. 200)

Apesar disso, um pouco antes, mais precisamente em 1917, ocorre a Revolução Bolchevique que resultou na aprovação da Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da União Soviética, fato que consolidou a mudança de uma Rússia notadamente feudal Czarista (Absolutista) para um Estado Socialista, consolidando algumas ideias de Marx e Engels, e liderados por Lênin.

Esse evento histórico torna-se relevante, quando analisado sob o prisma de que rompe com as Cartas democráticas liberais que se sucederam a partir da revolução burguesa na França, pormenorizada anteriormente, sendo o primeiro Estado dito socialista e composto por operários e camponeses no Poder.

Diante disto, com a Guerra Fria opondo Estados Unidos e o Capitalismo e o Estado Social Democrata contra União Soviética e o Socialismo e o Estado Socialista Burocrático.

Nesse sentido, Mário Lúcio Quintão Soares<sup>4</sup> distingue esse Estado:

A constituição do Estado socialista burocrático contrapõe-se ao paradigma da constituição social democrata, dados os seguintes elementos estruturantes:

- A referência da constituição são Estado e Sociedade;
- O arquétipo: Estado socialista, caracterizado pelos princípios da perspectiva classista do Estado, do Estado máximo e da não-neutralidade;
- O telos da Carta socialista identifica-se com o programa de conquistas revolucionárias marxistas;
- A força normativa traduz-se na pretensão de servir de programa para as transformações econômicas, sociais e culturais, realizadas pelo Estado;

---

<sup>4</sup> Ibid. p. 203.

- A estrutura da constituição, essencialmente positiva, determina ao aparelho estatal a consecução das tarefas transformadoras da sociedade e consagra direitos positivos de natureza econômica, social e cultural. (SOARES, 2008, p. 203)

Ao fim da Guerra Fria com a queda do muro de Berlim em 1991, houve a consolidação do Capitalismo como sistema econômico predominante no Mundo e o Estado Democrático de Direito prevaleceu mundialmente como sistema político.

Ainda que já se possa dizer em Estado de Direito a partir da subordinação do Estado à sua Constituição, surgindo, a partir da garantia dos direitos individuais (*Bill of Rights* e Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão), a noção de direito subjetivo público, isto é, a possibilidade dos cidadãos, sujeitos de direito que são, se oporem ao Estado, de modo que toda a atividade Estatal é regulada conforme o ordenamento jurídico vigente, baseado em uma Constituição.

Sendo assim, para se transformar o Estado Democrático de Direito na sua concepção atual, houve, paulatinamente, a adesão de instrumentos democráticos, possibilitando a participação do povo no exercício do Poder seja diretamente pelo plebiscito, referendo e a iniciativa popular das leis, seja indiretamente pela eleição de um representante pelo voto.

Por fim, temos que os elementos do Estado Democrático de Direito são: (i) criado e regulado por uma Constituição; (ii) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo, e respondem pelo cumprimento de seus deveres; (iii) o Poder político é exercido pelo voto, em parte diretamente, em parte indiretamente por órgãos estatais independentes e harmônicos que são limitados um pelo o outro; (iv) a lei produzida pelo Poder Legislativo deve ser observada pelos demais Poderes; e (v) os cidadãos, titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los em face do próprio Estado.

Ante o exposto, analisando sob a ótica brasileira resta evidente que o Estado Democrático de Direito Brasileiro é consolidado com a implantação da Constituição Federal Brasileira de 1988, após um longo período de Ditadura Militar (1964-1985) em que o Poder emanava sobretudo do Poder Executivo que criava as leis por meio de decretos, condensados nos famosos “Atos Institucionais” e as executavam, de forma que o Poder Judiciário acabou sendo suprimido pelos militares brasileiros que aumentaram o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal, indicando juristas alinhados a Ditadura.

Passado esse momento autoritário, há convocação de um Poder Constituinte Originário, composto pela Assembleia Nacional Constituinte convocada em 1985 pelo Presidente da época José Sarney e que possuía na sua composição 72 senadores e 487 deputados, totalizando 559 parlamentares, visando a elaboração da Constituição Federal brasileira.

Ademais, foi concedido um prazo de cinco meses para que cidadãos e entidades representativas encaminhassem sugestões para a nova Constituição a ser criada, de tal sorte que foram coletadas 72.719 sugestões de cidadãos de todo o País, além de outras 12.000 sugestões dos constituintes e de entidades representativas<sup>5</sup>.

Com isso, a Constituição Federal acabou sendo promulgada em 1988, criando e consolidando o Estado Democrático de Direito por meio do seu artigo 1º que prevê que a República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito.<sup>6</sup>

À vista disto, a Constituição resulta na previsão de uma enormidade de direitos e garantias fundamentais, bem como em deveres que devem ser observados por todos os cidadãos, empresas, entidades, entre outras figuras que compõe a sociedade brasileira, contudo com uma enorme diferença, já que a CF também estabelece que o próprio Poder Público é um sujeito de direito, devendo respeitar as disposições contidas nela.

### **1.1. Os direitos e garantias fundamentais**

Os direitos e garantias fundamentais foram sendo construídos ao longo do desenvolvimento da história humana.

Podemos citar diferentes documentos que foram importantes para a construção do arcabouço de direitos e garantias fundamentais que temos hoje: Decálogo ou Dez Mandamentos (1490 a.C.), Magna Carta (1215 d.C.), Petição de Direitos (1628), A lei de habeas corpus (1679), Bill of Rights de 1688, consolidando a Monarquia Constitucional inglesa com a supremacia do Parlamento sobre os monarcas; a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776; outras citadas anteriormente foram: Bill of Rights americano de 1787, A Declaração dos Direitos do Homem e do

---

<sup>5</sup> Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html>  
Acesso em: 20/10/2022.

<sup>6</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Cidadão na França e a Declaração do Povo Trabalhador e Explorado aprovada em 1918 pelo Terceiro Congresso Panrusso dos Sovietes. Além disso, temos a Constituição de 1917 do México e a Constituição de Weimar de 1919 na Alemanha. Por fim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pela Assembleia Geral da ONU (Organização das Nações Unidas) consagrou esse movimento de defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos e garantias fundamentais possuem diversas classificações.

A Constituição Federal brasileira de 1988 classificou, segundo o brilhante constitucionalista José Afonso da Silva em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo<sup>7</sup>, da seguinte forma: (i) Direitos individuais e coletivos (art. 5º); (ii) Direitos à nacionalidade (art. 12); (iii) Direitos políticos (art. 14 a 17); (iv) Direitos sociais (art. 6º e 193 e ss.); e (v) Direitos solidários (art. 3º e 225).

Contudo, para análise do tema central deste trabalho, é necessário focar em quatro direitos e garantias fundamentais em específico, quais sejam: (i) o devido processo legal; (ii) o contraditório; (iii) a ampla defesa; e (iv) a presunção de inocência.

### 1.1.1. O devido processo legal

O direito ao devido processo legal, na realidade trata-se de uma garantia processual fundamental.

Está positivado no inciso LIV, do artigo 5º da Constituição Federal, *litteris*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Assim, José Afonso da Silva<sup>8</sup> leciona que:

Garante-se o processo, e “quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais (SILVA, 2019, p. 435).

Diante disto, entende-se que se não respeitado o devido processo legal, configurado pela soma da ampla defesa garantida ao réu, a isonomia processual, de

---

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42ª edição. São Paulo: Malheiros, 2019.

<sup>8</sup> Ibid. p. 435.

modo que não haja suspeição ou impedimento do juiz natural, sendo também garantido o contraditório, torna-se ilegal a decisão que prive alguém da liberdade ou de seus bens.

Mister, portanto, destrinchar os outros dois direitos fundamentais intimamente conectados ao devido processo legal, para o seu melhor entendimento.

### **1.1.2. O contraditório**

A garantia ao contraditório, conforme visto anteriormente, é corolário do devido processo legal, ou seja, decorre deste direito.

Está positivado em conjunto com a ampla defesa no inciso LV, do artigo 5º, da CF, que diz: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;".

Nada mais é do que a garantia de que qualquer pessoa possui a garantia de que poderá defender seus direitos.

Conceitualmente, o contraditório seria a comunicação, às partes do processo, acerca de cada ato processual realizado, e a possibilidade de que haja manifestação e confrontação de ideias sempre que houver interesse destas para tanto.

Tal conceito abarca os dois elementos que compõe o contraditório: o direito à informação – caracterizado pela ciência, das partes, dos atos processuais praticados – e o direito à participação – caracterizado pela possibilidade de as partes se manifestarem ou impugnarem os atos dos quais elas tomaram conhecimento.

### **1.1.3. A ampla defesa**

O conceito da garantia fundamental de ampla defesa está simbioticamente conectado com os direitos e garantias fundamentais já citados.

Também foi positivado no inciso LV, art. 5, da CF, consoante exposto.

Visa, basicamente, garantir que o sujeito de direito, hipossuficiente por natureza, disponha de todas as ferramentas necessárias para a execução da sua defesa, igualando frente ao Estado que tem acesso à diversos recursos. Está intimamente ligada à ideia de justiça e a isonomia processual.

Abrange tanto o direito à defesa técnica elaborada por um advogado, quanto à autodefesa.

#### 1.1.4. A presunção de inocência

Um dos princípios mais importantes do Direito brasileiro, está previsto no inciso LVII, do art. 5º, CF, *in verbis*: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;".

Nesse sentido, leciona os Professores Antonio Eduardo Ramires Santoro e Natália Lucero Frias Tavares na obra *Lawfare Brasileiro*<sup>9</sup>:

Com isso nossa ordem constitucional está fundada na ideia de que todos são inocentes até que não caiba mais qualquer recurso da decisão que julgue procedente a acusação apresentada contra o réu.". (SANTORO e TAVARES, 2022, p. 126)

Trata-se na realidade do modelo de incerteza adotado pelo Estado brasileiro de sempre ser favorável ao réu (*in dubio pro reo*) que parte da premissa de que entre duas hipóteses, quais sejam: inocente preso ou culpado livre, na dúvida, sob a ótica da justiça, o melhor é a segunda opção, visto que a prisão de um inocente é a maior injustiça que possa ser cometida, é imperdoável.

## 2. O LAWFARE

### 2.1. Conceito

O termo "*Lawfare*" foi visto pela primeira vez no meio científico em 1975. Assim como o conceito de Estado de Direito foi sendo construído ao longo do tempo, o conceito de *Lawfare* seguiu o mesmo trilhar.

Esse termo surgiu a partir de um neologismo realizado por John Carlson e Neville Yeomans, das palavras inglesas *Law* (Direito) e *Warfare* (guerra).

---

<sup>9</sup> SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. *Lawfare Brasileiro*. 2ª edição. São Paulo: Editora D'Plácido, 2022, p. 126.

Nesse sentido, Eduardo Nunes Campos<sup>10</sup> indica o primeiro conceito da palavra *Lawfare*:

Denunciando a substituição da técnica do inquérito pelo procedimento acusatório, que consideram evidenciar a supremacia da tendência utilitarista do sistema legal do Ocidente, em relação aos valores humanitários e à justiça, a partir do fim do século XIX, John Carlson e Neville Yeomans cunham a expressão, afirmando que “*Lawfare* substitui a guerra e o duelo é por palavras, não por espadas” (Carlson, John e Yeomans, Neville, 1975). (CAMPOS, Eduardo Nunes, 2020, p. 35)

Isto é, a expressão possuía um conceito totalmente primitivo em relação ao utilizado atualmente.

Em 1999, os chineses Liang e Xiangsui fazem referência, na realidade, as palavras “*Law*” e “*Warfare*” separadas, como uma dentre muitas novas formas de guerra não militar presentes no cenário internacional da época.

Nesse sentido, a conceituação chinesa acaba confundindo o conceito do gênero *lawfare* com o de sua espécie “guerra híbridas”.

O major-general da Força Aérea dos Estados Unidos, Charles Dunlap, consolidou a expressão, disseminando nos meios jurídicos e acadêmicos internacionais. Dunlap escreveu vários livros e textos sobre o assunto, nos quais vacila quanto à conceituação da expressão “*lawfare*”, embora o significado de *lawfare* sempre se gravita em torno do uso do Direito como possível substituto da guerra convencional.

Eduardo Nunes Campos<sup>11</sup> pormenoriza a evolução da expressão *lawfare* a partir dos estudos de Charles Dunlap:

No primeiro desses livros, publicado em 2001, qualificou o *lawfare* como “o uso do Direito como arma de guerra e o mais novo recurso de combate do século XXI”, afirmando existirem “evidências perturbadoras de que o estado de direito está sendo sequestrado por outra maneira de lutar, em detrimento de valores humanitários, bem como do próprio Direito” (Dunlap, Charles, 2001, p. 2).

Admitindo que, por vezes, o *lawfare* pode resultar em menos sofrimento que a guerra e que ele encerra muitas dimensões, Dunlap sustenta, contudo, que prevalecem, naquele momento,

<sup>10</sup> CAMPOS, Eduardo Nunes. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; CITTADINO, Gisele; LIZIERO, Leonam (organização). **Lawfare: O Calvário da Democracia Brasileira**. 1ª edição. Andradina: Meraki, 2020, p. 35.

<sup>11</sup> Ibid. p. 35/36.

o que ele caracteriza como “comportamentos que comprometem a proteção dos verdadeiramente inocentes” e “uma manipulação cínica do estado de direito e dos valores humanitários que ele representa”, sempre em desfavor da democracia de seu país. (ibidem, p. 4).

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. Afirmado 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. (idem, 2010, p. 121 e 122). (CAMPOS, Eduardo Nunes, 2020, p. 35/36).

Em 2010, Wouter Werner, professor do Centro de Política do Direito Internacional de Amsterdã, publica um artigo analisando os diferentes usos do termo *lawfare*, contrastando, o termo *lawfare* a partir da ótica da teoria crítica, com sua utilização pelo pensamento neoconservador.

Nesse sentido, Wouter Werner indica que a teoria crítica usa o *lawfare* para repensar questões de responsabilização e estimular um processo de autocrítica, enquanto os neoconservadores buscam abalar a confiança dos oponentes no Direito e nos procedimentos legais, transformando a expressão em um movimento estratégico, que poderia, eventualmente, comprometer a integridade do Direito.

O antropólogo jurídico sul-africano John Comaroff referiu-se ao *lawfare* para descrever o uso coercitivo de instrumentos legais, visando assegurar a dominação colonial inglesa sobre os povos indígenas de seu país (Comaroff, John, 2001, p. 306).

Em 2006, ele e sua mulher Jean Comaroff<sup>12</sup>, ambos pesquisadores da Universidade de Harvard, estabeleceram as dimensões estratégicas do *Lawfare* como “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” (Comaroff, Jean e Comaroff, John, 2006, p. 30).

John fala em duas espécies de *lawfare*: o de uso clássico, instrumento dos poderosos contra os fracos, ou seja, uma guerra jurídica deflagrada por

---

<sup>12</sup> COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. (Eds.). **Law and Disorder in the Postcolony**. Chicago, London: University of Chicago Press, 2006.

representantes do Estado colonialista contra o alvo mais fraco, visando a defesa dos interesses do colonizador, e o insurgente, em sentido contrário, manejado pelos fracos contra organizações poderosas, Estados etc. (Comaroff, John, 2019).

Susan W. Tiefenbrun, Professora de Direito Internacional da Escola de Direito Thomas Jefferson, San Diego, publica, em 2010, o artigo, “*Semiotic Definition of Lawfare*”<sup>13</sup>, com uma nova abordagem conceitual.

Segundo ela, *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” (Tiefenbrun, Susan W., 2010, p. 2).

Tiefenbrun considera que o *lawfare*, sendo um trocadilho, um neologismo, um inteligente jogo de palavras, tornou-se uma arma essencial da guerra moderna, por traduzir o compartilhamento de poder entre o Direito e a guerra (ibidem, p. 2 e 3).

Ressalta que, não sendo o *lawfare* uma arma benigna, “a manipulação dos sistemas judiciais ocidentais, o mau uso e o abuso das leis, o discurso de ódio e os procedimentos legais de difamação podem destruir princípios da liberdade de expressão que as democracias consideram mais preciosos” (ibidem, p. 25).

Diante de todo esse arcabouço conceitual, os advogados Cristiano Zanin Martins e Valeska Teixeira Zanin Martins, em conjunto com o professor Rafael Valim, na obra *Lawfare: uma Introdução*<sup>14</sup>, sintetizaram o conceito de *lawfare* no contexto brasileiro atual como sendo: “(...) *lawfare* é o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo.” (ZANIN MARTINS, VALIM, 2019, p. 26).

## 2.2. O *Lawfare* no Brasil

A Democracia, em linhas gerais, é o Governo pelo qual o povo exerce a soberania. Por conta disso, pode ser considerado um Regime Político em que todos os cidadãos que são elegíveis participam igualmente, diretamente ou através de representantes eleitos, na proposta, desenvolvimento e na criação de leis, exercendo o poder de governar através do sufrágio universal.

<sup>13</sup> Susan W. Tiefenbrun, *Semiotic Definition of Lawfare*, 43 Case W. Res. J. Int'l L. 29 (2010) Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/3>.

<sup>14</sup> ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. 1ª edição. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 26.

O termo advém da Grécia Antiga e foi concebido no século V a.C.

Ainda, de acordo com a construção histórica, entende-se que todo e qualquer sistema democrático, independente da forma em que delineado, precisa cumprir com três quesitos básicos: (I) partir do pressuposto de que a soberania reside nos níveis mais baixos de autoridade; (II) pregar pela igualdade política e (III) adotar normas sociais que façam com que os indivíduos e as instituições só as considerem aceitáveis se refletirem os dois primeiros princípios citados.

Estabelecida essa premissa, também é importante repisar que a introdução do sistema democrático não foi rápida e nem pacífica.

Durante o século XX ocorreram sucessivas ondas democráticas, advindo de guerras, revoluções, descolonização e por circunstâncias religiosas e econômicas. As duas Guerras Mundiais também foram marcos significativos na matéria.

Contudo, em que pese a toada democrática, foram experimentados momentos nebulosos em razão da ascensão do fascismo e das Ditaduras na América Latina, com destaque àquela perpassada no Brasil no ano de 1964.

Ademais, embora a democracia tenha sido restabelecida na América Latina, ainda existem muitos retrocessos que colocam em roga a eficácia do sistema democrático.

Ante o exposto, insta pormenorizar alguns elementos que contribuem com a degradação do processo democrático brasileiro e mundial, sendo campo fértil para a implantação e uso do *lawfare*.

### **2.2.1. Da polarização política**

Necessário termos em mente que o significado estrito de polarização corresponde à divisão de uma sociedade em dois polos a respeito de um determinado tema.

Na prática, o termo vem sendo utilizado para representar a disputa entre dois grupos que se fecham em suas convicções e não estão dispostos ao diálogo.

Para desvendarmos a origem da polarização, será necessário que voltemos as nossas atenções para um passado remoto, onde buscávamos por atitudes que nos salvaria dos perigos diários.

Uma das estratégias mais úteis para preservar a si mesmo em tempos remotos era se juntar a outros indivíduos e formar grupos. Com a ajuda de companheiros, era mais fácil conseguir alimentos e se proteger de predadores e adversários.

Não obstante, existia um preço: para ser aceito em um grupo, era preciso se mostrar digno de confiança, o que por sua vez exigia lealdade. Nesse passo, a lealdade era fundamental para que um agrupamento de indivíduos agisse de modo coordenado, organizado e comprometido, aumentando, assim, a chance de sucesso na luta pela sobrevivência.

O ponto é, quando levamos o aspecto lealdade para o extremo, estamos, na verdade, renunciando à própria individualidade para aceitar as normas, crenças e ideias do grupo.

A partir desta reprodução histórica, nota-se que o ser humano, durante a sua evolução, percebeu que a probabilidade de sobrevivência da sua espécie aumentava se convivia em grupos, de modo que se adaptar a eles, fazer deles parte de nossa identidade e se manter fiel ao máximo possível foi o caminho encontrado por nossa espécie.

Dessa forma, sentimos prazer ao agir desse modo, enquanto mudar de ideia e se opor ao grupo com o qual nos identificamos é altamente desconfortável.

Com o passar do tempo, a humanidade refinou sua organização, entendeu como as sociedades funcionam e criou sistemas para organizar o poder de forma mais justa. Uma destas evoluções foi, justamente, a democracia.

Por meio desta, não seria necessário usar a força para chegar ao poder, ou seja, a disputa não aconteceria por meio da violência, mas pela discussão de ideias e apresentação de propostas para melhorar a vida de todos.

Assim, teríamos a seguinte dinâmica: o indivíduo que convencesse mais cidadãos e conseguisse mais votos chegaria aos postos de comando.

No entanto, é necessário levarmos em consideração que a democracia vai muito além do sistema de votos, implicando em respeito a regras comuns, reconhecimento da legitimidade dos adversários, tolerância e diálogo.

Ocorre que, o excesso de polarização compromete todos esses quesitos.

Em uma sociedade concentrada em dois lados radicalizados, adversários são vistos como inimigos, o diálogo não é incentivado e transgredir as regras parece justificável.

Quem procura se manter fora desses dois grupos, apresentando outras visões e ideias, ou mesmo quem defende que ambos os lados têm suas falhas e virtudes, é tratado como de fora da sociedade, longe dos grupos, inerte e as suas alternativas terminam como invalidadas.

Nota-se que, um ambiente altamente polarizado, sem tolerância e respeito a opiniões discordantes, reforça comportamentos radicais, que se distanciam do ideal de democracia. O ambiente é criado pela propensão a sermos fiéis a grupos e, por sua vez, reforça essa propensão, como num ciclo.

Ainda, observa-se que a fidelidade a um grupo, principalmente quando o assunto é política, também está relacionada à identidade que assumimos. Por conta disso, é mais difícil mudar de opinião a respeito de temas políticos do que aqueles relacionados a outros campos, como a ciência. A partir disso, cria-se um ciclo vicioso de violência e ofensa à democracia.

Para muito além, o excesso de polarização afeta também a busca por soluções para problemas da sociedade. Um debate polarizado impede as análises profundas e cheias de nuances que questões complexas, como as do mundo em que vivemos, exigem; nada pode ser tido como preto no branco, como os grupos costumam pensar.

Em decorrência desta mentalidade, em termos de política institucional o cenário também não é positivo, na medida em que o processo decisório é obstado totalmente quando dois lados não conseguem formar acordos mínimos. Assim, nota-se que a polarização extrema como vemos nos dias de hoje, leva à erosão das instituições e das práticas que compõem o sistema democrático, além de abrir espaço para lideranças liberais.

### **2.2.2. Dos ataques aos direitos humanos**

A democracia também é fragilizada pelos frequentes ataques aos Direitos Humanos em vários países, como exemplos recentes, podemos mencionar Brasil, Estados Unidos e Rússia.

É importante destacar que esses direitos foram definidos pela ONU, em 1948, e asseguram elementos básicos e fundamentais para a vida de qualquer pessoa no mundo, como, por exemplo, acesso a moradia, alimentação, segurança, liberdades individuais e dignidade.

No entanto, apoiando-se no conceito de liberdades individuais, ocorre frequentemente a banalização do termo “liberdade” por alguns grupos, resultando na exaltação da liberdade de matar, de não tomar vacinas em questões de saúde pública, e de ter acesso a uma arma de fogo.

Uma crítica também pode ser direcionada para partidos e políticos progressistas que divulgam pautas sobre a defesa dos Direitos Humanos, visto que, para muitas pessoas, principalmente as mais leigas, esse conceito pode ser contraintuitivo, já que é sabido que uma parcela considerável da população mundial acredita que o jeito de um país ficar com seguro, é armando a população.

Além disso, existem religiões com muitos seguidores que possuem dogmas que vão na contramão de algumas teses modernas, portanto, a abordagem para lidar com esses indivíduos deve ser mais cautelosa e com embasamentos bem formulados.

Um exemplo de sugestão que teria grandes chances de sucesso em relação aos itens mencionados acima, seria a instalação de câmeras em uniformes de policiais, visando a diminuição do abuso de autoridade, sem implicar no aumento de casos de homicídios, que provavelmente ocorreria com alguma outra medida que retirasse policiais da rua.

Por fim, analisando mais a fundo o caso do Brasil, é possível notar que se trata de uma sociedade que convive diariamente com os legados negativos do regime militar, sofrendo de um processo conhecido como “democratização incompleta”, já que apesar dos fatos históricos, ainda existem muitos defensores daquele modelo de governo.

### **2.2.3. Precarização da educação**

Há também, outro elemento essencial à democracia, que é a educação, de forma que a democracia e a educação andam lado a lado, sendo historicamente indissociáveis e, fazem parte do mesmo processo civilizatório, desde os primórdios.

É por isso que há consequências fatais para a democracia quando a democracia falha ou falta, ou não é bem estruturada dentro de uma sociedade.

Assim, a falta de educação ou a educação precária, não só afeta o ciclo social do indivíduo, mas como também, afeta a falta de senso crítico político, de tal maneira que estes facilmente caem em falácias e sofismas referentes ao poder político brasileiro.

A falta de acesso a uma boa educação, causa o fortalecimento de ciclos viciosos de desigualdade social, já que, infelizmente, indivíduos com pouco ou menos estudos dificilmente conseguem mudar sua condição ao longo da vida, de modo que aqueles que nascem com maior renda podem estudar mais e, por consequência, se tornarem adultos com condições financeiras e sociais melhores.

O fato que mais impacta é que, a educação é um fator capaz de desenvolver nos indivíduos suas potencialidades ao permitir o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, como é previsto na Constituição de 1988.

Quando a educação é plena, ela se torna um dos mais importantes mecanismos para a promoção de oportunidades e igualdade entre as pessoas, impactando não só na vida financeira dos indivíduos, mas como também na vida política desses, que passam a exercer sua cidadania de forma mais consciente, com entendimentos de fato.

Nesse modo, a precariedade da educação brasileira é uma principal causa da violência e da corrupção no país, afetando assim, veementemente a democracia no país, assim, é importante que a sociedade tenha um bom acesso e de qualidade à educação, tendo em vista que com a melhoria da educação, conseqüentemente melhoraria as condições para o crescimento econômico, diminuiria os índices de violência e corrupção e o afretamento direito na nossa democracia.

#### **2.2.4. Do juiz parcial**

O juiz parcial é traduzido na ideia do juiz engajado em causas. Um juiz que combate.

De acordo com a legislação, juiz não combate; juiz não se engaja; juiz não tem adversário, por uma razão, ele é juiz, que se mantém imparcialmente equidistante das partes.

No Brasil está acontecendo a naturalização da parcialidade do juiz em torno da ideia do juiz engajado em causas.

A única causa que o juiz deve ter engajamento é pelo cumprimento da Constituição e da Lei, por meio da emissão de decisões motivadas e fundamentadas, conforme parâmetros normativos abstratamente lançados por quem detém legitimidade para fazê-lo.

O Código de Processo Penal (“CPP”) brasileiro, diz claramente que o juiz que aconselha uma das partes é suspeito.

O CPP afirma também que a sentença proferida por juiz suspeito é nula (art. 564, inciso I, do CPP).

Ainda no artigo 254, CPP, indica que:

O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Cesare de Beccaria<sup>15</sup>, em sua obra “Dos Delitos e Das Penas”, em 1764 já asseverava que:

O juiz torna-se inimigo do réu, desse homem acorrentado, à mercê dos tormentos, da desolação, e do mais terrível porvir; não busca a verdade do fato, mas busca no prisioneiro o delito, e o insidia, e se considera perdedor se não consegue, e crê estar falhando naquela infalibilidade que o homem se arroga em todas as coisas. Os indícios para a captura estão em poder do juiz; para que alguém seja provado inocente deve antes ser considerado culpado; chama-se isso processo ofensivo, e são esses quase por toda parte da Europa ilustrada do século dezoito, os procedimentos criminais.

Esse entendimento é seguido pelo Código de Processo Civil (“CPC”) brasileiro, o qual diz:

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

---

<sup>15</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

§ 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.

§ 2º Será ilegítima a alegação de suspeição quando:

I - houver sido provocada por quem a alega;

II - a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido.

Sendo assim, capacidade subjetiva é a qualidade de que o juiz possa agir de acordo com o princípio da imparcialidade.

Por outro lado, a incapacidade subjetiva do juiz origina-se da suspeita de imparcialidade e afeta profundamente a relação processual.

Nesse sentido visando assegurar a imparcialidade do juiz, a Constituição Federal de 1988 estipula garantias (Art. 95, CF) e prescreve vedações aos magistrados (Art. 95, § único, CF).

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

### **2.3. O *Lawfare* como Espécie da Guerra Híbrida**

Não obstante o termo “Guerra Híbrida” tenha adquirido maior notoriedade recentemente com as nítidas guerras informacionais e ciberguerras no conflito russo-ucraniano, a sua utilização não se restringe a tais guerras, além de estar simbioticamente conectada à história das guerras humanas.

Conceitualmente, a guerra híbrida é uma estratégia militar que mescla diversas táticas de guerras, como a guerra política, guerra convencional, guerra irregular, e ciberguerras com outros métodos de influência, tais como desinformação, diplomacia, *lawfare* e intervenção eleitoral externa para sair vitorioso na guerra, ao mesmo tempo que evita-se a responsabilização ou retaliação da opinião pública internacional, dos outros países ou até mesmo do país adversário.

A Guerra Híbrida adquiriu maior relevância no contexto da Guerra Fria entre Estados Unidos e a União Soviética, - ainda que o termo tenha sido cunhado recentemente - visto que a guerra convencional e o combate direto seria contraproducente, em decorrência das armas nucleares conquistadas por ambas as potências mundiais da época, isto é, num mundo de bombas nucleares podendo ser utilizada como arma de destruição em massa e atores não-estatais, a guerra deixou de ser enfrentamento militar convencional para se dar em várias outras arenas (propaganda, disrupção informacional, entre outros instrumentos).

Portanto, as duas superpotências foram obrigadas a recorrerem a estratégias militares totalmente diversas da convencional, ainda que o uso da propaganda militar (sempre inerente ao contexto das guerras) tenha sido uma ferramenta valiosa para que a opinião mundial escolhesse um lado num mundo bipolarizado.

Com a derrocada do regime socialista por motivos econômicos e a vitória estadunidense e, conseqüentemente, do Capitalismo como sistema econômico hegemônico, sem o efetivo combate direto entre as duas superpotências, houve um processo de globalização que aproximou grande parte das nações sob o guarda-chuva do capitalismo americano.

Com o processo de globalização, os horrores vividos no século XX com duas guerras mundiais e a guerra fria que dividiu o mundo em dois polos e o avanço tecnológico da informação pela rede mundial de computadores (internet), a opinião pública mundial ganhou enorme relevância para a tomada de decisão dos líderes mundiais.

Destarte, os meios de comunicação passaram não somente a informar os indivíduos, mas também a formar a opinião desses grupos.

Com o avanço da tecnologia, surgiram instrumentos que são utilizados amplamente pela mídia em suas atividades cotidianas como, por exemplo, a cibernética e as operações psicológicas.

Apesar disso, o que nos interessa sobre guerras híbridas é que esses instrumentos servem hoje para apresentar o perfil das sociedades e, a partir disso, ser utilizado como uma arma de reprodução de estereótipos, incitação a reações populares de apoio ou desamparo a determinados assuntos, provocação de engajamento social e outras formas de manifestação pública.

Ou seja, a informação passou a ser um instrumento bastante utilizado nas guerras, pois contribui para que os conflitos – declarados ou não – sejam noticiados, tornados públicos e até mesmo legitimados (ou seja, considerados aceitáveis) por determinados grupos.

Os EUA e a Rússia utilizaram muito da guerra híbrida, tanto nas guerras do Oriente Médio, como no Afeganistão, Iraque pelos EUA, na Síria por ambos, e na Ucrânia pela Rússia.

Utilizam-se de uma tentativa de desestabilizar a ordem existente em um Estado nacional, através de mecanismos de desinformação, embargos econômicos etc.

No livro “Guerra Híbrida: das revoluções coloridas aos golpes”, escrito pelo analista político e jornalista americano, Andrew Korybko<sup>16</sup>, as Guerras Híbridas são caracterizadas como:

(...) conflitos identitários provocados por agentes externos, que exploram diferenças históricas, étnicas, religiosas, socioeconômicas e geográficas em países de importância geopolítica por meio da transição gradual das revoluções coloridas para a guerra não convencional, a fim de desestabilizar, controlar ou influenciar projetos de infraestrutura multipolares por meio de enfraquecimento do regime, troca do regime ou reorganização do regime.

Sendo assim, em um contexto geopolítico global em que um massacre militar com a utilização de uma bomba atômica para dizimar um inimigo não seria possível, em razão de outros Estados-Nações também possuírem armas nucleares, mas também em virtude da pressão exercida pela opinião pública em geral que não aceitaria tal guerra convencional, os Estados-Nações buscaram alternativas para

---

<sup>16</sup> KORYBKO, Andrew. **Guerras Híbridas: das Revoluções coloridas aos golpes**. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

continuar exercendo a sua influência político-militar e defendendo seus interesses de política externa com a Guerra Híbrida sendo um instrumento que evita ou atenua sua responsabilização direta por parte da opinião pública internacional.

Outrossim, o Professor Rafael Valim e os advogados Zanin<sup>17</sup>, concluem que:

Conforme afirma o analista político norte americano André Korybko, “a guerra não convencional não acontece sozinha e espontaneamente; em vez disso, ela é a continuação de um conflito já existente na sociedade e a função da guerra não convencional é ajudar um movimento contra o governo atuando dentro desse conflito a derrubar as autoridades”. Segundo ele, “a guerra não convencional compõe o segundo e último pilar da guerra híbrida” que geralmente se inicia por meio de uma “revolução colorida” que “em si, é uma semente plantada estrategicamente com a justificativa de uma ‘luta pela liberdade democrática’ e depois é sucedida por meios indiretos e com fartos mecanismos psicológicos mais intensos para se alcançar o objetivo pretendido.

O mesmo autor destaca que o documento denominado *Special Forces Unconventional Warfare* (Forças Especiais da guerra não convencional), do exército norte-americano, também conhecido como “TC 18-01”, vazado por um informante e publicado pela *NSNBC International* em 2012, é o manual dos Estados Unidos para a prática da guerra híbrida.

O lawfare para fins geopolíticos é uma relevante faceta desse modelo de guerra híbrida e se utiliza de todos os recursos a ela inerentes. As leis e os procedimentos jurídicos são utilizados como armas de guerra para atacar o inimigo e para produzir os resultados que poderiam ser buscados ou que poderiam levar ao confronto bélico tradicional.

No caso dos EUA essa arma não convencional é potencializada pelo uso exclusivo ou concomitante do FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*, uma lei norte-americana que vem sendo adotada para ampliar a jurisdição dos Estados Unidos para outros países. De fato, qualquer elo com os Estados Unidos, desde o uso de sua moeda, de servidores lá situados, entre outros, como a seguir veremos, é suficiente para deflagrar ações de autoridades norte-americanas em outros países, viabilizando, assim, o lawfare com fins geopolíticos.

Disso se infere, pois, que as guerras híbridas e o lawfare guardam uma estreita relação, sendo este um importante instrumento daquelas.

Nesse sentido, Osmar Pires Martins Junior<sup>18</sup> ensina que:

<sup>17</sup> ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. 1ª edição. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 33/34.

<sup>18</sup> MARTINS JUNIOR, Osmar Pires (organização). **Lawfare em debate**. 1ª edição. Goiânia: Editora Kelps, 2020, p. 43.

De acordo com Santiago Gómez (In: Zanin Martins et al., 2019b), o Lawfare guarda estreita relação com a guerra híbrida ao lançar mão de vários instrumentos como as leis, a cibernética, os meios de comunicação e as operações psicológicas, inclusive armas e equipamentos bélicos, a partir da máxima “força, arte e ciência” formulada por Clausewitz, na obra citada. Avaliando-se o fenômeno de Lawfare político e geopolítico da Lava-Jato, restam evidenciados os seus objetivos gerais consistentes em abalar a moral e enfraquecer o inimigo para sobrepujá-lo por meio da geração de notícias que, ao mesmo tempo, induzem a presunção de culpa e promovem a reação popular de apoio à deflagração da guerra contra a corrupção, distorcidamente apresentada como causa maior, senão única, dos males que afligem a nossa sociedade. (JUNIOR, 2020, p. 43)

### **3. O USO MIDIÁTICO DA IMPRENSA E A ESPETACULARIZAÇÃO DO COMBATE À CORRUPÇÃO**

Carlson e Yeomans já indicavam em 1975, uma visão ampla acerca do *lawfare*.

Para os autores, conforme visto anterior, através dessa prática, os duelos não ocorreriam mais por espadas e sim, por meios não convencionais sendo os elementos discursivos e as palavras, as armas utilizadas nessas novas guerras.

Contudo, a correlação entre *lawfare* e as dimensões midiáticas foram apresentadas somente com Tiefenbrun em 2010, onde, para a autora, a prática poderia ser compreendida como uma arma de destruição do alvo escolhido através não somente do sistema legal, como da própria mídia através da incitação a protestos públicos contra inimigo.

Há quem defenda que o objetivo central dos meios de comunicação em massa é o de informar, no entanto não se deve entender a mídia tradicional apenas como um veículo de informação, pois tal simplicidade já não existe de fato.

É inegável que os meios de comunicação em massa exercem um papel importante no campo político, social ou cultural de uma sociedade.

Assim, em observância ao crescimento e a importância da mídia tradicional, compreende-se que sua interferência nos mais diversificados assuntos em uma sociedade, é notória.

Pesquisadores da democracia moderna, inclusive, apontam a importância da comunicação e da formação de opinião no bom funcionamento dessa forma de governo.

A mídia forma, informa e, querendo, deforma a opinião pública.

Todavia, em um cenário onde a internet e a mídia digital ganharam espaço, o desenvolvimento e reprodução de estereótipos, associados às reações populares de apoio ou de críticas em determinados assuntos, gerando engajamento nas plataformas digitais, e, outras formas de manifestação pública, se tornaram desejáveis pela própria mídia.

Dessa forma, é pacífico a ideia de que na atualidade não há acontecimento sem mídia, com o surgimento da internet, temos informações praticamente instantâneas de qualquer parte do mundo conectado.

A mídia não cria isoladamente um acontecimento, mas auxilia diretamente em sua constituição, através dos meios de comunicação em massa, um conjunto de práticas e fatos é tornado público e formatado de maneira a constituir um produto com narrativas próprias, personagens principais, nome próprio, miríades de informações, declarações, relatos, documentos e procedimentos judiciais, sempre produzidos por vozes autorizadas pelo próprio jornalismo.

Diante disto, Eliara Santana<sup>19</sup> indica que:

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

---

<sup>19</sup> SANTANA, Eliara. In. FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; CITTADINO, Gisele; LIZIERO, Leonam (organização). **Lawfare: O Calvário da Democracia Brasileira**. 1ª edição. Andradina: Meraki, 2020, p. 82/83.

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. (SANTANA, 2020, p. 82/83)

Esse produto automaticamente convoca engajamento e posicionamento do público que, repercute o acontecimento e faz com que ele dure e alcance os mais diversos efeitos.

À vista disto, com o uso dessas técnicas de manipulação de informação e manejo da opinião pública, o *lawfare* encontrou um campo fértil para se desenvolver.

A manifestação da opinião popular sobre o Direito que cede, muitas vezes, a tentações populistas incitadas pela mídia possibilitou a criação de ambientes favoráveis ou aceitáveis para perseguição e desconstrução da imagem de um inimigo.

O *lawfare* passou a se beneficiar dos clamores públicos, de prejulgamentos e condenações precipitadas por parte daqueles que não dominam as ciências jurídicas.

Para viabilizar a estratégia, as notícias falsas (*fake news*), as informações incorretas (*misinformation*) e informações falsas espalhadas deliberadamente para influenciar ou confundir a opinião pública (*disinformation*) são recursos ostensivamente utilizados, mas mais do que isso: há uma estratégia de corrosão da imagem imparcial e da legitimidade que gozavam até então as grandes instituições como a mídia tradicional, o Supremo Tribunal Federal e qualquer outro meio, instituição ou órgão que inviabilize o objetivo final de tomada de Poder plena.

Ou seja, são direcionados diversos ataques coordenados a essas instituições com o objetivo de desacreditá-las e confundir as pessoas, de tal sorte que a principal fonte de informação destas seja mídias não tradicionais como blogs e sites enviesados que não possuem compromisso com a ética jornalística, da máxima de imparcialidade e de verificação prévia da veracidade das informações com outras fontes, por exemplo.

Outra maneira usual e eficaz para influenciar o debate público é a escolha discricionária de assuntos e casos polêmicos para noticiar, enquanto outros assuntos indesejados são silenciados por essas “cortinas de fumaças” criadas estrategicamente.

Assim, a espetacularização do processo penal pode ser um dos mecanismos que o Lawfare se exercita, conforme Flávio Dino de Castro e Costa em “*Lawfare* político: instrumento de destruição do inimigo por meio de processo aparentemente legal” in *Lawfare em debate*<sup>20</sup>:

#### Espetacularização do Processo Penal

A quinta forma prática pela qual o Lawfare se exercita é mediante espetacularização do processo penal que se revela de várias formas.

Exemplos:

i) Juiz que condena é pop star, juiz que absolve não pode andar na rua;

ii) Juiz que condena é contra a impunidade, juiz que absolve é suspeito de ser sócio da corrupção;

iii) Consectariamente, quanto mais alta a pena, melhor é o juiz e mais merecedor dos aplausos da sociedade, mas se ele aplicar a pena nos termos da lei, é um juiz fraco, sem coragem ou está envolvido em alguma coisa errada.

As contraposições supra não estão apenas no mundo judicial, há um lastro social que conduz e alimenta essas visões. O juiz ou membro do Ministério Público que busca popularidade e sonha disputar eleição, que passa a se governar segundo essa lógica de busca de objetivos extraprocessuais, não jurídicos, incorrerá na perda, por conseguinte, da imparcialidade. (COSTA, 2020, p. 98).

Verdade é que a atividade da mídia incitando “a voz das ruas” passou a representar um desmonte da própria base da instituição judiciária e instrumento de desvirtuação de princípios basilares do Direito e da organização ritual do processo.

Deve ser explicitado que sem o uso estratégico da mídia, de suas técnicas de manipulação da informação e criação de um ambiente de aceitação pública, a deslegitimação e a desmoralização do inimigo não seriam tão facilmente alcançadas.

### 3.1.1. O Uso da *Fake News* como Instrumento Antidemocrático

---

<sup>20</sup> MARTINS JUNIOR, Osmar Pires (organização). *Lawfare em debate*. 1ª edição. Goiânia: Editora Kelps, 2020, p. 98.

As *Fake News* podem ser definidas como notícias falsas cuja veiculação em canais de procedência *verificada* ou não, adquirem perante o receptor um caráter verdadeiro, mesmo que as informações transmitidas sejam manifestamente equivocadas.

Para além de quaisquer interpretações, este tipo de mensagem tem o intuito puro e simples de confundir, ou mesmo, de desacreditizar alguma corrente de pensamento cujo cerne foi pautado em estudo e análise científica, oferecendo a um público, uma forma de credibilizar sua vontade/pensamento mediante a falsa comprovação de uma notícia/fato.

No universo do século XXI, com as democracias modernas atingido um novo nível de informalidade e representatividade, muito em função do avanço dos meios digitais, a informação tornou-se a ferramenta mais poderosa para garantir o acesso dos cidadãos de qualquer nação ao seu direito de exercer sua cidadania - não ao acaso, muitos consideram a mídia tradicional como o 4º poder.

De forma geral, jamais, em qualquer corrente científica, aceitou-se que a liberdade de imprensa fosse característica dispensável para a democracia. Muito pelo contrário. De forma irrestrita, a censura representa uma das barreiras que impedem que um regime seja democrático, afinal, a preservação da fonte jornalística, o jornalismo de opinião e o acesso à informação são alguns dos pilares que qualquer indivíduo necessita para ser cidadão.

Nesse contexto, as *fake news* aparecem como contracultura, muitas vezes presentes em regimes cujo poder democrático, ou mesmo a cultura democrática, ainda não se consolidaram dentro do imaginário popular da nação, caso do Brasil que, embora refundado sob a égide de uma Constituição democrática, ainda sofre de sua juventude política.

Umberto Eco, em seu texto, *Os Onze Sinais do Fascismo*, é muito claro ao explicar como a democracia encontra sua brecha quando da presença de alguns sinais, entre eles, a **não aceitação do pensamento crítico**.

As *Fake News*, nesse sentido, representam exatamente esse ponto, validando algum discurso ou opinião que carece de qualquer análise aprofundada, mas tão somente, fornece uma via de entendimento que tangencia o impossível, porém, ironicamente, justamente por ser veiculada de modo formal, adquire caráter verídico e, portanto, pode florescer no mar de incertezas causado pela desregulação da rede de internet.

De forma mais sucinta, visando a conclusão preliminar deste tópico, as *fake news* podem e ocuparão grande problema na luta pela concretização da democracia, razão pela qual merecem atenção além dos cidadãos, dos próprios defensores do nosso regime político.

Cabe ao sistema judiciário na figura dos juízes e promotores, em conjunto com o sistema legislativo e executivo, perseguir, incriminar e tomar medidas cada vez mais severas contra a divulgação descarada de uma mentira, realizada por indivíduos que se apoiam no anonimato da internet para instaurar o caos e permanecer livres dos embaraços causados.

Será uma política aliada a ações afirmativas, uma das únicas soluções para que a democracia não pereça futuramente, caso contrário, se o próprio sistema não for capaz de gerar anticorpos para este vírus que, ultimamente, circula livremente em nosso sistema, poderá significar o fim das sociedades modernas como conhecemos.

#### **4. O LAWFARE SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

##### **4.1. Violações dos direitos e garantias fundamentais**

Ante o exposto, notório que o *Lawfare*, instrumento da guerra híbrida possa ser utilizado como forma política para corrosão da democracia e do Estado de Direito, visando a aniquilação de seu inimigo.

Diversas são as suas ferramentas, por exemplo: espetacularização do processo penal com o abuso de institutos jurídicos como a prisão preventiva, a delação premiada e a condução coercitiva, vazamentos de informações, uso estratégico das mídias, uso de *Fake News* para deslegitimar o alvo ou arranhar a sua imagem, entre outras.

Sendo assim, resta evidenciado que tais ferramentas do *Lawfare* ferem diversos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal brasileira.

Nesse sentido, leciona Osmar Pires Martins Junior<sup>21</sup>:

Os crimes contra a honra, nas suas modalidades objetiva ou subjetiva, estão tipificados no Código Penal, como calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140). A calúnia consiste

---

<sup>21</sup> MARTINS JUNIOR, Osmar Pires (organização). **Lawfare em debate**. 1ª edição. Goiânia: Editora Kelps, 2020, p. 54/56.

em atribuir, falsamente, a alguém a responsabilidade pela prática de um fato determinado definido como crime, sendo que a imputação de tal fato é falsa. A difamação é a prática ilícita de atribuir a alguém fato determinado, ofensivo a sua reputação – honra objetiva – e que se consuma com o conhecimento de terceiro. A injúria ocorre sem a imputação de um fato, mas de qualidade negativa, com palavras vagas e imprecisas, que ofende a dignidade ou o decoro de alguém – honra subjetiva – e que se consuma com o simples conhecimento da vítima. (JUNIOR, 2020, 54/56).

Os direitos fundamentais foram inicialmente idealizados como forma de contenção e limitação dos poderes do Estado Soberano, com o advento dos direitos fundamentais de primeira geração, isto é, direitos ligados a liberdade, limitando o poder estatal sobre a vida privada dos indivíduos, com um caráter negativo, ou seja, um não fazer do estado, omissão, sendo direitos relacionados à liberdade de locomoção, de religião, de opinião e de imprensa, bem como à inviolabilidade de domicílio e ao sigilo de correspondência. A partir da metade do século XX, com a constituição do Estado Social, que teve ampliada as suas funções, bem como uma crescente participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que violações às clássicas liberdades individuais não partiam apenas do poder público, mas também de setores da própria sociedade.

São três os marcos históricos para a consecução do Estado Liberal: a Revolução Gloriosa inglesa, de 1688; a independência das treze colônias inglesas da América do Norte, em 1776; a Revolução Francesa, de 1789. Seguiram-se a esses acontecimentos os documentos principais de idealização dos direitos fundamentais que foram o Bill of Rights inglês, em 1689; a Constituição dos Estados Unidos da América em 1787 (o Bill of Rights americano) em 1791; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e a primeira Constituição Francesa, de 1791. A construção do Estado de Direito ou Estado Liberal teve como pilares a separação dos poderes, os direitos fundamentais e o princípio da legalidade. Se, anteriormente, o poder estava absoluto no monarca, no Estado Liberal o Poder Legislativo ganha destaque, visto que até os direitos fundamentais estão a ele submetidos, pois dependem de lei para sua efetivação.

Com a necessidade de também conter o Legislativo (agora parte efetivamente integrante do denominado Poder Estatal), a chamada crise do constitucionalismo liberal do início do século XX, e a queda dos regimes totalitaristas na Alemanha e

Itália, ocorreu, gradualmente, a mudança do Estado Liberal para o Estado constitucional, do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito. O principal ponto de mudança é o reconhecimento da supremacia constitucional, de modo que também vincula o Estado à Constituição e não apenas os particulares. Dessa supremacia decorre a elevação do status dos direitos fundamentais, que antes advinha da lei, agora possui como fonte a Constituição de um Estado.

Idealizados inicialmente com o intuito de conter o poder do Estado Liberal, os direitos fundamentais adquirem maior relevância quando se verificou que não apenas do poder público poderiam partir ataques contra as liberdades individuais. Grandes empresas, bancos, sociedades comerciais, associações de classe, instituições religiosas, organizações não governamentais dentre outros entes civis detentores de poder econômico-social também podem exercer pressões econômica, política, social e adotar ações que atentam contra os direitos fundamentais.

Na virada do século XX, o Estado do Bem-Estar Social e a nova consagração dos direitos constitucionais, denominados de segunda geração, direitos tidos como coletivos, pautando-se no princípio da isonomia e da igualdade material das pessoas, têm caráter positivo, uma vez que suas previsões exigem uma ação do Estado, ou seja, os direitos de segunda geração são respeitados na medida em que o Estado age, atua, pratica ações voltadas a proporcionar a igualdade entre indivíduos, como por exemplo, os direitos sociais, econômicos, previdenciários, bem como os relacionados à saúde, educação e cultura. Os arts. 6º a 11 da Constituição Federal contemplam os direitos sociais de forma sistematizada. Os primeiros documentos constitucionais a reconhecerem esses direitos são as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919. Aqui o modelo econômico exige a presença do Estado para disciplinar, impor limites e corrigir distorções do mercado, pois se observou a formação de oligopólios e monopólios, prejudiciais à livre concorrência. No Estado Social de Direito não apenas o Estado ampliou suas funções, mas toda a sociedade participa do exercício do poder. Surgem, portanto, entes civis fortes no âmbito social, detentores de poderes sociais e econômicos.

Quanto a sua ideia inicial, de contenção dos poderes do Estado, tratam alguns autores de denominar a eficácia dos direitos fundamentais de “vertical”; nestes casos a questão da vinculação envolverá uma entidade estatal (pública). Observe-se que a recíproca não é verdadeira, ou seja, apesar de o Estado ser titular de alguns direitos fundamentais – por exemplo: propriedade, liberdade de comunicação -, quando o

particular atentar contra um direito fundamental do Estado, não haverá uma relação vertical como aqui tratada. Do outro lado encontra-se a chamada eficácia “horizontal” dos direitos fundamentais. Aqui os destinatários dos preceitos constitucionais são os particulares (pessoas físicas ou jurídicas).

Isto posto, no Direito estadunidense prevalece na eficácia horizontal dos direitos fundamentais a tese da “*State Action*”, ou seja, em regra geral, os direitos fundamentais positivados na Constituição não se estendem às relações privadas, de forma que os direitos fundamentais previstos no *Bill Of Rights* citado previamente, impõe limitações somente para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares, excetuando-se a 13ª Emenda, que proíbe a escravidão. Para sustentar essa posição, a doutrina apoia-se na literalidade do texto constitucional e na preocupação com a garantia da autonomia privada. Além disso, outro argumento utilizado é o do federalismo, uma vez que nos Estados Unidos, é de competência dos Estados e não da União legislar sobre Direito Privado, exceto quando a matéria envolva comércio interestadual ou internacional. Por outro lado, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem adotando timidamente a tese da vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais, de maneira que a liberdade individual seja devidamente sopesada com o direito fundamental em jogo em cada caso concreto.

Tendo isso em vista, levantou-se a discussão acerca dos limites dos direitos fundamentais. Com isso diversas teorias foram expostas, como a teoria interna, proposta no âmbito do Direito Civil e amplamente defendida pelos franceses Marcel Planiol e Georges Ripert que recorriam à máxima de que “o direito cessa onde o abuso começa”, ou seja, que o processo de definição dos limites de cada direito é interno a ele. Daí surgem os denominados “limites imanentes”. Por outro lado, Louis Josserand defendia a teoria externa, que a grosso modo dividia o objeto do direito em dois: o direito em si e as suas restrições. Esta teoria se coaduna intimamente com a teoria dos princípios. Por fim, surge a regra da proporcionalidade, mais difundida como “princípio da proporcionalidade”, como modelo de suporte fático amplo à teoria externa. Tal regra, bastante divulgada por Robert Alexy, é destrinchada por Virgílio Afonso da Silva<sup>22</sup> em “O Proporcional e o Razoável”:

---

<sup>22</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, 798 (2002): p. 24.

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais - , empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade. (SILVA, 2002, p. 24)

Outrossim, o mesmo autor<sup>23</sup> critica o uso dessa regra pelo STF:

Com relação à fundamentação da premissa maior, não se pode deixar de questionar se realmente a constituição brasileira consagra a regra da proporcionalidade, como se vem repetindo, muitas vezes irrefletidamente. Isso ainda será discutido mais adiante neste artigo e, no momento, interessa apenas verificar a fundamentação que o próprio STF fornece. Aí começam os problemas, pois nem sempre o recurso à regra da proporcionalidade é justificado nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Muitas vezes é a fundamentação simplesmente pressuposta, como se se tratasse da utilização de um princípio constitucional de larga tradição no direito brasileiro. Quando alguma fundamentação é fornecida, é quase sempre mencionado o art. 5º, LIV, e o chamado substantive *due process of law*. (...) (SILVA, 2002, p. 32)

Ainda que a doutrina discorde entre ela sobre o fundamento da regra da proporcionalidade no Direito Brasileiro<sup>24</sup>, é pacífico que a regra da proporcionalidade

---

<sup>23</sup> Ibid. p. 32.

<sup>24</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso e Suzana de Toledo Barros entendem que o fundamento se encontra no princípio do Estado de Direito, há quem encontre o fundamento da proporcionalidade nos mais diversos dispositivos constitucionais. É o caso, por exemplo, de Suzana de Toledo Barros, Antonio Magalhães Gomes Filho, e de Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. Segundo esses autores, fundamentam a aplicação da proporcionalidade os artigos 5º, II (legalidade), 5º, XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional), 1º, "caput" (princípio republicano), 1º, II (cidadania), 1º, III (dignidade). São ainda citados os institutos do habeas corpus (art. 5º, LXVIII), mandado de segurança (artigo 5º, LXIX), habeas data (artigo 5º, LXII), assim como o direito de petição (artigo 5º, XXXIV, a). No mesmo sentido, e provavelmente como inspirador dos autores citados, leciona Paulo Bonavides. Há, ainda, baseada também na lição de Paulo Bonavides, uma tendência a tratar os diversos dispositivos constitucionais que mencionam o adjetivo "proporcional", ou termos correlatos, como expressões da regra da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Por fim, há a tese de que a proporcionalidade integra o direito positivo brasileiro por meio do § 2º do art. 5º, por decorrer do regime e dos princípios adotados na

é o melhor mecanismo de solução de conflitos entre direitos fundamentais no Direito pátrio.

Neste sentido, se faz necessário a discussão acerca dos limites do Direito à liberdade. O direito à liberdade é campo teórico amplo, mas um ponto de destaque é o da liberdade de pensamento, visto que é um dos aspectos do direito de liberdade mais relevantes durante toda a história e, ao mesmo tempo, é um tema deveras atual no contexto da sociedade do século XXI.

Portanto, as liberdades de expressão e pensamento são fundamentais como meio de garantia e desenvolvimento da democracia, pois permitiu o avanço da imprensa, o combate ao autoritarismo Estatal e garantiu o direito a outras liberdades. Se caracteriza, ademais, como a exteriorização do pensamento, opinião, expressão e pode ser resumida pela liberdade de opinião.

A Constituição Federal normatizou a liberdade de pensamento nos incisos IV e IX, do artigo 5º. No entanto, discute-se quais são os limites desse direito, de modo que se questiona se uma opinião preconceituosa possa ser proferida com a escusa do direito da liberdade de opinião, uma vez que há o conflito entre dois direitos: o da liberdade de opinião e o da dignidade da pessoa humana atingida ou direito à vida privada, à imagem e à honra.

Além disso, há uma parte que defende a supremacia do direito da liberdade de opinião, de modo que seja julgado a responsabilidade de quem ultrapassa os limites da liberdade de expressão, se necessário, para que não haja censura prévia. Há, todavia, outra parte que defende que o direito de liberdade de opinião e pensamento possui limites, quais sejam: o anonimato, atividades ilícitas e crimes como os discursos de ódio contra minorias, a difamação, a calúnia, discurso de incentivo ao terrorismo e a violência, fake news, entre outros, e que não podem ser extrapolados com a imunidade da liberdade de expressão, pois fere direitos de outrem.

Esta discussão também aborda o conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e de informação aliada à liberdade de imprensa, insculpidos nos art. 5º, incisos IV, IX e XIV e art. 220 da Constituição Federal em contraponto à

---

Constituição, defendida especialmente por Willis Santiago Guerra Filho e Paulo Bonavides. Por outro lado, Luís Virgílio Afonso da Silva entende que a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais.

garantia de inviolabilidade à honra e à imagem das pessoas, nos termos do art. 5º, X, CF.

A própria Constituição Federal indica nos dispositivos supracitados os limites desses direitos fundamentais. No art. 5º, IX, CF, in verbis: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”, ou seja, é defeso censura prévia a liberdade de expressão da atividade de comunicação.

Outrossim, os incisos V e X, art. 5º CF, asseguram “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;” e “o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”, respectivamente. Ademais, o inciso IV, do art. 5º, CF, veda o anonimato na livre manifestação do pensamento, de modo que permite a identificação e a responsabilização da manifestação do pensamento e aponta que se houver o uso indevido da liberdade de expressão e de informação, a ação a ser tomada é aquela a posteriori, por meio de indenização pelo dano material, moral ou à imagem e/ou direito de resposta, proporcional ao agravo.

Nesse sentido também é o entendimento jurisdicional referente aos limites desses direitos fundamentais. Diversos julgados reiterados no STF convergem com esse entendimento, por exemplo, a ADPF 130 que reconheceu a não recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) pela Constituição Federal de 1988.

À vista disto, a Lei Maior foi produzida sob um contexto de reação aos diversos abusos estatais cometidos pela Ditadura Militar cujo início se deu em 1964 e perdurou até 1985. Abusos como tortura, homicídios e censura de tudo que fosse contrário ao regime. Por isso, o Constituinte teve um cuidado maior ao elencar os direitos fundamentais nos primeiros artigos da Constituição de 1988.

Isto posto, a jurisprudência tratou de definir os limites e evitar que haja abusos de quaisquer direitos.

Sendo assim, definiu que a liberdade de expressão e de imprensa é essencial para a democracia, visto que reafirmam esta e funciona como fiscal da atuação estatal.

Por isso, e para que se evite censura prévia, toda liberdade de expressão e pensamento e de imprensa é acompanhada de responsabilidade pelo sujeito que a proferir, sendo cabível, se ocorrer abuso, ação reparatória a posteriori, de modo a coibir os abusos cometidos em nome da liberdade de expressão e de imprensa e a

tutelar os direitos fundamentais das relações de intimidade, vida privada, imagem e honra.

Todavia, há uma zona cinzenta em que o julgador se preocupa em não restringir a liberdade individual e, ao mesmo tempo, defender o direito fundamental atingido.

Nesses casos, em que há dois direitos fundamentais em conflito, deve-se lembrar que a doutrina dominante defende a utilização da regra da proporcionalidade para solucioná-lo.

Sendo assim, Daniel Sarmiento<sup>25</sup> traz lições brilhantes sobre a problemática apresentada:

- a) Como se destacou antes, deve haver uma tolerância maior em relação aos excessos comunicativos dos integrantes de minorias oprimidas do que dos membros de grupos hegemônicos quando atacam estas minorias. Este standard se justifica por várias razões, dentre elas: (i) o “efeito silenciador”, que normalmente não atinge o discurso das majorias, tende a ser muito maior em relação aos componentes dos grupos estigmatizados; (ii) os integrantes destes grupos, porque já são marginalizados, normalmente sofrem mais com os ataques comunicativos que lhes são desferidos; (iii) a liberdade de expressão, quando exercida com veemência pela minoria oprimida contra a maioria, costuma estar associada à promoção e não à negação da igualdade real; e (iv) há o risco de que as restrições à liberdade de expressão sejam empregadas de forma não igualitária, em razão do preconceito dos seus aplicadores, e o presente standard serviria para contrabalançar este risco.
- b) As contribuições racionais para o debate de idéias não devem ser censuradas nem reprimidas, ainda que sejam absolutamente desfavoráveis às minorias. Não pode ser proibida a divulgação, por exemplo, de uma tese científica que procure comprovar que os membros de uma raça têm, em regra, Q.I. superior aos de outra, ou de manifestação que, no contexto do debate público sobre o direito dos gays, defenda a criminalização das suas práticas sexuais, por mais que tais teorias e posições sejam consideradas erradas, perigosas e até ultrajantes. Aqui, deve valer o princípio de que o melhor remédio para combater uma má idéia é o debate público que desvele os seus desacertos e não a censura.
- c) A categoria do hate speech, por ensejar restrições à liberdade de expressão, não deve ser banalizada. Não há espaço para que o intérprete se engaje em abstrusas desconstruções dos atos expressivos, visando a encontrar preconceitos e mensagens discriminatórias ocultas, para assim fundamentar limitações às

---

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 55/58.

liberdades comunicativas. Só as manifestações explícitas de ódio, intolerância e preconceito contam para este fim. As demais podem e devem ser desmontadas e combatidas, mas através da crítica pública e não da repressão juridicamente institucionalizada.

d) Quando a liberdade de expressão estiver associada à liberdade religiosa, ela deve assumir um peso maior na ponderação de interesses. Não se deve admitir, em princípio, restrições à divulgação dos credos religiosos pelo fato de envolverem intolerância em relação aos adeptos de outras crenças ou aos membros de determinados grupos. É absolutamente ilegítimo que o Estado se converta em árbitro da legitimidade dos dogmas de fé.

e) A decisão sobre a proporcionalidade de uma restrição à liberdade de expressão relacionada à obra que contenha hate speech não tem como ignorar o valor artístico, teórico ou científico da obra como um todo. Não há como censurar um Shakespeare, proibir a venda dos livros de Nietzsche que também tenham manifestações de anti-semitismo, nem quiçá interditar a circulação das obras de Aristóteles e Platão em que constem afirmações sobre a inferioridade da mulher.

f) O grau de dor psíquica, angústia, medo ou vergonha que as manifestações de ódio, intolerância e desprezo motivadas por preconceito possam provocar nos seus alvos é um critério extremamente importante na ponderação, já que, de um dos lados da balança, trata-se exatamente de proteger os direitos humanos das vítimas destas manifestações.

g) A composição do auditório das mensagens do hate speech constitui outro critério importante. Quando ele é integrado também por crianças e adolescentes, há um argumento adicional para a restrição e repressão dos atos comunicativos abusivos. De fato, se não é possível, a princípio, falar em ofensa aos direitos dos ouvintes adultos que não sejam os alvos das manifestações, porque se deve presumir que eles, como seres racionais e competentes, têm o discernimento necessário para formarem as suas convicções a partir das idéias com que entram em contato, o mesmo não vale para as crianças e adolescentes, que estão em pleno processo de formação das suas identidades. Ademais, é quase sempre na infância e na adolescência que surgem os desvios de personalidade geradores do hate speech. Portanto, combater a disseminação, nesta fase da vida, das idéias de ódio e preconceito contra minorias, é contribuir para a formação de adultos mais tolerantes e aumentar as chances de que tenhamos, no futuro, uma sociedade mais harmônica e menos opressiva.

h) O meio empregado para divulgação das mensagens de hate speech é também relevante. Justifica-se, por exemplo, um controle maior sobre a abusividade dos atos expressivos praticados através dos meios de comunicação de massa, do que, por exemplo, daqueles veiculados através de livros. Esta

posição se fundamenta no poder muito maior dos mass media de penetrarem nas casas e nas vidas de espectadores passivos, que não procuraram aquelas mensagens, bem como na maior probabilidade de que atinjam crianças e adolescentes. Tratando-se de televisão e rádio, este standard é confirmado pelo texto constitucional, segundo o qual a programação destes veículos deve atender ao princípio de “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (art. 221, IV, CF). É difícil conceber maior atentado a este princípio do que a divulgação do hate speech.

É chegada a hora de concluir. Em síntese, o caminho adotado pelo Brasil, que aceita as restrições à liberdade de expressão voltadas ao combate do preconceito e da intolerância contra minorias estigmatizadas, parece-nos correto, tanto sob o ponto de vista jurídico como moral. Ele está em plena consonância com a normativa internacional sobre direitos humanos e com a jurisprudência constitucional da maioria das democracias liberais modernas – os Estados Unidos, neste particular, é que representam a exceção. Contudo, num país como o nosso, em que a cultura da liberdade de expressão ainda não deitou raízes, há que se ter cautela e equilíbrio no percurso deste caminho, para que os nobres objetivos de promoção da tolerância e de defesa dos direitos humanos dos excluídos não resvalam para a perigosa tirania do politicamente correto. (SARMENTO, 2006, p. 55-58)

Esgotada a problemática trazida anteriormente, se faz mister elucidar que os direitos fundamentais se diferem das garantias fundamentais, no sentido de que estas possuem um caráter assecuratório, de modo que são direitos de ordem processual, ou seja, direitos de ingressar em juízo revestidos de maiores benefícios, como: a celeridade e força específica que superam as ações ordinárias, uma vez que protegem direitos fundamentais, e a preocupação com a possível violação deles é obviamente maior.

Enquanto os direitos fundamentais se traduzem como bens da vida, as garantias buscam assegurá-los. Os direitos são declaratórios, enquanto as garantias são assecuratórias. Um exemplo típico de um direito e sua respectiva garantia se encontra no art. 5º, XV e LXVIII, da Constituição Federal.

Enquanto aquele inciso declara o direito à livre locomoção em território nacional em tempo de paz, este garante o exercício desse direito na medida em que estabelece a concessão de habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Temos como medidas assecuratórias de direitos fundamentais, por exemplo: o mandado de segurança e a ação popular que tutela direito líquido e certo, ameaçado ou violado por autoridade pública ou por aquele que esteja no exercício de funções desta natureza e assegura a qualquer cidadão legitimidade ativa para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência, respectivamente inculpidas na Constituição Federal no art. 5º, incisos LXIX e LXXIII.

Além disso, cabe salientar que as garantias fundamentais são direitos, como já dito anteriormente, em *latu sensu*, não no sentido de conferir um bem, mas como direito instrumental, pois se destina a tutelar um direito principal, no *stricto sensu*.

Com tudo isso, é relevante analisar o remédio constitucional da ação popular supramencionada. Trata-se de um mecanismo que viabiliza o exercício da cidadania pelo povo de fato. José Afonso da Silva<sup>26</sup> define da seguinte maneira:

instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. (SILVA, 2019, p. 468)

No entanto, a obrigatoriedade da presença do binômio ilegalidade e lesividade como pressupostos para admissão da ação popular, tornam-na de difícil propositura.

Outrossim, não há um consenso no meio jurídico a respeito da possibilidade de se propor a ação popular nos casos em que os atos são pautados na total legalidade, mas que, são visivelmente imorais, atos que ferem os princípios constitucionais e que causam muitas vezes lesão ao patrimônio material e imaterial do povo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>27</sup> ato administrativo é conceituado da seguinte forma:

[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 358.

cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (MELLO, 2005, p.358).

Por ato ilegal, pode-se entender que seja todo aquele praticado em desconformidade com a lei vigente. O ato ilegal praticado pela Administração Pública pode ser nulo ou anulável por via judicial, e a ação popular é um dos meios apropriados para isso, ou administrativamente, quando a Administração reconhece que praticou um ato contrário à legislação.

Quanto ao conceito de ilegalidade nos casos de anulação do ato administrativo, diz Hely Lopes Meirelles<sup>28</sup>:

O conceito de ilegalidade ou ilegitimidade, para fins de anulação do ato administrativo, não se restringe somente à violação frontal da lei. Abrange não só a clara infringência do texto legal, como também o abuso por excesso ou desvio de poder, ou por relegação dos princípios gerais do Direito. (MEIRELLES, 1995, p.187)

Para corroborar a opinião do ilustre doutrinador, a Lei Ordinária 4.717 de 1965 traz em seu artigo 2º os casos em que são nulos os atos lesivos ao patrimônio público:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Além de ser ilegal, o ato objeto da ação popular deve ser lesivo ao patrimônio público, que poderá ser material ou imaterial, econômico ou não, por exemplo, nos casos de ação popular ajuizada em defesa da moralidade pública e do meio ambiente.

Pode-se dizer que lesivo é todo ato ou omissão do agente público que de alguma forma prejudica a administração e conseqüentemente toda a sociedade, podendo essa lesão, conforme opinião de Hely Lopes Meirelles<sup>29</sup>, ser:

[...] tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art.4º), para os quais basta a prova da prática do ato

<sup>28</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 187.

<sup>29</sup> Id., Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Cível Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1999. p. 177.

a naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. (1999, p.177)

A lesividade em alguns casos específicos previstos no artigo 4º da Lei Ordinária 4.717 de 1965 é presumida de forma absoluta, ou seja, basta a configuração do ato para que ele seja considerado lesivo, e, conseqüentemente capaz de ensejar a propositura da ação popular.

O binômio ilegalidade/lesividade continua sendo, em muitos casos, considerado pela doutrina e jurisprudência essencial para que a ação popular seja considerada procedente. Exceção se observa na ação popular ambiental, pois, no caso, conforme salienta Rodrigues (2006, p.224) basta o dano ao meio ambiente e nexo de causalidade entre a conduta e o dano, independentemente de culpa.

Já a ação popular em defesa da moralidade administrativa traz muitas controvérsias no que se refere à exigência do binômio ilegalidade/lesividade, tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ampliou o alcance da ação popular erigindo a moralidade como um objeto autônomo.

Existem correntes que defendem a necessidade de a moralidade administrativa vir sempre conjugada com alguma infração a um dispositivo legal, portanto, necessário o binômio ilegalidade/lesividade, pois, caso contrário, o subjetivismo amplo daria possibilidade para disputas partidárias e abusos judiciais.

### **Considerações Finais**

Após compreender os aspectos gerais e contemporâneos do *lawfare*, buscou-se analisar os efeitos desse fenômeno nas democracias contemporâneas.

As primeiras denúncias utilizando esse termo no Brasil ocorreram durante a “Operação Lava Jato”, importante e famosa iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro realizada no país.

Os escândalos e denúncias deflagrados foram fortemente divulgados pela mídia e contribuíram para a popularidade da operação e interesse geral por seu desfecho.

Reconhecidamente, a corrupção é um problema a ser enfrentado nos Estados Democráticos modernos, contudo não se pode, a pretexto do combate à corrupção, subverter a lógica, regras e princípios do Estado de Direito.

Valendo-se da manipulação da opinião pública, da escandalização da política combinada à articulação de interesses daqueles que detinham poder ou que pretendiam toma-lo, uma complexa iniciativa que serviu para flexibilizar alguns princípios e direitos fundamentais, de modo a obter sucesso na prisão e corrosão da imagem de seus inimigos.

A experiência de combate a corrupção no Brasil revelou mais que escândalos de lavagem de dinheiro e esquemas criminosos com participação de empresas, membros do Congresso Nacional, representantes do Poder Executivo e diretores de agências estatais.

Evidenciou lamentavelmente, mais uma vez, uma Justiça parcial e arbitrária.

As prerrogativas da advocacia e da imparcialidade foram muitas vezes relativizadas. Constataram-se procedimentos de acusação assimétricos, aplicações arbitrárias e seletivas da lei, decisões judiciais envolvidas e interessadas.

Em síntese, diante a deflagração da Operação Lava Jato se incitou o uso da jurisdição como uma arma, evidenciando assim, claros indícios da prática de *lawfare* no país.

Diante da utilização abusiva da lei e dos procedimentos jurídicos, torna-se evidente a confusão entre autoridade e autoritarismo, moral e direito, criminologia midiática e liberdade de imprensa/expressão, devido processo legal e politização do Judiciário, competência e suspeição, inimigo e cidadão, bem como a flexibilização do trânsito em julgado e da presunção de inocência.

No caso em tela, não se refuta a ideia de que urge o combate à corrupção no Brasil.

Todavia, precisamos reconhecer que para isto, são necessárias ferramentas eficientes de enfrentamento e, da mesma forma, para o devido funcionamento desses sistemas, devemos contestar os abusos de autoridade e desvios de poder que ocorreram e assim, evitar que voltem a acontecer.

O combate à corrupção deve ser realizado com a independência da Polícia Federal, do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Órgãos que por sua natureza são fiscalizadores do Poder.

Além de investimentos para que esses órgãos possuam capacidade e mecanismos para realizar a sua atividade-fim.

Por isso, se faz necessário reiterar que a busca pelo respeito à Constituição, às Leis e aos princípios democráticos, não significa ser leniente com práticas corruptas.

É possível compatibilizar a democracia e a Constituição com o combate à corrupção, na realidade, os primeiros são aliados necessários para se combater crimes e ilegalidades.

A luta por uma sociedade mais humana, justa, inclusiva e democrática não permite que direitos sejam relativizados, que as leis e os procedimentos sejam desvirtuados em benefício de um ou outro, ou que o próprio modelo constitucional estabelecido possa ser desrespeitado por um dito “bem comum”.

Necessário lembrar na história os motivos nossa sociedade se organizada pelo Estado Democrático de Direito e pelas separações dos Poderes, de tal sorte que ninguém pode ficar acima da Constituição.

Os fins não devem justificar os meios. Isto é, o combate à corrupção não pode servir de pretexto para que sejam violados diversos dispositivos legais, princípios constitucionais e direitos e garantias fundamentais, sob pena de abuso de autoridade e poder.

Por outro lado, o estudo do *lawfare* não deve ser entendido como um modismo ou um joguete a serviço de determinada ideologia política, visto que esse fenômeno jurídica retrata alarmantes medidas de exceção no interior das democracias pelo qual as leis, os instrumentos e procedimentos jurídicos internos podem ser deturpados e graves deficiências democráticas podem ser instauradas, resultando em danos severos à Democracia.

Conforme dito anterior, o abuso contínuo da lei, por meio da prática do *lawfare* enseja em uma corrosão da integridade dos sistemas jurídicos, dos procedimentos legais e dos princípios democráticos contemporâneos.

Essa problemática apesar de complexa é relevante para toda a sociedade, já que interfere e impacta direta ou indiretamente todas as pessoas que vivenciam o Estado Democrático de Direito.

## Referências Bibliográficas

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: Novos Paradigmas em face da Globalização**. São Paulo: Editora Atlas, 3ª ed., 2008.
- ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. 1ª edição. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAAMAÑO, Cristina; WEIS, Valeria Vegh. **Bem-vindos ao Lawfare! Manual de Passos Básicos para Demolir o Direito Penal**. 1ª edição. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2021.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare Brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Editora D'Plácido, 2022.
- FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; CITTADINO, Gisele; LIZIERO, Leonam (organização). **Lawfare: O Calvário da Democracia Brasileira**. 1ª edição. Andradina: Meraki, 2020.
- Susan W. Tiefenbrun, **Semiotic Definition of Lawfare**, 43 Case W. Res. J. Int'l L. 29 (2010). Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/3>.
- MARTINS JUNIOR, Osmar Pires (organização). **Lawfare em debate**. 1ª edição. Goiânia: Editora Kelps, 2020.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, 798, 2002.
- SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"**. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. (Eds.). **Law and Disorder in the Postcolony**. Chicago, London: University of Chicago Press, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42ª edição. São Paulo: Malheiros, 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes, **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Cível Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1999.
- DUNLAP, Charles J. **Lawfare today: a perspective**. In: Yale Journal of International Affairs. Winter. 2008
- WERNER, Wouter G. **The Curious Career of Lawfare**, 43 Case W. Res. J. Int'l L. 61 2010. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/4/>.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.